

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ANONİM ŞİRKETLERDE İLİŞKİLİ TARAF
İŞLEMLERİ

BAHAR ŞİMŞEK

2502150440

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ALİ PASLI

İSTANBUL-2022

ÖZ

ANONİM ŞİRKETLERDE İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

BAHAR ŞİMŞEK

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin özel düzenlemelerle şirketin varlıklarının ilişkili taraflara aktarılması ve şirketin ve şirketin bütün menfaat sahiplerinin hâkim pay sahipleri ve yöneticiler tarafından sömürülmesinin engellenmesi amaçlanır. Bu amaçla ilişkili taraf işlemleriyle ilgili Sermaye Piyasası Kanunu'nda etraflıca bir düzenleme getirilmiş ve önemli bazı işlemler için prosedür öngörülmüştür. Çalışmamız, esaslı düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer aldığı için bu düzenleme temel alınarak şekillendirilmiştir. Ancak sadece halka açık şirket değil; halka kapalı şirketler yönünden de konu incelenmiş, ilişkili taraf işlemi sayılabilecek Türk Ticaret Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yer alan diğer düzenlemelere de yer verilmiştir. Tez dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ilişkili taraf işlemi kavramı genel olarak açıklanmış, ilişkili taraf işlemleriyle ilgili düzenlemelere neden ihtiyaç olduğu hususu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda benzer kavramlarla karşılaştırılmış ve Avrupa Birliği ve çeşitli ülkelerde düzenlemeler incelenmiştir. Nihai olarak Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerinin tarihsel sürecine yer verilmiştir. İkinci bölümde yasal düzenlemelerdeki ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramı ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise ilişkili taraf işlemleriyle ilgili Sermaye Piyasası Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve bazı özel kanunlarda yer alan düzenlemeler incelenmiş, ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürel korumalar açıklanmıştır. Dördüncü bölümde ise hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin sonuçları incelenmiş ve ilgililerin sorumluluğuna yer verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İlişkili taraf işlemleri, İlişkili Kişi, Kendi Yararına İşlem, TMS 24, Örtülü Kazanç Aktarımı, Tünelleme, Transfer Fiyatlandırması.

ABSTRACT
RELATED PARTY TRANSACTIONS IN JOINT STOCK
COMPANIES
BAHAR ŞİMŞEK

Special regulations regarding related party transactions aim to prevent the transfer of the assets of the joint stock company to the related parties and thus prevent the exploitation of all the stakeholders of the company by the controlling shareholders and managers. For this purpose, a comprehensive regulation has been introduced in the Capital Markets Law regarding related party transactions and a procedure has been envisaged for some significant transactions. Since the main regulation is contained in the Capital Markets Law, our thesis has been shaped based on this regulation. However, this thesis has not examined the subject only for public companies; it has also examined it in terms of non-public companies, and other regulations in the Turkish Commercial Code and other laws, which can be considered as related party transactions. The thesis consists of four parts. In the first part, the concept of related party transactions is explained in general and the reason for the need for regulations regarding related party transactions is tried to be revealed. In this context, related party transactions have been compared with similar concepts and the regulations in the European Union and various countries have been examined. Finally, the historical process of related party transactions in Turkish law is examined. In the second chapter, the concept of related party and related party transactions as defined in legal regulations is discussed. In the third section, the regulations contained in the Capital Markets Law, the Turkish Commercial Code and some special laws related to related party transactions are examined and the procedural protections provided for related party transactions are explained. In the fourth chapter, the results of unlawful related party transactions are examined and the liability of the related parties is tried to be included.

Key words: Related part transactions, related parties, self dealing, TAS 24, Prohibition of disguised profit transfer, tunneling, transfer pricing.

ÖNSÖZ

İlişkili tarafların şirketle yapacağı işlemlerinde, şirket üzerinde sahip oldukları etkilerini şirketin kaynaklarını kendi menfaatleri için kullanma tehlikesi vardır. Bu tehlikenin varlığı, bu işlemlere ilişkin özel düzenlemelerle bir dizi prosedür getirilmesine yol açmıştır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen düzenlemeler, şirketin malvarlığının ilişkili taraflara aktarılmasına engel olarak şirketin malvarlığının korunması ve böylelikle şirketin, şirketin pay sahiplerinin ve şirketin yapmış olduğu bu işlemde bir şekilde etkilenebilecek bütün menfaat sahiplerinin (alacaklılar, işçiler, yatırımcılar vb.) korunmasına hizmet etmektedir. Bu amaçla ilişkili taraf işlemlerine dair Sermaye Piyasası Kanunu'nda etraflıca bir düzenleme getirilmiş ve önemli bazı işlemler için prosedür öngörülmüştür. Bu prosedür, dünya geneline paralel olarak payları borsada işlem gören anonim şirketler için zorunlu kılınmıştır. Çalışmamız, esaslı düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer aldığı için bu düzenleme temel alınarak şekillendirilmiştir. Ancak sadece halka açık şirketler yönünden değil; halka kapalı şirketler yönünden de konu incelenmiş, ilişkili taraf işlemi kapsamında sayılabilecek Türk Ticaret Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yer alan diğer düzenlemelere de yer verilmiştir.

Çalışma, bu kapsamda dört bölümden oluşturulmuştur. İlk bölümde genel olarak ilişkili taraf işlemi kavramı açıklanmış, ilişkili taraf işlemleriyle ilgili düzenlemelere neden ihtiyaç doğduğu hususu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Uluslararası alanda ve Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerine dair düzenlemelerin tarihsel sürecine yer verilmiş ve bu kapsamda ilişkili taraf kavramı, diğer benzer kavramlarla karşılaştırılmış ve Avrupa Birliği müktesebatı ile birlikte çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler incelenmiştir. İkinci bölümde Türk hukukunda yasal düzenlemelerde yer alan ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri ele alınmış ve bu düzenlemeler bütün olarak değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise ilişkili taraf işlemleriyle ilgili başta Sermaye Piyasası Kanunu olmak üzere Türk Ticaret Kanunu ve diğer özel kanunlarda yer alan düzenlemeler incelenmiş ve buralarda ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürel koruma mekanizmaları açıklanmıştır. Dördüncü bölümde ise hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen ilişkili taraf işlemlerinin sonuçları incelenmiştir.

Bu doktora tezi, özverili ve uzun bir çalışma sonucunda tamamlanmıştır. Ancak şüphesiz ki çalışma pek çok kişinin yardımıyla tamamlanabilmiştir. Bu vesile ile desteğini esirgemeyen saygıdeğer hocalarıma, arkadaşlarıma ve aileme şükran ve saygılarımı sunmak isterim.

İlk olarak tez danışmanlığını kabul ederek beni onore eden, hem tez çalışmamın konusunu belirleme aşamasında hem de tez çalışması sırasında desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, tez çalışmamın her aşamasında fikirlerinden yararlandığım ve karşılaştığım hukuki problemleri çözümlemede yol gösterici yardımlarıyla bana destek olan değerli hocam sayın Prof. Dr. Ali Paslı'ya çok teşekkür ederim. Şüphesiz kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Değerli zamanlarını ayırarak tez jürimde yer almayı kabul eden ve beni onurlandıran, kıymetli görüşlerini benimle paylaşan, çalışmanın gelişimine önemli katkı sağlayan başta sayın hocam Prof. Dr. Arslan Kaya olmak üzere sayın hocalarım Prof. Dr. Nedret Füsün Nomer Ertan'a ve Prof. Dr. Tolga Ayoğlu'ya en derin teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın adeta ikinci danışmanlığını yürüten ve tez savunma jürimde yer almayı kabul ederek beni onurlandıran, asistanı olmaktan gurur duyduğum, asistanlığını yaptığım ilk günden bugüne desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Tekin Memiş'e ne kadar teşekkür etsem azdır. Sayın hocam, tez konusunun belirlenmesinden tezin savunulduğu sürece kadar çalışmanın geldiği tüm aşamaları takip etmiş, tüm yoğunluğuna rağmen ne zaman kendisine danışsam değerli vaktini ayırarak kıymetli görüş ve önerilerini benimle paylaşmış ve tüm bu süreçte bana yol göstermiştir. Değerli hocam, ayrıca tezimi baştan sona büyük bir titizlikle okuyarak savunma sürecimde de değerli görüş ve eleştirilerini benimle paylaşmış; çalışmama önemli katkılarda bulunmuştur. Sayın hocama müteşekkirim.

Tez çalışmamla ilgili ne zaman kendilerine danışsam vakitlerini ayırarak, danıştığım her konuda kıymetli görüş ve önerilerini benden esirgemeyen değerli hocalarım sayın Prof. Dr. Zekeriya Kurşat'a ve sayın Dr. Fatih Aydoğan'a çok teşekkür ederim.

Tez çalışmamın bir yıllık dönemini Almanya Frankfurt Am Main şehrinde yer alan Goethe Üniversitesi Hukuk ve Finans Enstitüsü'nde gerçekleştirmem hususunda burs imkânı sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) çok teşekkür ederim. Buradaki araştırmalarım, çalışmamın şekillenmesinde önemli rol oynamış ve konuyu etraflıca ele almam konusunda oldukça faydalı olmuştur. Bu vesile ile danışmanlığımı üstlenerek Almanya'da her konuda bana destek olan, çalışmamı şekillendirmemde değerli görüş ve önerileri ile önemli katkı sağlayan sayın hocam Prof. Dr. Hanns Christian Salger'e, tüm bu süreçte verimli çalışma ortamı sunduğu için Enstitü'ye ve Enstitü'de sağlamış olduğu her türlü destek için sayın Andrea Bolz'a çok teşekkür ederim.

Tez çalışmamın kısa bir döneminde bulunduğum Almanya Hamburg'daki Max Planck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nde geçirdiğim süre boyunca göstermiş olduğu destek için sayın Barbara Schröder'e de ayrıca çok teşekkür ederim. Tezim, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalıştığım esnada yazılmıştır. Şüphesiz buradaki kıymetli hocalarım ve değerli çalışma arkadaşlarım desteklerini ve ilgilerini hiçbir zaman benden esirgememişlerdir, kendilerine de bu vesileyle çok teşekkür ediyorum. Özellikle keyifle birlikte çalıştığım ve akademik tartışmalarda feyz aldığım oda arkadaşım Arş. Gör. Aslıhan Gülcan'a tezimi okuyarak görüşlerini sunduğu için çok teşekkür ederim. Tezimi büyük bir titizlikle okuyarak değerli görüşlerini sunan ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli arkadaşım ve hocam Dr. Dadaşhan Celalettin Kavas'a çok teşekkür ederim. Çalışma arkadaşlarımdan; özellikle bu süreçte benden yardımlarını, değerli görüş ve önerilerini esirgemeyen Dr. Göksu Işık'a, Arş. Gör. Buğra Vehbi Döner'e, Arş. Gör. Aslıhan Deniz Bilgehan'a ve tezimi okuma sabrını gösteren Arş. Gör. Sedef Yiğit'e çok teşekkür ederim.

Bu süreçte yardımlarını benden hiçbir zaman esirgemeyen değerli arkadaşım Arş. Gör. Pelin Tokcan Ercan'a ve Arş. Gör. Onur Görmez'e ve özellikle doktora savunma sürecimde vermiş olduğu destek için Arş. Gör. Hasan Onur Akay'a vermiş oldukları destek ve göstermiş oldukları dostluk için ayrıca teşekkür ederim.

Doktoranın bana kazandırdıklarından biri olan ve bu süreçte en büyük destekçim olarak her daim varlığını hissettiren, tezin yazımı konusunda beni cesaretlendiren ve tezimi büyük bir titizlikle okuyarak görüş ve önerileri ile değerli katkılarını sunan sevgili arkadaşım Av. Perihan Selçuk Mahmatlı'ya bu vesileyle çok teşekkür ederim.

Akademik çalışma hayatının zorluklarını birlikte aşmaya çalıştığım, gerek manevi gerekse akademik desteğini her zaman yanımda hissettiğim, özellikle Almanya'da bulunduğum dönemde küresel salgında zorlu günleri birlikte atlattığım, tezimin yazımı sürecinde her daim beni teşvik eden sevgili arkadaşlarım Dr. Ceren Karagözoğlu'ya ve Arş. Gör. Özge Bozkurt'a çok teşekkür ederim.

Son olarak bu zorlu süreçte beni yalnız bırakmayan, büyük sabır ve anlayış gösteren ve her türlü desteği sağlayan sevgili annem Aysel Şimşek ve babam Doğan Şimşek'e bilhassa minnettarım. Onlara ne kadar teşekkür etsem azdır. Yine bu süreçte desteğini her zaman hissettiğim ağabeyim ve ablama da bu vesileyle çok teşekkür ediyorum.

Bahar ŞİMŞEK
İstanbul, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR	xxii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

I. KAVRAM	5
II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	6
A. GENEL OLARAK	6
B. KENDİ YARARINA İŞLEM (SELF DEALING).....	7
C. KONTROLÜN ÖZEL YARARLARI (PRIVATE BENEFIT OF CONTROL)	11
D. TÜNELLEME (TUNNELING)	13
E. BİLGİ SUİSTİMALİ (İNSİDER TRADING).....	16
F. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI	19
G. DESTEK ÇIKMA (PROPPING).....	21
H. ÖRTÜLÜ SERMAYE.....	22
III. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN FAYDALI VE ZARARLI YÖNLERİ	24
A. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN ZARARLARI	24
B. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN FAYDALARI	25
C. DEĞERLENDİRME.....	27
IV. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ İÇİN ÖZEL DÜZENLEME GETİRİLMESİNİN AMAÇLARI.....	28
V. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE DAİR DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	30
A. ULUSLARARASI ALANDA	30
B. TÜRKİYE'DE	37

1. 2599 Sayılı Sermaye Piyasası Mevzuatında İlişkili Taraf İşlemleri	37
2. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Mevzuatında İlişkili Taraf İşlemleri	44
3. Türkiye Muhasebe Standartlarında İlişkili Taraf İşlemleri	47
VI. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE DAİR GETİRİLEN PROSEDÜRLER	
.....	48
A. ZORUNLU AÇIKLAMA	49
B. KORUMA MEKANİZMALARI	51
VII. KURUMSAL YÖNETİMDEKİ YERİ.....	53
A. GENEL OLARAK	53
B. OECD DÜZENLEMELERİNDEKİ YAKLAŞIM.....	56
VIII. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN DÜZENLEME BİÇİMİ.....	59
A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU	59
1. Genel Bakış	59
2. İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin Düzenlemelerin Oluşum Süreci	61
3. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c Maddesi	68
a. Düzenlemenin Uygulama Kapsamı.....	68
(1) Düzenlemenin Uygulanacağı Şirketler.....	68
(2) İlişkili Taraf Çevresi.....	69
(3) İşlem Çevresi.....	70
i. Düzenleme Kapsamına Giren İşlemler	70
ii. Muaf Tutulan İşlemler.....	73
b. Koruma Mekanizması	75
(1) Kamuya Açıklama Gereklilikleri.....	75
(2) İşlemin Adil ve Makul Olduğuna Dair Rapor Alınması.....	77
(3) İşlemin Onaylanması.....	78
(4) On İki Aylık Dönemde veya Aynı Mali yıl İçinde Gerçekleştirilen İşlemler için Öngörülen Koruma Mekanizması.....	79
c. Öngörülen Yaptırımlar	80
B. ALMAN HUKUKUNDA	81

C. FRANSIZ HUKUKUNDA.....	88
D. İNGİLİZ HUKUKUNDA	91
E. İTALYAN HUKUKUNDA.....	97
F. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN AB MÜKTESABATI İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	103

İKİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF VE İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ KAVRAMI

I. KAVRAMLARIN ELE ALINIŞI.....	108
II. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA	108
III. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA	110
A. GENEL OLARAK	110
B. İLİŞKİLİ TARAF KAVRAMI	112
1. İlişkili Taraf Sayılan Kişi ve İşletmeler	113
a. İlişkili Kişiler	113
(1) Kontrol Gücüne veya Ortak Kontrol Gücüne Sahip Olunması.....	113
i. Türk Hukukunda Kontrol Kavramına İlişkin Düzenlemeler	114
(a) Türk Ticaret Kanunu'nda Kontrol	114
(b) Bankacılık Kanunu'nda Kontrol	117
(c) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Kontrol.....	119
(d) Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kontrol.....	123
ii. Türkiye Muhasebe Standartları'nda Kontrol Kavramı	126
(a) TFRS 10 Uyarınca Kontrol Kavramı.....	127
(i) Şirket Üzerinde Güce Sahip Olunması.....	129
(ii) Değişken Getirilere Maruz Kalınması veya Bu Getirilerde Hak Sahibi Olunması	133
(iii) Gücü Kullanma İmkânına Sahip Olma	133
(b) TFRS 11 Uyarınca Ortak Kontrol Kavramı.....	134
(2) Önemli Etkiye Sahip Olma	138
(3) Kilit Yönetici Personel Olması	141
i. Gerçek Kişi Kilit Yönetici Personelin İlişkili Taraf Sayılması	141

ii. Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyelerinin İlişkili Taraf Sayılması	148
(4) İlişkili Sayılan Kişinin Yakın Aile Üyeleri.....	149
b. İlişkili İşletmeler	155
(1) Aynı Grubun Üyesi Olması	155
(2) İştirak ya da İş Ortaklığı Olması.....	158
(3) İki İşletmenin Aynı Üçüncü Taraf İle İş Ortaklığı Olması	160
(4) Üçüncü Bir İşletmenin İş Ortaklığı ve İştiraki Olması	160
(5) Çalışanlara İlişkin İşten Ayrılma Sonrasında Fayda Sağlanması	161
(6) Belirli Kişiler Tarafından Kontrol veya Ortak Kontrol Edilmesi	162
(7) Belirli Kişilerin Önemli Etkide Bulunması veya Kilit Yönetici Personelinin Bir Üyesi Olması.....	163
(8) Kilit Yönetici Personel Hizmeti Sunulması.....	164
(9) Devletle İlişkili İşletmeler	165
2. İlişkili Tarafların Sınırlı Sayıda Olması ve Özün Önceliği İlkesi	165
3. İlişkili Taraf Sayılmayan Kişi ve İşletmeler	168
a. Bir Gerçek Kişinin Belirli Bir Etkiye Sahip Olduğu İşletmeler	169
b. İki İş Ortaklığı Katılımcısı.....	170
c. İşletme ile Sadece Olağan İş İlişkisi İçerisinde Olanlar	170
d. Ekonomik Bağımlılık Nedeniyle Önemli Hacimde İşlem Yapılanlar	173
C. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMİ KAVRAMI.....	174
IV. SİGORTACILIK KANUNU'NDA	175
V. BANKACILIK KANUNU'NDA	176
VI. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA	178
VII. DEĞERLENDİRME	184
A. GENEL DEĞERLENDİRME.....	184
B. TMS 24 YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME	186
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN PROSEDÜREL KORUMA	
MEKANİZMALARI	
I. GENEL OLARAK	189

II. SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER.....	189
A. SERPK M. 17/3 VE KYT M. 9 VE 10'DA ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELER.....	189
1. Düzenlemelerin Uygulama Kapsamı	189
2. İlişkili Taraflarla Gerçekleştirilecek İşlemler	191
a. Hükmün Kapsamına Giren İlişkili Taraflar	191
b. Hükmün Kapsamına Giren İşlemler.....	192
(1) İşlemin Kapsamı	192
i. Genel Olarak	192
ii. Şirketin Bağlı Şirketlerinin İlişkili Taraflarla Gerçekleştirdiği İşlemler.....	193
(2) SPK'nın Belirlediği Nicel ve Nitel Kriterler	195
(3) Muaf Tutulan İşlemler	197
i. Genel Bakış	197
ii. Banka ve Finansal Kuruluşların Olağan Faaliyetleri	198
iii. Temettü Dağıtımı, Yeni Pay Alma Hakkı ve Yöneticilerin Mali Haklarına İlişkin Ödemeler	199
iv. Yatırım Ortaklıklarının Aracılık Hizmetleri	202
c. Tek Seferlik İşlemler İçin Koruma Mekanizması.....	203
(1) Yönetim Kurulu Kararı Alınması	205
(2) Uygunluk Kontrolü Olarak Değerleme Raporu Alınması	206
i. Değerleme Yaptırılması	206
ii. Değerleme Raporu Hazırlayacak Kuruluş ve Özellikleri.....	208
iii. Değerleme Raporunun İşlemin Uygunluğunu Kontrol İşlevi	209
(3) İşleme İlişkin Alınacak Yönetim Kurulunun Kararının Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Çoğunluğunca Onaylaması.....	212
i. Yönetim Kurulu Kararı Alınması	212
ii. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Çoğunluğunun Onayı.....	214
(a) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevi ve Nitelikleri	215
(b) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Onaylama Usulü.....	221

(c) Onay Safhasında Yönetim Kurulu Üyelerinin Oydan Yoksunluğu	225
(d) İşlemin Onaylanması	230
(4) İşlemin Onaylanmaması Halinde KAP'ta Açıklama Yapılması.....	230
(5) Genel Kurul Onayının Alınması	231
i. Genel Kurul Toplantısına İlişkin Usul	231
ii. Toplantı Nisabı.....	235
iii. Oydan Yoksunluk	238
iv. Genel Kurulun İşlemi Onaylaması.....	240
(6) Bağlı Şirketlerin İlişkili Taraflarıyla Gerçekleştireceği İşlemlerin Onayı	241
(7) İşlemin Yapılmasına İlişkin KAP'ta Duyuru Yapılması	243
d. Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler İçin Koruma Mekanizması	246
(1) Genel Olarak	246
(2) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlem Kavramı	247
(3) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemlerin Eşik Değeri.....	248
(4) Koruma Mekanizması.....	250
B. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE UYGULANMASI GEREKEN DİĞER DÜZENLEMELER.....	253
1. İlişkili Taraflar Lehine Teminat Verilmesi	253
a. Genel Olarak	253
b. Üçüncü Kişiler Lehine Teminat Verme Yasağı	254
c. Koruma Mekanizması	259
2. Önemli Nitelikteki İşlemler.....	260
a. Malvarlığı Konu Alan İşlemler	261
b. Sermaye Artırımında Elde Edilecek Fonun İlişkili Taraflara Olan Borcun Ödenmesinde Kullanılması	263
c. Koruma Mekanizması	266
(1) Yönetim Kurulu Kararı Alınması	266
(2) Genel Kurulun İşlemi Onaylaması	268

i. Genel Olarak	268
ii. Oydan Yoksunluk	269
d. Pay Sahibinin Korunmasına İlişkin Getirilen Diğer İmkânlar	271
C. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN BELGELERİ SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	272
D. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI DENETİMİ	274
1. Genel Bakış	274
2. Örtülü Kazanç Aktarımının Varlığı İçin Aranılan Şartlar	276
a. Kazancı Aktarılanın Halka Açık Anonim Şirket ile Onun İştiraki ya da Bağlı Ortaklığı Olması.....	276
b. Kazanç Aktarımı Yapılanın Halka Açık Anonim Şirket veya İştiraki ya da Bağlı Şirketi ile İlişkili Olması	280
c. Kazanç Aktarımının Aktif ya da Pasif Yolla Gerçekleştirilmiş Olması	284
(1) Aktif Olarak Örtülü Kazanç Aktarımının Gerçekleştirilmesi.....	284
i. Emsallere Uygunluk.....	286
ii. Piyasa Teamülleri.....	292
iii. Ticari Hayatın Basiret ve Dürüstlük İlkeleri.....	293
(2) Pasif Olarak Örtülü Kazanç Aktarımının Gerçekleştirilmesi	296
d. Halka Açık Şirketin Kazancının Aktarılması veya Artmasının Engellenmiş Olması	299
3. Örtülü Kazanç Aktarımının Uygulama Kapsamının İlişkili Taraf İşlemleri Yönünden Değerlendirilmesi	300
III. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	302
A. GENEL OLARAK	302
B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEM YASAĞI	303
1. İşlem Yasağının Şartları	304
a. Yönetim Kurulunun Kendisiyle İşlem Yapması	304
b. Yönetim Kurulu Üyesinin Başkası Adına Şirketle İşlem Yapması	309
2. İşlem Yasağının Kapsamı.....	310

a. Yasak Kapsamına Giren Kişiler.....	310
b. Yasak Kapsamına Giren İşlemler	311
c. Yasağın Uygulama Kapsamı.....	314
3. Koruma Mekanizması: İşlem Yapılmasının Genel Kurul İzmine Bağlanması..	
.....	315
4. Genel Kurulun İzin Vermesinin Sonuçları.....	318
5. Değerlendirme	319
C. PAY SAHİPLERİNİN VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN	
BORÇLANMA YASAĞI	321
1. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı	321
a. Borçlanma Yasağının Kapsamı.....	322
(1) Kişi Yönünden	322
(2) Borçlanma İşlemi Yönünden	325
(3) Uygulama Alanı.....	327
b. Değerlendirme.....	327
2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete Borçlanma Yasağı...	
.....	330
a. Yasağın Kapsamı	331
(1) Kişi Yönünden	331
(2) İşlem Yönünden	335
b. Değerlendirme.....	336
D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN REKABET YASAĞI	337
1. Kapsamı.....	338
a. Kişi Yönünden	338
b. İşlem Yönünden	339
2. Rekabet Yasağının Koşulları.....	341
a. Yönetim Kurulu Üyesinin İşlemi Kendisi veya Başkası Hesabına Yapması	
.....	341
b. Aynı Türden Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sorumluluğu Sınırsız Ortak	
Sıfatıyla Girmesi	341

3. Koruma Mekanizması: Genel Kurulunun Onayı.....	342
4. Genel Kurulun İzin Vermesinin Sonuçları.....	345
5. Rekabet Yasağının Uygulama Kapsamı.....	346
a. Genel Olarak	346
b. Halka Açık Anonim Şirketler Yönünden Hükmün Uygulanabilirliği	347
E. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KORUYUCU MEKANİZMALAR	348
1. Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinin Temel Amacı ve İlişkili Taraf İşlemleri	348
2. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması	351
a. Hâkimiyet.....	351
b. Kısmi Hâkimiyette Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması.....	352
(1) Kayıp.....	353
i. Kayıp Kavramı	353
ii. Kayba Yol Açan İşlem ve Önlemler	356
(a) Genel Olarak	356
(b) Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanması	357
(c) Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yasağı ve Borçlanma Yasağı.....	361
(d) Topluluk Şirketlerinde Nakit Havuzu Uygulamaları.....	363
iii. Kaybın Ölçülebilir Olması	369
(2) Hâkim Şirketin Yönelmesi	371
(3) Denkleştirme	372
i. Genel Olarak	372
ii. Denkleştirme Yöntemi	374
c. Tam Hâkimiyette Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması	375
d. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasına İlişkin Hükümlerin SerPK Hükümleri Yönünden Değerlendirilmesi	376
(1) Genel Olarak	376
(2) Görüşümüz.....	379

i. Kısmi Hâkimiyet Halinde	379
ii. Tam Hâkimiyette.....	384
e. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasına İlişkin Hükümlerin Örtülü Kazanç Aktarımı Yönünden Değerlendirilmesi	387
(1) TTK m. 202/1 ile SerPK m. 21 Hükümlerinin Unsurları Yönünden Kesişim Alanının Belirlenmesi	388
i. Kapsam Yönünden	388
ii. Unsurlar Yönünden	389
iii. Kavramlar Yönünden	390
iv. Sonuç ve Yaptırımlar Bakımından.....	391
(2) TTK m. 202 ile SerPK m. 21 Hükümlerinin Hangisinin Uygulanacağı Sorunu	392
i. Öğretideki Yaklaşım	392
ii. Görüşümüz	395
3. Bağlılık Raporu	398
a. Bağlılık Raporunun İçeriği.....	399
b. Bağlılık Raporunun Sonuç Kısmı	401
c. Değerlendirme.....	402
IV. DİĞER KANUNLARDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN KORUMA MEKANİZMALARI.....	403
A. SİGORTACILIK KANUNU'NDA	403
1. Genel Olarak	403
2. Teminat Yasağı	403
3. Aktif Azaltıcı İşlem yasağı.....	404
B. BANKACILIK KANUNU'NDA	406
C. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA	407
1. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı.....	407
2. Transfer Fiyatlandırma Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Belgelendirme ve Saklama Yükümlülüğü	410

3. Transfer Fiyatlandırmasının İlişkili Taraf İşlemleri ve Örtülü Kazanç Aktarımı ile Karşılaştırılması	410
a. Uygulama Kapsamı Yönünden	412
b. İlişkili Taraflar Yönünden.....	412
c. İşlem ve Ölçütler Yönünden	414
d. SerPK ve KVK Uygulama Alanlarının Kesişmesi.....	415

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN SONUÇLARI

I. SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA ÖNGÖRÜLEN İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	417
A. GENEL OLARAK	417
B. SERPK M. 17/3 VE KYT'DE GETİRİLEN DÜZENLEMELERE AYKIRILIK	417
1. Usule Aykırılığın Sonuçları	417
a. Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği.....	418
(1) Yokluk.....	419
(2) Butlan	421
i. Eşit İşlem İlkesine Aykırı Kararlar	424
ii. Anonim Şirketin Temel Yapısına Uymayan veya Sermayenin Korunması İlkesini Gözetmeyen Kararlar	427
b. Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği	428
(1) Yokluk	429
(2) Butlan.....	431
(3) İptal	433
i. Kanuna Aykırılık.....	433
ii. Esas Sözleşmeye Aykırılık.....	437
iii. Dürüstlük Kuralına Aykırılık	437
c. Butlan ve Yokluğun Tespiti Davaları ve İptal Davası	437

2. Prosedürün Yerine Getirilmemesinin İlişkili Taraf İşleminin Geçerliliğine Etkisi.....	440
C. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	444
1. SPK'nın Örtülü Kazanç Aktarılan Tutarın İadesine İlişkin Yetkileri	445
a. SPK'nın Aktarılan Tutarın İadesi İçin Süre Tayin Etmesi	445
b. SPK'nın Aktarılan Tutarın İadesi İçin Dava Açma Yetkisi	448
D. SERPK M. 92 HÜKMÜNDE SPK'YA TANINAN TEDBİRLER	450
1. Tedbir Uygulanabilmesi için Gerekli Koşullar	451
2. SPK'nın Yetkileri	455
a. Tedbir Alınmasını İsteme ve İlgili Mercilere Bildirme Yetkisi.....	455
b. İptal Davası, Yokluk veya Butlanın Tespiti Davası Açma Yetkisi.....	456
(1) Dava Konusu Olabilecek İşlemler	457
(2) Davalar.....	458
(3) Dava Süreleri	461
c. Sorumlu Bulunanların İmza Yetkisini Kaldırma, İlgilileri Görevden Alma ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Yerine Yenilerini Ataması Yetkisi.....	464
E. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERE İLİŞKİN GETİRİLEN DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	467
1. Prosedürün Yerine Getirilmemesinin İşleminin Geçerliliğine Etkisi	467
2. Usule Aykırılığın Sonuçları	470
a. İşlemin Kaldırılmasına Yönelik SPK'nın Karar Alma ve İdari Para Cezası Verme Yetkisi	470
b. SPK'nın Önemli Nitelikteki İşlemin İptalini İsteme Yetkisi	475
(1) Genel Olarak	475
(2) İptal Davasına İlişkin Esaslar	477
F. SERPK'DA ÖNGÖRÜLEN İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLAR	481
1. İdari Yaptırım.....	481
a. Genel Esaslar.....	481
b. Uygulama Esasları	485

2. Cezai Yaptırım	486
a. Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu.....	486
b. Suçun Unsurları.....	489
c. Cezai Müeyyide	492
d. Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulü.....	494
G. TAZMİNAT SORUMLULUĞU.....	495
1. Genel Olarak	495
2. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Sorumluluğu.....	496
3. Kontrol Gücüne Sahip Kişilerin Sorumluluğu	499
4. Diğer İlişkili Tarafların Sorumluluğu	504
II. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE	
İLİŞKİN DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	506
A. GENEL OLARAK	506
B. İŞLEM YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI .	506
1. İzinsiz Yapılan İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi	509
a. İzinsiz Yapılan İşlemi Genel Kurulun Onaması	510
b. Genel Kurulun İzin Alınmaksızın Yapılan İşlemi Onamayı Reddetmesi	511
C. BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ	
SONUÇLARI.....	512
1. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağının İhlal Edilmesi.....	512
2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağının İhlali	
Edilmesi.....	514
a. Hukuki Sonucu.....	514
b. Cezai Sonucu.....	516
D. REKABET YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI.	
.....	517
1. Yaptırım Türleri	517
2. Yaptırımın Seçilmesi.....	519
3. Zamanaşımı	521
4. Sorumluluğun Saklı Tutulması.....	522

E. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERE AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI.....	524
1. Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasının Sonuçları	524
2. Bağlılık Raporunun Hazırlanmamasının Sonuçları.....	525
SONUÇ.....	527
KAYNAKÇA	552
ÖZGEÇMİŞ.....	580

KISALTMALAR

AB:	Avrupa Birliği
ABD:	Amerika Birleşik Devletleri
AG:	Aktiengesellschaft
a.e.:	Aynı eser
a.g.e.:	Adı Geçen Eser
a.g.m.:	Adı Geçen Makale
AICPA:	American Institute of Certified Public Accountants
AktG:	AktienGesezt
Aşa.:	Aşağıda
AYM :	Anayasa Mahkemesi
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM:	Bölge Adliye Mahkemesi
BankK:	Bankacılık Kanunu
BATİDER:	Banka ve Ticaret Araştırma Dergisi
BC:	Basis For Conclusions
BeckOGK:	GROSSKOMMENTAR
BFHD:	Banka ve Finans Hukuku Dergisi
BK:	Bakanlar Kurulu
BK Karar:	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar
Bkz.:	Bakınız

BOBİ FRS:	Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı
BTHAE:	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.:	Cilt
CD.:	Ceza Dairesi
CFS:	Center for Financial Studies
CG:	Corporate Governance
CGK:	Ceza Genel Kurulu
CONSOB:	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
D.:	Daire
Dan.:	Danıştay
DEÜHF:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.:	Esas
ECFR:	European Company and Financial Law Review
ECGF:	Avrupa Kurumsal Yönetim Forumu'nun
ECGI:	European Corporate Governance Institute
ECLE:	European Company Law Experts Group
Ed./eds.:	Editör/Editörler
ESerPK/eSerPK:	Eski Sermaye Piyasası Kanunu
ETTK/eTTK:	Eski Türk Ticaret Kanunu
EU:	European Union
FASB:	Financial Accounting Standards Board
FCA:	Financial Conduct Authority
FTK:	Fransız Ticaret Kanunu

GAAP:	Generally Accepted Accounting Principles (Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri)
GK:	Genel Kurul
GSÜHFD:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Green Paper:	Yeşil Kitap
GVK:	Gelir Vergisi Kanunu
IAS:	International Accounting Standards
ICBER:	International Conference on Business and Economic
IFRIC:	International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS:	International Financial Reporting Standards
IOSCO:	International Organization of Securities Commissions
IRZ:	Zeitschrift der internationalen Rechnungslegung
İBK:	İsviçre Borçlar Kanunu / Obligationenrecht
İÜ:	İstanbul Üniversitesi
İÜHF:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.:	Karar
KAP:	Kamuyu Aydınlatma Platformu
KVK:	Kurumlar Vergisi Kanunu
KYİ:	Kurumsal Yönetim İlkeleri
KYT:	Kurumsal Yönetim Tebliği
LHD:	Legal Hukuk Dergisi
m.:	Madde
MMVO/MAR:	Markt Abuse Regulation

MünchHdb GesR:	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MÜHF:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHF HAD:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.:	Numara
NZG:	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD:	Organisation for Economic Co-operation and Development
Para:	Paragraf
PCAOB:	Public Company Accounting Oversight Board
RG:	Resmi Gazete
RILE:	Rotterdam Institute of Law and Economics
RKHK:	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn:	Randnummer(n)
RPT:	Related Party Transactions
Rz:	Randziffer(n)
S.:	Sayı
s.:	Sayfa
SAS 6:	Statement on Auditing Standards, 6
SBE:	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SDÜ:	Süleyman Demirel Üniversitesi
SDÜHF:	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SerPK:	Sermaye Piyasası Kanunu
SFAS 57:	Statement of Financial Accounting Standards 57: RPT
s.k.:	Sayılı Kararı

SK:	Sigortacılık Kanunu
SPK:	Sermaye Piyasası Kurulu
SSRN:	Social Science Research Network
s.y.:	Sayfa numarası yok.
T.:	Tarih
TBB:	Türkiye Barolar Birliği
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TFM:	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TFRS:	Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TKYD:	Türkiye kurumsal Yönetim Derneği Dergisi
TMS:	Türkiye Muhasebe Standartları
UK:	United Kingdom
UCLA:	University of California, Los Angeles
UKLA:	UK Listing Authority
US:	United States
Vol.:	Volume
v.d.:	Ve Diğerleri
vd.:	Ve Devamı
VUK:	Vergi Usul Kanunu
WpAV:	Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz (Wertpapierhandelsanzeigeverordnung)
Yarg.:	Yargıtay

YK: Yönetim Kurulu

ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht



GİRİŞ

Tezimizin konusu, ilişkili taraf işlemleridir. İlişkili taraf işlemleri, şirket ile şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde belirli etkiye sahip kişiler arasında yapılan işlemleri ifade eder. İlişkili taraf işlemleri, şirket işlemleri arasında en çok tartışılan konulardan biridir. Ticari hayatta ilişkili taraf işlemleri, ne kendisinden tamamen vazgeçilebilen ne de tamamen serbest bırakılabilen ve görmezlikten gelinen işlemlerdir. Şirket için yarar sağlayabileceği gibi denetim altında tutulmaz ise şirketin ve pay sahiplerinin zarar görmesine hatta mahvına da sebep olabilir. Bu nedenle ülkelerin hukuk sistemlerinde ilişkili taraf işlemleri ne tamamen serbest bırakılmış ne de tamamen yasaklanmıştır.

İlişkili taraf işlemlerine ticari hayatta sık rastlanır. Birçok ilişkili taraf işlemi, şirket için diğer işlemlere nazaran daha avantajlı koşullarda gerçekleştirilebilmekte ve şirket ile pay sahiplerinin yararına olabilmektedir. Bu nedenle de şirketler, genel itibariyle YK üyeleri, yöneticiler, hâkim pay sahipleri, bu kişilerden herhangi birinin yakınları ve bunların iştirakleri gibi ilişkili taraflarıyla işlem yapmayı tercih ederler. Kimi zaman ilişkili taraflarla yapılacak işlemler şirketin üçüncü kişilerle yapacağı işlemlere göre fiyat, vadeli ödeme gibi kolaylıklar bakımından daha fazla avantaj sağlayabilmektedir. Diğer taraftan ilişkili kişilerin şirket üzerinde haiz olduğu etki, şirketin varlıklarının dışarı aktarılması gibi şirketin oldukça zararına yol açabilen işlemler gerçekleştirmek amacıyla da kullanılabilir. Bir yanda bu tehlikenin varlığı ilişkili taraf işlemlerinin kontrol altına alınması ihtiyacını ortaya çıkarken diğer yandan bu işlemlerin şirket için faydaları da bu işlemlerin tamamen yasaklanmasına mâni olmaktadır. Bu yönüyle hukuk sistemleri ilişkili taraf işlemlerini tamamen ret ya da kabulden çok şirket bakımından en yararlı olanını kabul etme yolunu seçmişlerdir. Bunun için de birçok kriter, birçok denetim mekanizması ve bunlar yanında yaptırımlar öngörmüşlerdir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler, şirket türlerine göre değişmekle ve zaman içinde gelişmekle birlikte her zaman var olmuştur. Yönetim kurulu üyelerine getirilen sınırlamalar, pay sahiplerine yönelik getirilen çeşitli yasaklar bu düzenlemelerin ilk örnekleridir. Ancak “ilişkili taraf işlemleri” kavramı başlığı

özelinde çıkarılan düzenlemeler çok eski değildir. Çalışmamızda da açıkladığımız üzere, kavramın tarihsel sürecine bakıldığında ilişkili taraf işlemleri 2000’li yıllara kadar muhasebe standartları bağlamında ele alınmıştır ve açıklama gerekliliği gerektiren sınırlı bir düzenleme alanına konu olmuştur. Ancak 2000’li yıllarda yolsuzluk ve hileli işlemler şeklinde gerçekleşen ve dünya kamuoyunu da meşgul eden Amerika Birleşik Devletleri’nde (Enron, Worldcom), Avrupa’da (Schneider Rundfunwerke, Parmalat, Bremer Vulkan) ve Asya’da (Kangsai Group, Baan Company) gerçekleşen şirket skandalları ilişkili taraf işlemlerinin daha çok gündeme gelmesine yol açmıştır. Bu skandallar ilişkili taraf işlemlerine ilişkin muhasebe standartlarında öngörülen açıklama gerekliliklerinin yeterli olmadığına fark edilmesine ve dünyada ilişkili taraf işlemlerinin incelenmesi ve bu kapsamda düzenlemeler getirilmesine yol açmıştır. Konunun İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı’nda (bundan sonra “*Organisation for Economic Co-operation and Development*”, “*OECD*” diye anılacaktır) ele alınması konuyu daha da önemli hale getirmiştir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen düzenlemelerin, işlemler yapılmadan önce şirketin organlarında bu işlemlerin onaylanması ve akabinde işlemin kamuya açıklanması olmak üzere iki koruma mekanizmasına dayandırılmış olduğu görülmektedir. Dünya genelinde ilişkili taraf işlemleri kavramı altında getirilen düzenlemeler, daha ziyade halka açık şirketler içindir. Bunun sebebi halka açık şirketlerin özellikle payları borsada işlem gören şirketlerin, yarattığı büyük güç ve küçük yatırımcının daha fazla korunmaya muhtaç olması sebebiyle bu şirketlerin denetiminin önem arz etmesidir. OECD ve Avrupa Birliği’nin (bundan sonra “AB” diye anılacaktır) de ilişkili taraf işlemlerine yönelik çalışmaları ve önerileri, kavramın Türk hukukuna da girmesine yol açmıştır. 2005 yılında muhasebe standartlarında Türk hukukuna giren kavram, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda da kapsamlı düzenlemeye konu olmuştur. Konu Türk hukukunda da payları borsada işlem gören şirketler kapsamında ele alınmıştır.

Çalışmamızın konusunu anonim şirketlerde ilişkili taraf işlemleri oluşturmaktadır. Bu nedenle konu hem halka açık anonim şirketleri hem de halka kapalı anonim

şirketleri kapsamaktadır. Ancak ilişkili taraf işlemleri ile ilgili doğrudan kapsamlı bir düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer aldığı için bu tabii olarak konunun çalışmamızın ağırlık kısmını da bu kısım oluşturmuştur. Tezde, Sermaye Piyasası mevzuatındaki ilişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemeler incelendikten sonra Türk Ticaret Kanunu'nda (bundan sonra “TTK” diye anılacaktır) ve diğer kanunlarda ilişkili taraf işlemleri ile ilgili sayılabilecek diğer düzenlemelere yer verilmiş, ilgili düzenlemelerin çakışması halinde hangi hükümlerin uygulanacağı hususu irdelenmiştir ve bu düzenlemelerdeki eksiklikler ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ilişkili taraf işleminin, benzer kavramlarla karşılaştırılmasına yer verilerek kavram açıklanmaya çalışılmıştır. İlişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemelere neden ihtiyaç olduğu hususu ortaya koyulmaya çalışılmış bu çerçevede tarihsel süreç, konunun dünya genelinde ele alınışına ve Türk hukukunu da etkileyen OECD ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ile bu düzenlemelerin oluşmasına etkili olan bazı AB üyesi ülkelerdeki konuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ardından kavramın Türk hukukundaki tarihsel süreci incelenmiştir.

İkinci bölümde, “ilişkili taraf” ve “ilişkili taraf işlemlerinin” tanımlandığı yasal düzenlemeler incelenmiştir. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu (“SerPK” diye anılacaktır), Sigortacılık Kanunu (“SK” diye anılacaktır), Bankacılık Kanunu (“BankK” diye anılacaktır) ve Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki (“KVK” diye anılacaktır) ilişkili taraf kavramına ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürel koruma mekanizmaları incelenmiştir. Konuyla ilgili esaslı ve kapsamlı düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve ikincil mevzuatında yer aldığı için ilk olarak buradaki düzenlemeler ele alınmıştır. Ardından Türk Ticaret Kanunu'ndaki ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilebilecek düzenlemeler belirlenmiş ve bunlar incelenmiştir. Bu düzenlemelerdeki eksiklikler ortaya koyulmuş, Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri çakıştığı hallerde hangi düzenlemelerin uygulanacağı hususu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Yine ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Sigortacılık Kanunu, Bankacılık Kanunu, Kurumlar Vergisi

Kanunu gibi bazı özel kanunlara da yer verilmiştir. Burada ilişkili taraf sayılan kişilerle, Sermaye Piyasası Kanunu'nda ilişkili taraf teşkil eden kişiler karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen ilişkili taraf işlemlerinin sonuçları düzenlenmiştir. Konu, sermaye piyasası mevzuatında öngörülen ilişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemelere aykırılığın sonuçları ve Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen düzenlemelere aykırılığın sonuçları şeklinde bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Ancak belirtelim üçüncü bölümde incelenen özel Kanunlara aykırılığın sonuçlarına ise konunun daha da genişlememesi için tezimizde ayrıca yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

I. KAVRAM

“İlişkili taraf İşlemleri” terimi, İngilizce “*Related Party Transactions*” teriminin birebir dilimize tercüme edilmiş halidir. Kavram pek çok ülke uygulamasına “*Related Party Transactions*” şeklinde İngilizce olarak aktarılmasına karşın Türk hukuk literatürüne “*İlişkili Taraf İşlemleri*” şeklinde Türkçe olarak aktarılmış ve bu şekilde de kullanılmıştır.

İlişkili taraf işlemleri, kavram olarak çok geniş bir çerçeveyi çağrıştırmaktadır. “İlişkili taraf işlemi” kavramı, şirketin ilişkili kişilerle yaptığı işlemler şeklinde ifade edilebilir. Ancak literatüre hâkim olmayan kişilerce bu kavramdan hareketle ilişkili taraf işlemlerinin kolayca içeriği çizilebilecek ve tanımlanabilecek bir anlama sahip olmadığını belirtmemiz gerekir. İlişkili taraf işlemlerinin çerçevesi hukuk sistemlerine göre değişkenlik gösterebilmektedir. İlişkili taraf kavramı, şirketin hâkim pay sahipleri, şirket üzerinde kontrol gücüne sahip kişiler veya yöneticiler ve bu kişilerin yakınlarından oluşan kişileri kapsar. İlişkili taraf işlemi de en basit olarak şirket ile hâkim pay sahipleri ve yöneticiler ve onların yakınları arasında yapılan işlemler şeklinde tanımlanmaktadır¹. İlişkili taraf işlemi, genel olarak şirket ile şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde belirli etkiye sahip kişiler arasında yapılan işlemleri ifade eder. Şirket üzerinde haiz olunan bu etki, kavramın tanımlandığı uluslararası muhasebe standartlarında kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel şeklinde somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen düzenlemelerle şirket üzerinde etkisi bulunan kişilerin şirketle yaptığı işlemlerin denetlenmesi amaçlanmıştır.

¹ Andreas Tarde, **Related Party Transactions: Empfehlungen zur Umsetzung der reformierten Aktionsärsrichtlinie vor dem Hintergrund eines englisch-deutschen Rechtsvergleichs**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 6.

II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. GENEL OLARAK

Yolsuz, hileli ve kötü amaçla yapılan ilişkili taraf işlemleri, piyasa dışı işlemler, kendi yararına işlem “*self dealing*”, tünelleme “*tunnelling*”, kontrolün özel faydaları “*private benefits of control*”, destek çıkma “*Propping*”, örtülü kazanç aktarımı gibi çeşitli adlarla nitelendirilebilmektedir². Bu kavramlar, öğretide birbiri yerine kullanılsa da aslında tam olarak aynı anlamları ihtiva etmezler. Bu kavramların konumuz bakımından özelliğini, faydalanılma aracı olarak gerçekleştirilen ilişkili taraf işleminin bir görünümünü teşkil etmeleri oluşturur. Örneğin ilişkili taraflarla yapılan işlem vasıtasıyla şirketin malvarlığı bu kişilere aktarılıyorsa bu işlem ilişkili taraf işlemi sayılmakla birlikte örtülü kazanç aktarımını da oluşturabilir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere her örtülü kazanç aktarımı ilişkili taraf işlemi şeklinde gerçekleşmez. Bu nedenle birbiri yerine kullanılan bu kavramların hangi hallerde ilişkili taraf işleminin bir görünümünü oluşturduğunun tespit edilmesi ve kavramlar arasındaki farklılıklara değinilmesi gerekmektedir.

Bu kavramların ilişkili taraf işlemi kavramıyla ne derece örtüştüğü aşağıda ele alınacaktır.

² Ali İhsan Karacan, “**Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar C. I**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 116; Simeon Djankova, Rafael La Portab, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, “The law and Economics of Self-Dealing”, **Journal of Financial Economics**, Vol. 88, 2008, s. 430; Felix Ungerer, **Prozedurale Regulierung und Transparenz von Related Party Transactions in börsennotierten Aktiengesellschaften**, Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht Band 167, Eds: Holger Fleischer, Hanno Merkt, Gerald Spindler, Berlin, Duncker & Humblot, 2019, s. 41-44.

B. KENDİ YARARINA İŞLEM (SELF DEALING)

“Kendi yararına işlem”³, “kendi çıkarına işlem”⁴, “kendisiyle işlem”⁵, “yolsuz (veya usulsüz) kişisel işlem”⁶ ya da “kendi kendisiyle iş”⁷ şeklinde Türkçeye tercüme edilen “*self dealing*” kavramı, yöneticilerin veya kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirket ile çıkar çatışması içeren işlemlerini ifade eder⁸. Hâkim pay sahipleri de dâhil olmak üzere şirketle yakın ilişkileri olan kişilerin, bu ilişkilerini şirketin ve yatırımcıların aleyhine kullanmaları kendi yararına işlem olarak nitelendirilmektedir⁹. Kendi yararına işlem kapsamına yönetim kurulu (bundan sonra “YK” diye anılacaktır) üyeleri, yönetici, kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirketle yaptığı ya da bu kişilerin menfaatinin olduğu işlemler girer. Örneğin bir anonim şirketin, yönetici veya kontrol eden pay sahibinin önemli bir menfaatinin olduğu başka bir şirketle yaptığı işlemler de bu kapsamda sayılır¹⁰.

Şirketin yöneticileri ve kontrol gücüne sahip pay sahipleri, şirketle yapacakları işlemlerde şirket adına hareket ettikleri için işlemin iki tarafında da olurlar. Kontrolör ya da yönetici, işlemin her iki tarafında belirleyici bir etkiye sahiptir ve işlemin hüküm ve koşullarına tek taraflı olarak karar verir. Dolayısıyla burada işlemin her iki tarafında da yönetici veya hâkim pay sahibi bulunur¹¹. Bu nedenle bu kişilerin yaptığı işlemler şirketin zararına işlem yapılması riskini de beraberinde taşır. Ancak yöneticilerin veya kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirket ile yapacağı işlemler çıkar çatışması içerse

³ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 116; Arif Duran, **Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 128. Ayrıca bkz. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/self%20dealing>, Erişim Tarihi: 13.11.2021. “Kendi yararına işlem” terimi, “*self dealing*” kavramını tam olarak ifade ettiğini düşündüğümüz için ve literatürde de daha sık kullanılması sebebiyle biz de çalışmamızda bu terimi kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁴ Bkz. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/self%20dealing>, Erişim Tarihi: 13.11.2021.

⁵ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 116.

⁶ Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s. 204.

⁷ “Self dealing” terimi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 369. madde gerekçesinde “kendi kendisiyle iş (sözleşme)” şeklinde ifade edilmiştir.

⁸ Zohar Goshen, “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality”, **California Law Review**, Vol. 91, No. 393, 2003, s. 396.

⁹ OECD, **OECD Principles Of Corporate Governance 2004**, Paris, 2004, s. 44, (Çevrimiçi), <https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

¹⁰ Ungerer, **a.g.e.**, s. 213-214; Goshen, **a.g.m.**, s. 396.

¹¹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 213; Nick Hallemeesch, “Self-Dealing by Controlling Shareholders: Improving Minority Protection in Light of Article 9c SRD”, **ECFR**, Vol. 2, 2018, s. 199.

de mutlak surette şirketin zararına sonuç doğurmaz. Bu yüzden literatürde kontrol gücüne sahip kişilerin, yöneticilerin ve bunların ilişkili olduğu diğer kişilerin şirketle yaptığı işlemler “*fair dealing*” ve “*self dealing*” şeklinde ikili ayrıma tutularak incelenmektedir¹². “*Fair dealing*” adil işlemleri; “*self dealing*” adil olmayan haksız ve usulsüz işlemleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹³. Adil işlem, yapılan işlem yoluyla işlemin diğer tarafınca hiçbir avantajın elde edilmediği, işlemin tam olarak açıklandığı, işlemin adil ve dürüst olduğu kendi kendine işlem şeklidir¹⁴. Adil olmayan işlem ise şirket için işlemin objektif bir şekilde kabul edilmesi durumunda elde edilmesi gerekenden daha az avantajın elde edildiği kendi kendine işlem şeklidir¹⁵. Bu açıdan kendi yararına işlem, yöneticiler ve kontrol gücüne sahip pay sahipleri de dâhil olmak üzere bu kişilerle ya da şirket ile yakından ilişkili olan diğer kişilerin, şirketle şirketin zararına yaptığı işlemler şeklinde ifade edilebilir¹⁶. İster yönetici, ister hâkim pay sahibi veya her ikisi olsun, şirketi kontrol edenler, güçlerini, diğer yatırımcılarla paylaşmak yerine şirketin varlığını kendilerine menfaat sağlamak için kullanabilirler¹⁷.

Kendi yararına işlem yoluyla şirketin zarara uğratılmasının önlenbilmesinin en basit yolu, esasen işlemin adil olup olmadığına bakılmaksızın, kendi kendine işlem sayılan tüm işlemlerin *per se* yasaklanmasıdır¹⁸. Ancak hemen hemen hiçbir hukuk sisteminde kendi kendine işlem yapmayı mutlak surette yasaklayan bir düzenleme yoktur. Mutlak yasağın olmamasının nedeni, adil işlem - kendi yararına işlemlerin ayırt edilmesinin zorluğu ve bu işlemleri yasaklarken şirketin menfaatine olacak adil işlemlerin de yapılmasına engel olunacağı kaygısıdır¹⁹. Bu sebeple hukuk sistemleri

¹² John H. Farrar, Susan Watson, “Self Dealing, Fair Dealing And Related Party Transactions –History, Policy And Reform”, **Journal of Corporate Law Studies**, Vol. 11:2, 2011, s. 496; Matthew Conaglen, “A Re-Appraisal of the Fiduciary Self-Dealing and Fair-Dealing Rules”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 65/ 2, July 2006, s. 366.

¹³ Farrar/Watson, **a.g.m.**, s. 496.

¹⁴ Farrar/Watson, **a.g.m.**, s. 496; Conaglen, **a.g.m.**, s. 366.

¹⁵ Luca Enriques, “The Law on Company Directors’ Self-Dealing: A Comparative Analysis”, **International And Comparative Corporate Law Journal**, Vol. 2, Issue: 3, 2000, s. 300.

¹⁶ Paşlı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 204.

¹⁷ Bu tür kendi kendine işlem yapmanın çeşitli biçimleri arasında, yöneticilere sağlanan yan ödemeler, aşırı miktarda ücret, kurumsal fırsatların tahsisi, içeriden kişilere kişisel krediler temini gibi kendi yararına hizmet eden finansal işlemler ve kurumsal varlıkların doğrudan aktarılması gibi işlemler sayılabilir (Bkz. Djankova v.d., **a.g.m.**, s. 430).

¹⁸ Enriques, **Self Dealing**, s. 303.

¹⁹ **A.e.**, s. 305.

kendi kendine işlemleri mutlak olarak yasaklamasa da bu işlemlerin adil yapılmasını sağlayacak bir takım mekanizmalar kabul etmektedir²⁰.

Kendi yararına işlemlerin önlenbilmesi bağlamında Türk hukukunda işaret edilebilecek düzenlemelerin başında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun²¹ 395. ve 396. maddelerinde öngörülen işlem yasağı, borçlanma yasağı ve rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler gelir²². Ancak bu düzenlemeler, mutlak surette bu işlemleri yasaklamamakta belirli koşulların sağlanması halinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesine cevaz vermektedir. Bu düzenlemelerde konu, YK üyelerinin kendi yararına işlemleri temelinde ele alınmış, hâkim pay sahiplerine ilişkin ise doğrudan bir düzenleme getirilmemiştir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına ilişkin sınırlayıcı bir düzenlemeye TTK m. 358’de yer verilse de bu da hâkim pay sahiplerine ilişkin bir düzenleme olmayıp tüm pay sahipleri yönünden geçerli olan bir düzenlemedir. Halka açık anonim şirketler yönünden ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler dışında, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği’nin²³ (Bundan sonra “KYT” diye anılacaktır) ekinde yayımlanan SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde (Bundan sonra “KYİ” diye anılacaktır) konuya yer verilmiştir. Bu ilke, TTK’da YK üyeleri yönünden öngörülen işlem yasağı ve rekabet yasağını, YK üyelerini, yöneticileri, hâkim pay sahiplerini ve bu kişilerin yakın çevresini de içine alacak şekilde geniş düzenlemektedir.

Kendi yararına işlem, aynı zamanda ilişkili taraf olan YK üyeleri, yöneticiler ve kontrol gücüne sahip pay sahipleri ve bunlarla yakın ilişki içerisinde olan kişilerle yapılan işlemleri konu aldığı için kimi zaman “ilişkili taraf işlemi” kavramı ile aynı

²⁰ Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Martin Gelter, “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, **ECFR**, Vol. 4, 2007, s. 498, 500. Bu kapsamda bazı hukuk sistemlerinde, yöneticilerin şirketlerine karşı hâkim pay sahiplerinin kendi kendine anlaşma girişimlerine karşı çıkmalarını gerektiren bir sadakat borcu oldukları kabul edilmektedir. Örneğin, Almanya’da AktG § 117 I hükmünde, şirket üzerindeki etkisini kullanan bir kişinin, gözetim kurulu veya YK üyelerine şirketin veya pay sahiplerinin zararına hareket etme talimatı vermesi halinde bu davranıştan kaynaklanan zararlardan bu kişinin sorumlu olacağı düzenlemiştir (Ayrıca bkz. Conac/Enriques/Gelter, **a.g.m.**, s. 498 vd.).

²¹ 6102 sayılı TTK, 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²² YK üyelerinin işlem yasağı ve rekabet yasağı aşağıda etraflıca ele alınmıştır. Bu sebeple burada konuya işaret etmekle yetiniyoruz. Konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için bkz. § 3/III/B-C-D.

²³ KYT, 03.01.2014 tarihli ve 28871 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır²⁴. Öğretide bazı yazarlarca da ilişkili taraf işleminin kendi yararına işlemi de kapsamına alacak şekilde üst kavram olarak kullanıldığı, kendi yararına işlemlerin de ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁵.

İlk olarak belirtmek gerekir ki ilişkili taraf işlemleri mutlak surette uygunsuz ve şirket zararına işlemler şeklinde gerçekleşmez. Kendi yararına işlemler çoğu zaman ilişkili taraf işlemi şeklinde gerçekleştiği için bu durum iki kavramın eş anlamlıymış gibi kullanılmasına yol açmaktadır. Ancak her kendi yararına işlem ilişkili taraf işlemi olmadığı gibi her ilişkili taraf işlemi de kendi yararına işlem oluşturmaz. İlişkili taraf işlemleri hem usulüne uygun piyasa şartlarındaki işlemleri hem de şirketin zararına olan işlemleri kapsar. Kendi yararına işlem ise şirketin zararına olan ve adil olmayan işlemlerdir. Bu nedenle kendi yararına işlem kapsamında olmayan adil işlemler de ilişkili taraf işlemi kapsamına girer. İlişkili taraf işlemi nitelendirmesinde, işlemin tarafları temel alınır ve bunun için şirketin gerçekleştirdiği işlemin TMS 24 kapsamında ilişkili taraf sayılan kişilerle gerçekleştirilmesi yeterli ve gereklidir. Kendi yararına işlemde ise hâkim pay sahipleri ya da yöneticiler işlemin tarafı olabilecekleri gibi bu kişilerin menfaatinin olduğu veya yakın ilişki içerisinde olduğu kişilerle şirketin yaptığı işlem de bu kapsamda sayılmaktadır. Burada hâkim pay sahibi veya yönetici işlemin her iki tarafında belirleyici bir etkiye sahiptir ve hüküm ve koşullara tek taraflı olarak karar verir. Bu nedenle bu işlemler de kendi yararına işlem kategorisinde sayılır²⁶.

Diğer taraftan “ilişkili taraf” da sadece kontrol gücüne sahip pay sahipleri ve yöneticilerden ve onların yakınlarından oluşmamaktadır. Şirket üzerinde önemli bir etkiye sahip kişi ve iştirakler de ilişkili taraf sayılmaktadır. Bu nedenle kendi yararına

²⁴ Farrar/Watson, **a.g.m.**, s. 496; Hallemesch, **a.g.m.**, s. 199; Duran, **a.g.e.**, s. 130-131,154.

²⁵ Bkz. Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 117.

²⁶ İlişkili taraf işlemlerinde, ilişkili taraf sayılan kontrol gücüne sahip pay sahibi veya yöneticinin ilişkili olduğu çevre daha dar sayılarak kapsama sadece yakın aile üyeleri dâhil edilmiştir. Bu nedenle örneğin pay sahibinin ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile şirketin yaptığı işlem kendi yararına işlem olarak sayılabilecekken ilişkili taraf işlemi oluşturmaz. KYİ 4.3.6’da kendi yararına işlem kapsamında geniş bir çevre sayılmış ve bunların eş ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları da dâhil olduğu akraba çevresi ile bağlı ortaklıkları da bu kapsamda sayılmıştır. TMS 24’te ise yakın aile üyesi tanımı dar yapılmıştır. TMS 24 ile ilgili detaylı açıklamalarımız için bkz. § 2/I/B.

işlemi gerçekleştirenlerle ilişkili taraf sayılan kişiler de tam olarak örtüşmemektedir. Kendi yararına işlem ve ilişkili taraf işleminin tarafları ve taraflarının ilişkili olduğu çevre yönünden farklılık gösterebilmektedir. Bu nedenle biri diğerinin üst kavramı olacağı şeklinde yoruma da katılamıyoruz. Her işlem ve işlemin tarafları bazında değerlendirme yapılarak her iki kavramın örtüştüğü noktada kendi yararına işlemin aynı zamanda ilişkili taraf işlemi olduğu tespitinde bulunulabileceği, bu nedenle her iki kavramın zaman zaman örtüşse de eş anlamda kullanılmasının her zaman mümkün olamayacağı kanaatindeyiz.

C. KONTROLÜN ÖZEL YARARLARI (PRIVATE BENEFIT OF CONTROL)

Ulusal hukuk sistemlerinin kontrol gücü olmayan pay sahiplerine sağladığı koruma, kontrolün özel faydalarının değerini ve dolayısıyla bir ülkedeki şirketlerin mülkiyet yapılarını belirlemede kritik öneme sahiptir²⁷. Şirketin paylarının mülkiyetini elinde toplayanlar, geniş bir alana yayılmış ise yaygın bir mülkiyet yapısı olduğu kabul edilir. Anglo Sakson hukuk sisteminde görülen bu yapıda, şirketlerin halka açık oranları daha yüksektir ve çok gelişmiş sermaye piyasalarına sahiptir²⁸. Payların önemli bir kısmı belirli pay sahiplerinin elinde toplanıyorsa pay sahipliğinin yoğun olduğu mülkiyet yapısı ya da toplu mülkiyet yapısından söz edilir²⁹. Bu yapı, Kıta Avrupası ülkeleri ve Türkiye’de görülür. Toplu mülkiyet yapılarının olduğu sistemlerde, şirketin kontrolünü elinde bulunduranlar kontrolü kişisel çıkarları için kullanma ve özel menfaatler elde etme eğilimi gösterirler³⁰.

Türkçeye kontrolün özel yararı şeklinde çevrilen “*Private Benefit Of Control*” terimi, münhasıran kontrolü elinde bulunduranların yararlandığı, kontrol gücü olmayan pay sahipleriyle paylaşılmayan parasal ve parasal nitelikte olmayan her şeyi içerir³¹. Parasal nitelikteki faydalar, şirket varlıklarının çeşitli yollarla kontrolü elinde

²⁷ Olaf Ehrhardt/Eric Nowak, “Private benefits and minority shareholder expropriation: Empirical evidence from IPOs of German family-owned firm”, **CFS Working Paper**, No. 10, 2001, s. 9.

²⁸ Pash, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 57-58.

²⁹ Pash, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 58; Duran, **a.g.e.**, s. 146.

³⁰ Duran, **a.g.e.**, s. 146-147.

³¹ John C. Coffee, “Do Norms Matter?: A Cross-Country Examination of the Private Benefits of Control”, **Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies**, Working Paper No. 183, 2001, s. 9; Tong Yan, Wang Huacheng, “Related Party Transactions, Benefits of Control and

bulunduranlara transfer edilmesi şeklinde tezahür ederken; parasal nitelikte olmayan yararlar sosyal prestij ve kontrol sahibine sağladığı itibar, kamuoyunu etkileme gücü gibi çeşitli imkânlar şeklinde ortaya çıkabilmektedir³². Kontrolün özel yararı, bir şirketin kontrolünü elinde bulunduranların, diğer pay sahipleriyle paylaşılmayan menfaatleri kendilerine çekebilmelerinin tüm yollarını ifade eder³³. Bu yönüyle kontrolün özel yararı, birçok işlemi bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, ilişkili taraf işlemi, kendi yararına işlem, hortumlama, örtülü kazanç aktarımı, içerden öğrenenlerin ticareti gibi çeşitli yöntemlerle elde edilen menfaatler de aynı zamanda kontrolün özel yararını oluşturabilmektedir³⁴.

Kontrolün özel yararında, kontrol eden pay sahiplerinin kontrol gücünü kullanarak menfaat elde ederken sıklıkla ilişkili taraf işlemi yaptığı görülür³⁵. Bir işlem hem ilişkili taraf işlemi hem de kontrolün özel yararı sayılabilir. Ancak bütün ilişkili taraf işlemleri kontrolün özel yararı sayılamayacağı gibi bütün kontrolün özel yararı sayılan durumlar da ilişkili taraf işlemini oluşturmaz. Kontrolün özel yararı ile ilişkili taraf işlemi kavramları bazı hallerde örtüşürken bazı hallerde de tamamen farklılık gösterir³⁶. En başta, ilişkili taraf işleminin varlığı için şirket ile ilişkili tarafı arasında gerçekleşen bir işlemin varlığı aranır. TMS 24.9 gereğince işlem, şirketle ilişkili tarafı arasında kaynakların, her türlü hizmetlerin ya da yükümlülüklerin, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferini ifade etmektedir. Bu nedenle kontrolün özel yararının ilişkili taraf işlemi sayılabilmesi için şirket ile kontrol gücüne sahip kişi arasında bir işlemin varlığı aranır ve bu işlemin parasal değeri olan bir varlığın transferi şeklinde gerçekleşmesi gerekir. Kontrolün özel yararı ise her zaman bir hizmet veya yükümlülüğün transferi şeklinde gerçekleşmez, parasal değeri olmayan menfaatler de bu kapsamda yer almaktadır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemi ile

Earnings Quality”, **Frontiers of Business Research in China**, Vol. 2(2), 2008, s. 191.

³² Ehrhardt/Nowak, **a.g.m.**, s. 5; Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 120-121; Duran, **a.g.e.**, s. 147-148.

³³ Coffee, **a.g.m.**, s. 9.

³⁴ Ehrhardt/Nowak, **a.g.m.**, s. 4-5.

³⁵ Yan/Huacheng, **a.g.m.**, s. 201.

³⁶ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 118.

kontrolün özel yararı terimlerinin birbiri ile kesiştiği alanlar bulunsa da eş anlamda kullanılması mümkün değildir.

D. TÜNELLEME (TUNNELING)

“Tünelleme”³⁷ veya “hortumlama”³⁸, şeklinde Türkçeye tercüme edilen “*tunneling*” kavramı, dar anlamda bir şirketin varlık ve kazançlarının onları kontrolü elinde bulunduran pay sahiplerine aktarıldığı tüm yöntemleri ifade etmek için kullanılmaktadır³⁹. Geniş anlamıyla bu terim, bir şirketin varlıklarının dışarıya aktarılmadığı sadece kontrol gücüne sahip kişiler arasında dağıtıldığı durumları da içerir⁴⁰. Bu yönüyle tünelleme, genel itibarıyla iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlki en sık karşılaşılan şirketin varlıklarının kontrol etme gücüne sahip pay sahiplerinin çıkarları için transfer edilmesidir. Bu transfer, birçok hukuk sisteminde yasaklanan hırsızlık veya dolandırıcılık şeklinde olabileceği gibi kontrol eden pay sahiplerinin kendi lehlerine emsallerine göre avantajlı şirket varlıklarının satışı, yöneticilere yüksek ücret ödemeleri, kredi garantileri ve şirketin olanaklarını kendi lehlerine kullanarak şirket malvarlığının şirket dışına aktarılması gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir⁴¹. Diğeri, şirketin varlıklarının transferinden ziyade kontrol gücünü haiz pay sahiplerinin şirketteki paylarının değerini artırmak amacıyla yapmış olduğu azınlık pay sahiplerinin paylarının sulandırılması⁴², azınlık pay sahiplerinin

³⁷ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 116; Duran, **a.g.e.**, s. 132. Biz de uluslararası literatürdeki kullanımıyla paralel olması için “tünelleme” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

³⁸ Hortumlama terimi Kasım 2000-Şubat 2001 krizi akabinde batan yirmi iki bankadan on ikisi hakkında “*banka kaynaklarının hakim ortakların lehine ve banka zararına sebep olacak şekilde kullanılması nedeniyle*” Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmesine karar verilmiş ve bu bankalardaki hakim pay sahiplerinin eylemleri “bankaların hortumlanması” şeklinde kamuoyunda ve literatürde kullanılmaya başlanmıştır (Bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 133). Devredilen bankalar için bkz. <https://www.tmsf.org.tr/Tmsf/Cozumleme/fon.devredilen>, Erişim Tarihi: 18.11.2021. Terimin literatürdeki ilk kullanımına örnek olarak bkz. Hayri Domanıç, “Bankaların Hortumlanması Önleyecek Yasa Değişiklikleri İçin Devlete Müracaat Dilekçesi”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 475-506.

³⁹ Simon Johnson, Rafael La Porta Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, “Tunneling”, **American Economic Review**, Vol. 90, No. 2, 2000, s. 22.

⁴⁰ Tarde, **a.g.e.**, s. 19.

⁴¹ Johnson/Florencio Lopezde/Shleifer, **a.g.m.**, s. 22-23; Sang Yop Kang, “Optimally Restrained Tunneling: The Puzzle of Controlling Shareholders’ “Generous” Exploitation in Bad-Law Jurisdictions”, **The Law and Finance of Related Party Transactions**, Eds: Luca Enriques, Tobias H. Trögers, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 54.

⁴² Sulandırma, TMS 33 Hisse Başına Kazanç Standart’ında “(Hisse senetlerinde artış olduğu takdirde hisse başına kazancın/kârın azalışı veya hisse başına zararın artışı): Dönüştürülebilir araçların dönüşümünün gerçekleştiği, opsiyon ve hisse alım hakkı veren araçların kullanıldığı veya belirli koşulların yerine gelmesini takiben adi hisse senetlerinin ihraç edildiği varsayımı sonucunda, hisse

şirketten dışlanması, içeriden öğrenenlerle ticaret yapılması veya azınlıklara karşı ayrımcılık yapan işlem ve eylemlerden oluşmaktadır⁴³. Son halde, hâkim pay sahipleri kontrol gücünü, azınlık pay sahiplerinin aleyhine şirketteki paylarının değerinin artması için kullanırlar. Bu işlem ve eylemler doğrudan şirketin malvarlığı ve nakit akışı üzerinde bir etki etmez⁴⁴.

Literatürde tünellemenin görünüm şekilleri üç temel türe ayrılarak incelenmektedir. Bunlar, nakit akışı tünellemesi (*cash flow tunneling*), varlık tünellemesi (*asset tunneling*) ve sermaye tünellemesidir (*equity tunneling*)⁴⁵. **Nakit akışı tünellemesi**, şirketin nakit akışının kontrol gücüne sahip pay sahiplerine veya ilişkili taraflara aktarılarak yapıldığı işlemleri ifade eder⁴⁶. Şirket ile onun hâkim pay sahipleri, yöneticileri veya içeriden öğrenenlerin kontrol ettiği başka bir şirket arasında, piyasa dışı fiyatlarla potansiyel olarak yinelenen ilişkili taraf işlemlerini içerir⁴⁷. Çoğu zaman nakit akışı tünellemesi, doğrudan içeridekilerle değil, bunun yerine içeridekilerin kontrol ettiği şirketlerle yapılır⁴⁸. Şirket, mal veya hizmetlerini emsallerinin üstünde satın alır veya emsallerinin altında bir fiyattan satar⁴⁹. Bu, tipik örtülü kazanç aktarımını ifade eder. Her yıl tekrarlanan bu işlemler, cari yılın nakit akışının bir kısmını ortadan kaldırır, ancak uzun vadeli üretken varlıklara etki etmez. Bu nedenle, şirketin değerine doğrudan zarar vermemekte, kontrol gücüne sahip pay sahipleri de dâhil pay sahipliğine ilişkin mülkiyet haklarında bir değişikliğe yol açmamaktadır⁵⁰. **Varlık akışı tünellemesi**, nakit akışı tünellemesinden birkaç yönden ayrılır. İlk olarak bu tünelleme, şirketin maddi ve maddi olmayan duran varlıklarıyla ilgili gelecekteki tüm nakit akışlarını yönlendirir. Nakit yerine mal veya hizmet üretiminde kullanılan maddi duran varlıkların transferini içerir. Varlık tünelleme,

başına kazancın azalması veya hisse başına kaybın artmasıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır (Para. 5).

⁴³ Johnson/Florencio Lopezde/Shleifer, **a.g.m.**, s. 23.

⁴⁴ Vladimir Atanasov, Bernard Black, Conrad S Ciccotello, “Law and Tunneling”, **Journal of Corporation**, Vol. 37:1, 2011, s. 5.

⁴⁵ Bkz. Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 5

⁴⁶ Vladimir Atanasov, Bernard Black, Conrad S Ciccotello, “Unbundling and Measuring Tunneling”, **University Of Illinois Law Review**, Vol. 2014, Issue: 5, 2014, s. 1703.

⁴⁷ Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 11.

⁴⁸ Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 5.

⁴⁹ Atanasov/Black/Ciccotello, **Unbundling**, s. 1704; Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 11.

⁵⁰ Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 5. Ayrıca bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 137.

tekrarlanandan ziyade tek seferlik daha büyük boyutlu işlemleri kapsar⁵¹. Varlık tünellemesi, hem dışarı doğru varlıkların gerçeğe uygun değerinin altında satılması hem içeri doğru varlıkların gerçeğe uygun değerinin üzerinde satın alınması hem de ilişkili şirketlere yatırım yapılması şeklinde gerçekleştirilebilmektedir⁵². Varlık tünellemede gerçekleştirilen transfer, şirketin gelecekteki nakit sağlama kapasitesi üzerinde kalıcı bir etki yaratır. Nakit akışı ve sermaye tünellemesi ise bir şirketin gelecekteki faaliyet performansını doğrudan etkileme gücüne sahip değildir⁵³. Bu nedenle varlık tünellemesi, nakit akışı ve sermaye tünellemesine göre şirkete daha fazla zarar verir. **Sermaye tünellemesi**, şirketin faaliyetleri üzerinde doğrudan etki göstermeksizin, şirketin varlıkları üzerindeki mülkiyet iddialarını azınlık pay sahiplerinin aleyhine artmasına neden olur⁵⁴. Kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin payı azınlık pay sahiplerinin pahasına artarken şirketin nakit akışı ve mal veya hizmet üretiminde kullanılan duran varlıkları üzerinde bir etki göstermez⁵⁵.

Yukarıda ifade edildiği üzere tünelleme, geniş anlamda hem bir şirketin varlık ve kazançlarının kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerine aktarılmasını hem de şirketin kaynaklarının sadece kontrol gücüne sahip kişiler arasında dağıtıldığı her işlem ve yöntemi kapsamına almaktadır. Bu amaçla yapılan çoğu işlem, ilişkili taraf işlemi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Zira kontrol gücüne sahip kişiler aynı zamanda ilişkili taraf sayıldıkları için bunların şirketle yapmış olduğu işlemler ve bu kişiler üzerinde etkiye sahip kişilerle yaptığı işlemler de ilişkili taraf işlemi sayılacaktır.

⁵¹ Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 5,8. Maddi olmayan duran varlık tünellemesi, ticari sırların veya diğer fikri mülkiyet haklarının ilişkili taraflara avantajlı olarak sağlanmasını ve iş fırsatlarının ilişkili taraflara yönlendirilmesini içerebilir (Bkz. Atanasov/Black/Ciccotello, **Unbundling**, s. 1704).

⁵² Atanasov/Black/Ciccotello, **Unbundling**, s. 1704; Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 7.

⁵³ Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 5,8.

⁵⁴ Atanasov/Black/Ciccotello, **Unbundling**, s. 1707; Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 8-9.

⁵⁵ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımının varlığı için, halka açık şirketin malvarlığının ve kazancının ilişkili taraflara yapılan işlemler ve önlemler yoluyla azaltılması şarttır. Sermaye tünellemesi türünde ise şirketin malvarlığı azaltılmamakta sadece azınlıkta kalan pay sahiplerinin zarara uğratılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle tünelleme ile örtülü kazanç kavramları birbiri ile örtüşmemektedir. Tünelleme örtülü kazanç aktarımını da içine alan üst bir kavramdır. (Buna ilişkin aynı yönde tespitler ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 142, 154-155).

Doğrudan hırsızlık dışında, çoğu tünel açma olayı ilişkili taraf işlemleri aracılığıyla gerçekleşir⁵⁶. Ancak ilişkili taraf işlemleri birçok tünelleme yönteminden sadece bir tanesidir⁵⁷. Tünellemenin mutlak surette işlem şeklinde gerçekleştirilmesi şart değildir. Şirket ile ilişkili tarafları arasında işlem yapılmasını gerektirmeyen önemli bir tünel oluşturma şekli, şirketin iş fırsatlarından mahrum bırakılarak kazancının azaltılmasıdır⁵⁸. Yine sermaye tünellemesi olarak ifade edilen azınlık pay sahiplerinin mülkiyet haklarını azaltmak için yapılan sulandırma faaliyetleri ilişkili taraf işlemi oluşturmaz. Tünelleme, şirketin kazancının kontrol gücüne sahip kişiler lehine aktarıldığı tüm halleri kapsarken; ilişkili taraf işlemleri, şirketin kazancının kontrol sahiplerine aktarılmasına değil, işlemin ilişkili tarafla yapılıp yapılmadığı ile ilgilenir. Şirketin malvarlığının azaltılmış olması ilişkili taraf işlemi nitelendirmesinde önem taşımaz⁵⁹. İşlem, kontrol gücüne sahip kişilerle veya onların ilişkili kişileriyle (örneğin yakın aile üyeleri) yapılmışsa ilişkili taraf işlemidir. Ancak bu işlem şirketin varlıklarının kontrol gücüne sahip kişilere aktarılmasına yol açıyorsa tünelleme olarak da nitelendirilir. Bu nedenle iki kavram bazı hallerde ortak paydada buluşsa da özünde birbirinden farklıdır.

E. BİLGİ SUİSTİMALİ (İNSİDER TRADING)

“*Insider trading*” terimi, Türk hukukunda ilk olarak “içeriden öğrenenlerin ticareti” olarak benimsenmiş⁶⁰, daha sonra 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁶¹ ile birlikte “bilgi suiistimali”⁶² olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bilgi suiistimali, bir kişinin içsel bilgiyi kendisi veya üçüncü bir kişi hesabına doğrudan veya dolaylı olarak

⁵⁶ Curtis J. Milhaupt, Mariana Pargendler, “RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling”, **ECGI**, Working Paper No: 386, 2018, s. 3.

⁵⁷ Tarde, **a.g.e.**, s. 19.

⁵⁸ Bu aynı zamanda pasif yolla örtülü kazanç aktarımı teşkil eder (Bkz. aşa. § 3/II/D/2/c(2)).

⁵⁹ Ancak belirtelim ilişkili taraflarla yapılan işlemler yoluyla şirketin malvarlığının ve kazancının azaltılması örtülü kazanç aktarımı olacağından bu işlemlerin yapılması yasaktır. Bu işlemler ilişkili taraf işlemi teşkil etmekle birlikte bunlar yapılması yasaklanan ilişkili taraf işlemleridir. Bu itibarla bu ilişkili taraflara bağlanan sonuç diğer ilişkili taraf işlemlere göre farklılık göstermektedir. (Örtülü kazanç aktarım yasağı ile ilgili detaylı açıklamalarımız için bkz. aşa. § 3/II/D)

⁶⁰ “İçerden öğrenenler” ifadesi Türk hukukunda ilk kez Tekinalp tarafından kullanılmıştır (Bkz. Ünal Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, Es Yayınları, 1982, s. 57-58). Yazarın kullanımından sonra da 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda bu ifadeye aynen yer verilmiştir.

⁶¹ 6362 sayılı SerPK, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁶² SerPK m. 106’da “*insider trading*” kavramı “bilgi suiistimali” şeklinde yer almaktadır. Biz de Sermaye Piyasası Kanunu’nda kullanıldığı şekliyle bilgi suiistimali terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

bu bilgilerin ilgili olduğu finansal araçları elde etmek veya elden çıkarmak amacıyla kullanmasıdır⁶³. Türk hukukunda bilgi suistimali, “*Sermaye Piyasası Suçları*” bölümü altında SerPK m. 106 hükmünde suç olarak düzenlenmiştir⁶⁴. Bilgi suistimalinin varlığından söz edebilmek için, sermaye piyasası araçlarının fiyatını ve değerini etkileyebilecek nitelikte ve henüz kamuya açıklanmamış içsel bilginin⁶⁵ ve bu içsel bilgiyi doğrudan ya da dolaylı olarak kendi menfaati için kullanabilecek “içeriden öğrenenlerin” olması gerekir⁶⁶.

Bilgi suistimalinde içeriden öğrenenler, haiz olduğu bilgiyi kendilerinin veya yakınlarının menfaatine kullanarak sermaye piyasası araçlarının alım veya satımını gerçekleştirmektedir. Burada işlemin tarafında şirket yer almamakta ve işlem şirketin malvarlığı üzerinde doğrudan bir etki etmemektedir. İçsel bilgilerin kullanılması ile içeriden öğrenenler menfaat sağlarken diğer pay sahiplerinin ve yatırımcıların zarara uğramasına sebebiyet verilmektedir. Bu nedenle bilgi suistimali, şirketin değerini doğrudan etkilemediği ve içsel bilgiye sahip olmayan yatırımcılardan içeridekilere değer aktarıldığı için aynı zamanda bir sermaye tünellemesi biçimini oluşturur⁶⁷. Bilgi suistimali olarak nitelendirilen bu işlemlerin bir tarafında ilişkili taraf olsa da diğer tarafında şirket bulunmamaktadır. Zira bu yolla şirketin ihraç ettiği sermaye piyasası

⁶³ İçeriden öğrenenlerin ticareti 2014 tarihli EU 2014/596 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nün 8. maddesinde tanımlanmıştır. (Bkz. Regulation (Eu) No 596/2014 Of The European Parliament And Of The Council, “on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC”, Article 8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN>, Erişim Tarihi: 19.10.2021).

⁶⁴ Bu hükümden yola çıkılarak bilgi suistimali, “*doğrudan veya dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççıları hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatını, değerini ve yatırımcıların kararını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgileri kullanarak kendisi veya başkası için menfaat sağlamak amacıyla sermaye piyasası araçları için alım veya satım emri verilmesi, verilmiş olunan emrin değiştirilmesi veya iptal edilmesi*” şeklinde tanımlanabilir. (Bkz. SPK, **Özel Durumlar Rehberi**, s. 3. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103>, Erişim Tarihi: 21.10.2021).

⁶⁵ Türk Sermaye Piyasası Kanunu’nda içsel bilgi kavramı ayrıca tanımlanmamıştır. Ancak içsel bilgi, SPK tarafından yayımlanan II-15.1 Sayılı Özel Durumlar Tebliği’nin Tanımlar ve Kısaltmalar başlıklı 4.e maddesinde “*sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi, olay ve gelişmeler*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁶ Zeki Aksoy, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu (Bilgi Suistimali)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 27.

⁶⁷ Atanasov/Black/Ciccotello, **Unbundling**, s. 1704; Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 22-23.

araçlarının alım ve satımı gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, bilgi suiistimaline konu işlemler ilişkili taraf işlemi sayılmazlar⁶⁸.

Konunun ilişkili taraf işlemleriyle anılmasının sebebi ise “ilişkili taraf” ile “içerden öğrenenlerin” (içeridekilerin) birbiri ile eş anlamda kullanılmasından kaynaklanmaktadır⁶⁹. Literatürde ilişkili tarafların çoğu halde içeridekiler “*insiders*” şeklinde ifade edildiği görülmektedir⁷⁰. Esasen bu kullanım içerden öğrenenlerin bilgi suistimali bağlamında değil; “içeridekiler” ifadesi şirket üzerinde belirli etkiye sahip yöneticiler veya hâkim pay sahiplerini ifade ettiği için kullanılmaktadır. Ancak yine de “içeridekiler” kavramı, bilgi suiistimali kapsamında kullanıldığı ve benimsendiği için ilişkili taraf bağlamında kullanıldığı zaman karışıklığa yol açmaktadır.

“İçerden öğrenenler”, yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek önemli bilgilere erişebildikleri için bu kişiler çoğu zaman şirketin ilişkili taraflarıdır. İçerden öğrenenler Kanun’da tanımlanmamış, bunun yerine suçun faili olarak bu bilgiye ulaşabilen ve bunlarla yakın ilişki içerisinde olan kişiler belirtilerek tarif edilmiştir⁷¹. İçerden öğrenenler öğretilde birincil ve ikincil öğrenenler şeklinde ayrılarak incelenmektedir. Birincil içerden öğrenenler, içsel bilgiyi şirkette haiz oldukları görev, pozisyon veya meslekleri gereğince edinen, bazı hallerde doğrudan bu içsel bilginin oluşumunda etkili olan kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır⁷². İçsel bilgiyi dolaylı yoldan öğrenenler ise ikincil içerden öğrenenler olarak

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 125, dn. 125. Ancak belirtelim yazar bilgi suiistimalinin ilişkili taraf işlemi oluşturmayacağını vurgulamakla birlikte; gerekçesini işlemin karşı tarafının ilişkili taraf değil dışarıdan üçüncü kişiler olmasına dayandırmaktadır. Ancak bilgi suiistimalinde her durumda içerden öğrenenler TMS 24 bağlamında ilişkili taraf sayılanlarla birebir örtüşmese de, çoğu halde işlemin tarafı aynı zamanda şirketin ilişkili tarafıdır. Bu nedenle kanımızca bilgi suiistimalinin ilişkili taraf işlemi sayılmamasının nedeni ancak işlemin diğer tarafında şirketin olmaması olabilir. Bu nedenle yazarın bu gerekçesine katılmadığımızı belirtmek isteriz.

⁶⁹ Tarde, **a.g.e.**, s. 16; Ungerer, **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁰ Bkz. Atanasov/Black/Ciccotello, **Law and Tunneling**, s. 11,13,15. OECD Kurumsal Yönetim İlkelerinde de, şirket üzerinde kontrol gücüne sahip kişilerin “insider” şeklinde ifade edildiği görülmektedir (Bkz. OECD, **CG 2004**, s. 44-45).

⁷¹ Aksoy Z., **a.g.e.**, s. 29.

⁷² Bunlar SerPK m. 106’da da sayıldığı üzere, ihraççının veya bunların bağlı veya hâkim şirketlerindeki YK üyeleri, üst düzey yöneticiler, hâkim pay sahipleri, görevlerinin icrası (örneğin denetçiler) sebebiyle içsel bilgiyi öğrenebilen kişilerdir. Bu kişiler, Özel Durumlar Tebliği’nde ise ihraççının YK üyeleri ile ihraççının içsel bilgilerine doğrudan ya da dolaylı olarak erişebilen ve ihraççının ticari hedeflerine etki eden kararların alınmasında yetkili olan kişiler ve ihraççının gelecekteki gelişimini ve ticari hedeflerini etkileyen idari kararları verme yetkisi olan kişiler (idari sorumluluğu bulunanlar kişiler) şeklinde sayılmıştır (Bkz. Aksoy Z., **a.g.e.**, s. 32-33).

tanımlanmaktadır. Bunlar ise içsel bilgileri farklı şekillerde edinen kişilerdir⁷³. Doğrudan içeriden öğrenen kişiler şirketin üzerinde belirli etkiye sahip olan YK üyeleri, hâkim pay sahipleri gibi kişilerden oluşmaktadır. Bu yönüyle içerden öğrenenler ile ilişkili taraf kavramı bir ölçüde örtüşmektedir. Ancak mesleği ve görevi nedeniyle içsel bilgiye erişenler örneğin denetçiler ve ikincil içerden öğrenenler çoğu halde ilişkili taraf oluşturmazlar⁷⁴. Bu yönüyle bilgi suiistimali bağlamında ifade edilen içerden öğrenenler, ilişkili taraf kavramından daha geniş bir çevreyi kapsamına almaktadır.

F. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI

OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde, şirketin kontrolünü elinde tutan pay sahipleri ve yöneticiler de dâhil olmak üzere şirket ile yakın ilişki içerisinde olan kişilerin güçlerini kötüye kullanmalarının yasaklanması gerekliliği öngörülmüştür⁷⁵. Örtülü kazanç aktarımı yasağı, kurumsal yönetim ilkeleri ile uyum göstererek, şirketin ilişkili taraflarının kendi yararına işlemleri, şirketin zararına yol açan tünelleme, kontrolün özel yararı gibi bir dizi usulsüz ve yolsuz yapabileceği işlem ve uygulamaları yasaklayarak şirketi ve azınlık pay sahiplerini korumayı amaçlamıştır. Örtülü kazanç aktarımı yasağında şirketin ve bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla şirketin malvarlığının veya kazancının azaltılmasına yol açan, dürüstlük kuralına, emsallere ve piyasa koşullarına aykırı işlemler yasaklandığı için şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açan tüm ilişkili taraf işlemleri aynı zamanda örtülü kazanç aktarımını oluşturmaktadır. Zira şirketin malvarlığının veya kazancının azaltılmasına yol açan işlem ya piyasa koşullarına ya da emsallere uygunluk ilkelerine uygun olarak yapılmamıştır ya da basiret ve dürüstlük kurallarına uygun olmayarak yapılmıştır. Şirketin zarara uğramasına yol açan ilişkili taraf işlemlerinin bu kapsama girmemesi mümkün değildir.

⁷³ Örneğin içsel bilgilerin tesadüfi olarak duyulması, şirket yöneticisinin içsel bilgiden yakın bir arkadaşına bahsetmesi gibi durumlar, içsel bilgilere sahip kişilerin ihmal veya kusurları sonucunda bilginin duyulması halleri bu kategoride değerlendirilmektedir (Bkz. Aksoy Z., **a.g.e.**, s. 33).

⁷⁴ İlişkili taraf kavramı ile ilgili açıklamalarımız için bkz. § 2/I/B.

⁷⁵ OECD, **CG 2004**, s. 44.

Örtülü kazanç aktarımı yasağı, bazı koşullara uygun olarak yapılmayan ilişkili taraf işlemlerini yasaklamakta ve onlara hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Daha açık ifadeyle Türk hukukunda şirketin yararına olmayan şirket malvarlığı ya da kazancının azalmasına yol açan ilişkili taraf işlemlerinin yapılması yasaktır. İlişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür, işlemlerin örtülü kazanç aktarımı oluşturmaksızın yapılmasının bir anlamda kontrolü görevini görmektedir. Örtülü kazanç aktarımı teşkil eden işlemlerin, yapılmadan önce tespiti ve kontrolü ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürle sağlanmaktadır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine dair prosedürün bir aşamasını da işlemin örtülü kazanç aktarımı oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirme yapılması oluşturur.

Emsallerine uygun şekilde yapılan ilişkili taraf işlemleri ise örtülü kazanç aktarımı sayılmaz. Örtülü kazanç aktarımı, emsallere uygunluk ilkelerine uygun olmayan ve yolsuz ilişkili taraf işlemlerini kapsamına almakla birlikte, örtülü kazanç aktarımı yöntemleri sadece ilişkili taraf işlemlerinden ibaret değildir. Örtülü kazanç aktarımı ilişkili taraf işlemlerinden daha geniş bir çerçeveyi kapsamına almaktadır. Zira ilişkili taraflar, SerPK m. 21/2 hükmünde beklenen faaliyetleri yapmayarak şirketin kazancının artmasını engelleyerek kendileri menfaat elde etmektedir. Burada şirketin eylemsizliğine bir sonuç bağlanmakta, ilişkili tarafla şirketin doğrudan bir işlem gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Bu eylemler, şirketle ilişkili taraf arasında yapılan bir işlem olmadığı için ilişkili taraf işlemi de sayılmaz⁷⁶.

Diğer taraftan örtülü kazanç aktarımı halka açık anonim şirketlerin iştiraklerinin yapmış olduğu kazanç aktarımlarını da kapsamına almaktadır. Aşağıda inceleneceği üzere KYT m. 9'da düzenlenen hükümde ilişkili taraf işlemleri prosedürü, payları borsada işlem gören şirketler ile onların bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemleri kapsamaktadır. SerPK m. 21'de örtülü kazanç aktarımını oluşturacak taraf ve işlem, ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramlarını aşacak şekilde geniş ele

⁷⁶ TMS 24 ilişkili taraflarla şirketin işlem yapmasını aramakta, aynı şekilde SerPK m. 17/3'te de şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlere bir sonuç bağlanmaktadır. Bu nedenle işlem niteliğinde olmayan, bu şekilde kaçınma ya da yapmama şeklinde yöntemlerle gerçekleştirilen eylemler örtülü kazanç aktarımını oluştururken ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilemez. SerPK m. 21/2 hükmünün ilişkili taraf işlemleri yönünden bir karşılığı yoktur.

alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, örtülü kazanç aktarımı ilişkili taraf işlemlerine göre daha geniş bir ilişkili çevreyi ve işlemi kapsamına almaktadır.

Sonuç itibariyle her ilişkili taraf işlemi örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemez ve her örtülü kazanç aktarımı da bir ilişkili taraf işlemi değildir. Her iki kavram da kapsam ve uygulama alanı bakımından farklı işlem türlerini kapsamına almakta, sadece ilişkili taraf işlemleri ile örtülü kazanç aktarımı kavramları belirli koşulların varlığı halinde aynı keşişim kümesinde buluşabilmektedir.

G. DESTEK ÇIKMA (PROPPING)

“Destek çıkma”⁷⁷ veya “payanda olma”⁷⁸ şeklinde Türkçeye çevrilen “*Propping*” kavramı, tünellemenin aksine bir şirketin kontrol eden pay sahipleri ile yapmış olduğu işlemlerden fayda sağlamasını ifade eder⁷⁹. Şirket yönünden bir sorun oluşturmadığı için destek çıkma kavramı, tünelleme kavramına göre öğretilde daha az incelenmiştir⁸⁰.

Destek çıkma, kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirketin gelecekteki nakit akışını güvence altına alabilmek ya da grup bünyesindeki bağlı şirketleri iflastan kurtarabilmek için yapmış oldukları işlemlerdir⁸¹. Destek çıkma, örneğin bir bağlı şirketi iflastan kurtarmak için gelecekteki nakit akışlarını garanti etmek için yapıldığında yalnızca kontrol eden pay sahiplerinin avantajına olsa da genellikle azınlık pay sahiplerine de fayda sağlar⁸². Destekleme durumunda, şirketleri ekonomik sıkıntıdan kurtarmak için içsel sermaye piyasaları kullanılır. Destekleme fonları, kârlı şirketlerden sıkıntıda olan şirketlere aktarılır. Hâkim pay sahipleri, finansman sağlayan şirketlerin kısa vadeli maliyetlerinin, bu şirketlerin yaratması beklenen gelecekteki nakit akışlarından daha az olduğunu düşünür⁸³. Ancak bu durum, tünellemenin diğer yüzünü oluşturur. Desteklenen şirkete, çoğu zaman grup içindeki diğer bir şirketten aktarım sağlanır. Bu halde destek sağlanan şirket “destek çıkılan şirket” iken, aktaran

⁷⁷ Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, s. 118; Duran, *a.g.e.*, s. 142.

⁷⁸ Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, s. 118.

⁷⁹ Atanasov/Black/Ciccotello, *Unbundling*, s. 1704.

⁸⁰ Milhaupt/Pargendler, *a.g.m.*, s. 4.

⁸¹ Yohanes E. Riyanto, Linda A. Toolsema, “Tunneling and Propping: A Justification For Pyramidal Ownership”, *Journal of Banking and Finance*, Vol. 31 (10), October 2008, s. 2179; Duran, *a.g.e.*, s. 143; Halit Gonenc, Niels Hermes, “Propping: Evidence From New Share Issues Of Turkish Business Group Firms”, *Journal of Multinational Financial Management*, Vol. 18, 2008, s. 263.

⁸² Riyanto/Toolsema, *a.g.m.*, s. 2179.

⁸³ Gonenc/Hermes, *a.g.m.*, s. 263.

şirket ise tünelleme kurbanı olmaktadır⁸⁴. Destekleme, en azından kısa vadede, sıkıntısındaki şirketlerin azınlık pay sahiplerine fayda sağlayabilir. Ancak ekonomik sıkıntıda olan bu şirketler, tekrar kârlı hale geldiklerinde tünellemenin yeni hedefi, diğer bir deyişle mağdur tarafı haline gelebilirler⁸⁵.

İlişkili taraf işlemleri, hâkim pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerinin aleyhine şirketin malvarlığını kazanç elde etmenin bir yolu olarak kullanmalarının yanı sıra şirketlere “destek çıkma” olarak bilinen davranışlarla yardımcı olmak için de bir araçtır⁸⁶. Kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirketi desteklemek için şirketle yaptığı bu işlemler aynı zamanda ilişkili taraf işlemi oluşturur. Ancak bütün ilişkili taraf işlemleri ile destek çıkma sayılan işlemler örtüşmez.

H. ÖRTÜLÜ SERMAYE

Kurumların kazançlarını örtülü veya muvazaalı işlemlerle saklayarak, vergi matrahını azaltmayı amaçlayan işlemlerin önüne geçebilmek için 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu⁸⁷ m. 12’de, örtülü sermayeye ilişkin düzenleme öngörülmüştür. Kurumların temel amacını kar elde etmek ve bu karın kaynağını da ortaklarının getirdiği sermaye oluşturur. Ancak sermayenin yeterli miktarda koyulmaması ya da sermaye ihtiyacı olmasına rağmen sermaye artırımına gidilmemesi ve bu ihtiyacın borçlanma yoluyla sağlanması, bu borca ilişkin ödenecek faizin de kurum kazancından düşülmesi olanağı sağlar⁸⁸. Sermaye artırımını yerine borçlanmaya gidilmesinin esas nedeni faiz gideri oluşturmaktır. Bu da ortaklar açısından daha karlı bir durum yaratır. Bu yolla ortaklardan alınan borçlar, kredi sözleşmesi gibi varsayılarak, faiz işletilip vergi matrahından düşülmekte, bu da vergi matrahını ödenecek faiz kadar azaltması anlamına gelmektedir. Bu ise vergi hukuku bakımından

⁸⁴ Milhaupt/Pargendler, **a.g.m.**, s. 4; Rıyanto/Toolsema, **a.g.m.**, s. 2179.

⁸⁵ Gonenc/Hermes, **a.g.m.**, s. 263. Ayrıca hâkim pay sahipleri, bu şirketleri iflastan kurtarmak için özel kaynaklarını da bu şirketlere tahsis edebilir. Ancak hâkim pay sahiplerinin kontrol ettiği şirkete kendilerinin destek olmalarında durum tamamen farklıdır. Bu halde tünelleme söz konusu değildir, hâkim pay sahibi tarafından destek verilmesi hem şirketin hem azınlık pay sahiplerinin hem de alacaklıların menfaatine olur (Bkz. Milhaupt/Pargendler, **a.g.m.**, s. 4).

⁸⁶ Milhaupt/Pargendler, **a.g.m.**, s. 3-4.

⁸⁷ KVK, 21.6.2006 tarihli ve 26205 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁸⁸ Şükrü Kızılot, **Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2002., s. 450.

örtülü sermaye olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Nitekim şirketlerdeki öz sermaye, ortaklar tarafından kurumlara verilen bir borç değil, kurum kazancının sağlanabilmesi için ortaklar tarafından getirilen sermayeyi, borç ise belirli bir faiz oranı üzerinden alınan tutarı ifade eder. Alınan borca ilişkin öz sermaye üzerinden bir faizin ödenmesi ve bunun kurum kazancında gider olarak tespit edilmesi, vergi matrahını da düşürdüğünden KVK m. 12’de buna ilişkin bir sınır getirilmiştir⁹⁰.

KVK m. 12 gereğince ortaklarından ve ortakların ilişkili olduğu kişilerden borç alınması, bu borcun işletmede kullanılması ve bu borçlanmanın öz sermayenin üç katını aşması halinde aşan kısım örtülü sermaye sayılmaktadır⁹¹. Örtülü sermaye, tüm ortakların haiz olduğu kar payı üzerinde örtülü sermaye getiren bazı ortaklara tasarruf etme olanağı sağladığı için kurum ortakları arasında fiiliyatta ikililik oluşturulmasına yol açmaktadır⁹².

Örtülü sermaye ve ilişkili taraf işlemleri tamamen farklı anlamları ihtiva etmektedir. Şirketle ilişkili taraf sayılan pay sahipleri ve onlarla ilişkili kişilerle gerçekleştirilen borç ilişkileri aynı zamanda ilişkili taraf işlemini oluşturur. Ancak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler işlemlerin adil ve piyasa koşullarında yapılarak şirketin zarara uğramasını engellemeyi amaçlar. Bu nedenle işlem örtülü kazanç aktarımı oluşturmuyorsa ve Kanun’da öngörülen prosedür yerine getirilmiş ise hukuka uygun kabul edilir. Örtülü sermayede ise borçlanma emsallerine uygunluk ilkelerine uygun olsa dahi öz sermayenin üç katını aşması halinde üç katını aşan kısım örtülü sermaye olarak kabul edilerek vergilendirilmektedir. İki düzenlemenin bazı işlemlerde kesişmesi ve aynı anda uygulanması ihtimali söz konusu olsa da iki kavram birbirinden tamamen farklıdır.

⁸⁹ **A.e.**

⁹⁰ Hüseyin Işık, **Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:2005/370, Ankara, Ümit Ofset Matbaacılık, 2005, s. 251.

⁹¹ Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bu düzenleme ile örtülü sermayenin gerçekleştirildiği takdirde borçlanmalar için ödenen faizlerin elde eden açısından dağıtılmış kâr payı kabul edilerek yeniden tasnif edilmesi ve vergi matrahının buna göre düzeltilmesi amaçlanmıştır.

⁹² Işık, **a.g.e.**, s. 251. Bu durum örtülü sermaye getiren ortaklara bir avantaj yaratılırken bu borçtan dolayı onlara ödenecek faizle şirketin kazancı buraya aktarılmaktadır. Bu yönüyle örtülü sermayeye ilişkin getirilen KVK’daki bu hüküm pay sahiplerini korumaktadır.

III. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN FAYDALI VE ZARARLI YÖNLERİ

A. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN ZARARLARI

Anonim şirketlerde mülkiyet ve kontrolün birbirinden ayrılması, pay sahipleri ve yöneticiler arasında, kimi zaman da hâkim pay sahipleri ve azınlık pay sahipleri arasında çıkar çatışmasını ortaya çıkarır. Bu durum uluslararası literatürde “vekâlet teorisi” veya “çıkâr çatışması teorisi” “*agency theory*” ile açıklanmaktadır⁹³. Tipik çıkar çatışması, pay sahipleri ve yöneticiler arasında olur. Bu çatışma yöneticilerin çıkarlarının pay sahiplerinin çıkarlarıyla örtüşmemesi veya hatta bu çıkarlarla çelişmesinden kaynaklanır. Bir şirketin hâkim bir pay sahibi varsa, bu pay sahibinin yönetim üzerindeki yoğun kontrolü, yönetimdekiler ile pay sahipleri arasındaki bu çatışmayı zayıflatır. Ancak bu sefer hâkim pay sahibi, kontrol gücünü kendi çıkarları için kullanabilir. Bu da çoğunluk ile azınlık pay sahipleri arasında çatışmaya neden olur⁹⁴.

İlişkili taraf işlemleri, bir tarafta şirketin ilişkili tarafları diğer tarafta şirket ve azınlık pay sahipleri olmak üzere bu iki taraf arasındaki çıkar çatışmasını içerir⁹⁵. Tüm ilişkili taraf işlemleri bir çıkar çatışması içerir; ancak tüm çıkar çatışması durumları ilişkili taraf işlemi değildir⁹⁶. Vekâlet teorisine göre, ilişkili taraflar her zaman kendi menfaatleri açısından en avantajlı durumu tercih edeceklerinden, bu işlemler, pay sahiplerinin ekonomik çıkarlarına potansiyel olarak zarar verici olarak nitelendirilmelidir⁹⁷. Zira ilişkili taraflar, bir şirketin karar verme süreçlerini etkileyebilecek güce sahip kişilerdir ve bu güç ilişkili tarafların şirketin varlıklarını

⁹³Jörg Rhiel, **Related-Party Transactions im deutschen und US-amerikanischen Recht der Aktiengesellschaft**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s. 17; Tarde, **a.g.e.**, s. 35; Ungerer, **a.g.e.**, s. 41-42.

⁹⁴ Tarde, **a.g.e.**, s. 35; Rhiel, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁵ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 151.

⁹⁶ Luca Enriques, Tobias H. Tröger, The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions An Introduction, **The Law And Finance Of Related Party Transaction**, Eds. Luca Enriques, Tobias H. Tröger, United Kingdom, Cambridge University Press, 2019, s. 3; Victor Klene, **Related Party Transactions - Europaeische Hochschulschriften Recht**, Bern, Switzerland, Peter Lang AG, 2017, s. 5.

⁹⁷ Farrar/Watson, **a.g.m.**, s. 496; Elizabeth A. Gordon, Elaine Henry, Darius Palia, “Related Party Transactions and Corporate Governance”, **Advances in Financial Economics**, Vol. 9, Issue: 1, 2004, s. 1-27; Tarde, **a.g.e.**, s. 35; Rhiel, **a.g.e.**, s. 17.

kendi menfaatleri doğrultusunda kullanma riskini de beraberinde getirir. Bu risk sadece ilişkili tarafın şirketin karar verme sürecine doğrudan dâhil olduğu durumlarda değil; aynı zamanda bu karar verme sürecini etkileme fırsatına sahip olduğu durumlarda da devam eder⁹⁸.

Şirketin karar verme süreçlerini etkileyebilen bir kişinin şirketle yapacağı bir işlemde kendi (ekonomik) çıkarını üstün tutması ihtimali her zaman vardır. İlişkili taraflar, şirketle yapılacak bir işlemin müzakere aşamasının her iki tarafında da olur. Böyle bir çifte katılımın sonucunda, iki taraf arasındaki olağan çıkar çatışması ilişkili taraf lehine bozulmaktadır. Çünkü burada yöneticinin kişisel çıkarları ile şirketin ve pay sahiplerinin çıkarları bariz bir şekilde çakışır. Yönetici, şirketi şirketin çıkarları doğrultusunda yönetmekle yükümlüdür, ancak kendi menfaatlerini de gözetmek isteyebilir⁹⁹. Çoğu zaman ilişkili taraf işlemleri şirketin malvarlığının şirket dışına aktarılabilmesi için önemli araç olarak kullanılabilmektedir¹⁰⁰. İlişkili tarafların şirket üzerinde haiz olduğu etkiyi kendi lehlerine kullanarak emsallere uygun veya en azından ilişkisiz üçüncü şahıslarla yapamayacakları anlaşmaları yaptıkları da sıklıkla görülmektedir. Bunun klasik örnekleri, şirketten bir varlığın bedelsiz ya da değerinin altında satın alınması veya şirkete yüksek değerde satılmasıdır. Bu tür dengesiz transfer işlemleri, esasında, şirketin varlıklarını veya elde edeceği kazancının şirkette gücü elinde bulunduran kişiye yeniden aktarılmasına yol açar. Bu durum da şirketin varlığının azalmasına veya kazançtan yoksun bırakılmasına neden olur¹⁰¹.

B. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN FAYDALARI

İlişkili taraf işlemleri ticari hayatın olağan bir parçasını oluşturur. Şirketler, genellikle YK üyeleri, yöneticiler, hâkim pay sahipleri, bu gruplardan herhangi birinin yakınları ve bunların iştirakleri gibi ilişkili taraflarıyla işlem yapmayı tercih ederler.

⁹⁸ Ungerer, **a.g.e.**, s. 42.

⁹⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 41; Rhiel, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁰⁰ Andreas Seidel, “Konzerninterne Related Party Transactions nach der Aktionärsrechte-Richtlinie II -Umsetzungsbedarf für das neue Regelungskonzept im Lichte des deutschen Konzernrechts und die Rechtsfolgen bei Missbrauch”, **AG (AG - Die Aktiengesellschaft), (Steuer Journal)**, 12/2018, s. 423; Luca Enriques, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, **ECGI**, Law Working Paper No. 267, 2014, s. 2; Sibel Kargın, **TMS/TFRS Kapsamında İşletmelerde İlişkili Taraflar**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s. 113.

¹⁰¹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 44.

İlişkili taraf işlemleri de ticari hayatın olağan akışına, teamüllere uygun olabileceği gibi hem hukuka hem de etik kurallara uygun yapılabilmektedir¹⁰². Bu sebeple ilişkili taraf işlemlerinin tamamı şirketin zararına yol açan, azınlık pay sahiplerinin aleyhine olan ve yapılması istenmeyen işlemler şeklinde nitelendirilemezler¹⁰³. İlişkili taraf işlemlerinin zararlı olacağı vekâlet teorisi kapsamında savunulurken, ilişkili taraf işlemlerinin pay sahipleri için faydalı olabileceği “etkili işlem teorisi” “*efficient transactions theory*” altında savunulmaktadır¹⁰⁴. Bu teoriye göre, ilişkili taraf işlemleri bütünüyle olumlu olarak değerlendirilmelidir.

Birçok ilişkili taraf işlemi şirketin ve pay sahiplerinin yararına sonuçlar doğurabilmektedir. Kimi zaman ilişkili taraflarla yapılacak işlemler şirketin üçüncü kişilerle yapacağı işlemlere göre daha fazla avantaj sağlayabilmektedir. İlişkili tarafla yapılacak işlemin, üçüncü kişilerle yapılabilecek işleme göre daha iyi şartlar içerdiği hallerde ilişkili taraflarla işlem yapılması şirkete daha makul gelir¹⁰⁵. İlişkili taraf işlemi, işlemin daha verimli olabilmesi için işlem maliyetini düşürerek bir şirketin temel ekonomik ihtiyacını karşılayabilir. Bu sebeple ilişkili taraf işlemlerinin şirketin günlük iş operasyonunda ve genel ekonomi üzerinde olumlu etkisi vardır¹⁰⁶. Uygulamada hâkim pay sahiplerinin pay sahibi oldukları şirketin zora düşmesini engellemek için uygun koşullarda şirkete borç verdiği, şirketin ihtiyaç duyduğu fonu sağladığı sıklıkla görülmektedir¹⁰⁷. Ayrıca pay sahiplerinin verdiği krediler, üçüncü taraflarla yapılan kredi işlemlerine göre düşük işlem maliyetleri içerebilmektedir¹⁰⁸.

İlişkili taraflara, üçüncü şahıslara kıyasla daha çok güvenilir. Hâkim pay sahipleri ve yöneticiler, özellikle küçük şirketlerin işlem yapabileceği tek alternatif olabilmektedir. Kimi zaman da ilişkili taraflar, şirketle ilgili bilgilere hâkim oldukları

¹⁰² Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 117; Ungerer, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁰³ Ungerer, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁰⁴ Klene, **a.g.e.**, s. 5; Farrar/Watson, **a.g.m.**, s. 496; Gordon/Henry/Palia, **a.g.m.**, s. 6.

¹⁰⁵ Ungerer, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁰⁶ Sidharta Utama, Cynthia A. Utama, Rafika Yuniasih, “Related Party Transaction - Efficient Or Abusive: Indonesia Evidence”, **Asia Pacific Journal of Accounting and Finance**, Vol. 1 (1), December 2010., s. 78; Moataz Elhelaly, “Corporate Governance and Related Party Transactions Research: An Assessment Of Theories And Methodologies”, **Corporate Ownership & Control**, Vol. 11, Issue: 2, 2014, s. 578.

¹⁰⁷ Elhelaly, **a.g.m.**, s. 578. Uluslararası literatürde bu durum destek çıkma (*propping*) şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁰⁸ Tarde, **a.g.e.**, s. 16.

için işin fırsatlarını ve risklerini diğer piyasa katılımcılarına göre daha iyi değerlendirebilir¹⁰⁹. İlişkili taraf, şirketin stratejisine daha uygun şartlar sunabilir, doğru malı doğru zamanda tedarik etmek için münhasır konumda olabilir veya daha iyi performans gösteren rakipler için doğru sinerjileri sağlayabilir. Bu nedenle var olan çıkar çatışması, bu potansiyel avantajlardan vazgeçmek için yeterli bir neden sayılmamalıdır¹¹⁰.

İlişkili taraf işlemlerinin şirkete sağladığı bir diğer fayda ise işlemin yapılmasında gecikme sorunlarının yaşanmaması, müzakere aşamasında da sürecin daha hızlı ilerleyebilmesidir. Bu nedenle ilişkili tarafla gerçekleştirilecek işlem, bir iş temeline dayanan güven, eşzamanlı çıkarlar ve bir işletmenin düşük bilgi maliyetleri ve zaman süreçlerini hızlandırma konularında da işlevseldir. Bu hallerde işlem ortak kontrol altında olduğundan, ilişkili tarafla işlem maliyeti de üçüncü tarafla yapılacak işlemlere göre daha düşük olabilmektedir¹¹¹. Bir işlemin ticari sırların açıklanmasıyla ayrılmaz şekilde bağlantılı olduğu hallerde, şirketlerin üçüncü kişiler yerine ilişkili taraflarıyla işleme girmeyi tercih ettiği görülür, böylece şirket ticari sırlarını üçüncü kişilere açmamış olur¹¹².

Ayrıca ilişkili tarafla işlem yapıldığında ilişkili şirkette denetim yapmak da kolaylaşabilir. Bu nedenle iş ortakları bir şirkette pay edinebilir ve şirketle ilişkili taraf olmayı tercih edebilir. Örneğin bankalar, kredi verdikleri şirketlerde borçlu şirketin işlerini incelemek için şirkete ortak olarak girmekte ve şirketin ilişkili tarafı olabilmektedir¹¹³.

C. DEĞERLENDİRME

Yukarıda anlatıldığı gibi ilişkili taraf işlemlerinin bir yüzü zararlar içerirken diğer yüzü ise şirketler için vazgeçilmez yararlar içermektedir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin genel olarak toptan yasaklanması bir şirket için faydalı olabilecek

¹⁰⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 45.

¹¹⁰ Alessio M. Paces, **Controlling The Corporate Controller's Misbehaviour**, RILE Working Paper Series, No. 2009/01, 2009, s. 12.

¹¹¹ Utama/Utama/Yuniasih, **a.g.m.**, s. 78; Tarde, **a.g.e.**, s. 16.

¹¹² Tarde, **a.g.e.**, s. 16.

¹¹³ A.e., s. 16-17.

işlemlerin de yapılmasına engel olur¹¹⁴. İlişkili taraf işlemlerinde yaşanabilecek çıkar çatışmaları, bu potansiyel avantajlardan vazgeçmek için yeterli bir neden görülmez¹¹⁵. Ancak etkili işlem teorisine rağmen hiçbir hukuk sistemi, çıkar çatışması içeren bu işlemlere tamamen serbesti de tanımamıştır. Kanaatimizce de ilişkili taraf işlemlerinin yarar ve zararları gözetilerek esnek bir sistemin kurulması, şirketlerin gelişimine katkıda bulunacaktır. Bu sistemde ilişkili taraf işlemleri ne tamamen serbest bırakılmalı ne de tamamen yasaklanmalıdır. Nitekim dünyada ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen sistemler ele alındığında benzer bir dengenin gözetildiği ve tamamen yasaklamaktan ya da tamamen serbest bırakmaktan kaçınıldığı görülmektedir.

IV. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ İÇİN ÖZEL DÜZENLEME GETİRİLMESİNİN AMAÇLARI

Yukarıda da ele almış olduğumuz üzere ilişkili tarafların şirketle yapacağı işlemlerinde, şirket üzerinde sahip oldukları etkilerini şirketin kaynaklarını kendi menfaatleri için kullanma ihtimalleri her zaman vardır. Bu ihtimalin varlığı, şirketin korunması için bu işlemlere ilişkin özel düzenlemelerle bir dizi prosedür getirilmesine yol açmıştır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler, şirketin var olan malvarlığının ilişkili taraflara aktarılmasına engel olarak şirketin malvarlığının korunmasına hizmet eder. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen bu düzenlemelerin amacını da en başta şirketin, şirketin pay sahiplerinin ve şirketin yapmış olduğu bu işlemde bir şekilde etkilenebilecek bütün menfaat sahiplerinin (alacaklılar, işçiler, yatırımcılar vb.) korunması oluşturur. Zira şirket varlıklarının ilişkili taraflar lehine kullanıldığı ve şirketin bu yolla zarara uğratıldığı hallerde tüm menfaat grupları zarar görür. Bu nedenle şirketin malvarlığının korunmasına hizmet eden ilgili düzenlemeler de tüm menfaat sahiplerinin korunmasına hizmet etmektedir.

İlişkili taraf işlemlerine dair getirilen düzenlemeler; şirketin, pay sahiplerinin ve bütün menfaat sahiplerinin korunmasına hizmet etmekle birlikte, literatürde bu düzenlemelerin odak noktasını azınlık pay sahiplerinin / yatırımcıların korunmasının

¹¹⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 59.

¹¹⁵ Paccès, **a.g.m.**, s. 12.

oluşturduğu ifade edilmektedir¹¹⁶. Burada azınlık pay sahipleri, şirketler hukuku bağlamında teknik anlamda kullanılan azınlık pay sahiplerini değil; hâkim pay sahipleri dışında kalan pay sahiplerini ifade etmek için kullanılmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine dair özel düzenlemelerle şirketin kaynaklarının ilişkili taraflara aktarılması, azınlık pay sahiplerinin hâkim pay sahipleri ve yöneticiler tarafından sömürülmesinin önlenmesi amaçlanır. Bu pay sahipleri kapsamına yatırımcı da girer ve halka açık şirketlerde bu koruma ağırlıklı olarak yatırımcıların finansal çıkarlarını korumaya yönelir¹¹⁷. Azınlık yatırımcılarının korunmaya olan ihtiyacı, ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesini gerekli kılar. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler, bu işlemlerin kötü amaçlarla kullanılarak azınlık pay sahiplerinin şirketin kârından ve varlıklarından mahrum bırakılmasını önlemek amacıyla getirilmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerle azınlık pay sahiplerinin korunması halka açık şirketlerde daha da önem kazanır. Zira azınlık yatırımcıları korumak, hem halka açık şirketlerin büyümesi ve rekabet edebilmeleri için ihtiyaç duydukları sermayeyi artırmaları için önem taşırken hem de daha büyük sermaye piyasaları, daha düşük sermaye maliyeti, daha yüksek nakit akışları, daha verimli firma düzeyinde kaynak tahsisi, daha yüksek firma değerlemesi ve performansının sağlanmasında önemli paya sahiptir¹¹⁸. Halka açık anonim şirketlerde azınlık pay sahiplerinin korunması, yatırımcıların yanı sıra hem şirketin hem de sermaye piyasalarının korunmasına da hizmet eder. Bu nedenle ilişkili taraf işlemleri, azınlık pay sahiplerinin korunması konusunu oluşturur.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerine karşı şirketin korunması, anonim şirketin işlevselliğine de hizmet eder. Pay sahibinin şirkete getirdiği yatırıma karşılık şirketin karından ve varlıklarından mahrum kalma riski, şirkete sermaye getirilmesine engel olur. Pay sahiplerinin şirkete sermaye getirmelerindeki amaçları, getirdiği sermaye karşılığında bir kar payı alabilmeleridir. Şayet ilişkili taraf işlemleri ile ilgili yeterli güvence ve koruyucu düzenlemeler olmazsa, şirket ortaklarının kar payı alma

¹¹⁶ Ungerer, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁷ **A.e.**

¹¹⁸ The World Bank Group, **Doing Business 2015 Going Beyond Efficiency**, 12. Edition, 2014, s. 76-77.

beklentisi boşa çıkacaktır. İlişkili tarafların şirket varlıklarını kişisel kazanç için diğer paydaşların zararına kullanmasıyla şirket karı azaltılabilir ya da yok edilebilir. Bu tür suistimaller, yatırımcıların herhangi bir şirkete katılmaktan kaçınmalarına yol açar. İşlerini geliştirmek veya genişletmek isteyen şirketler için dış finansmana erişim çok önemlidir. Azınlıkta kalan pay sahiplerinin korunması, pay sahiplerine ve yatırımcılara güven sağlar. Bu güven olmazsa anonim şirketlerin amacını yerine getirebilmek için ihtiyaç duyduğu “sermaye toplama” işlevini yerine getirmesi mümkün olmaz¹¹⁹. Bu nedenle azınlık yatırımcıların korunması ile yatırımcıların piyasalara olan güvenini artırılır ve şirkete yatırım yapılması sağlanır.

İlişkili taraf işlemlerine dair düzenlemeler, sermaye piyasalarının gelişimi, güvenliği ve verimliliği için önem taşır. Şirketin daha güçlü korunması, yatırımcıların piyasalara olan güvenini artırarak yatırım yapma olasılıklarını artırır. Araştırmalar, yatırımcıların girişimcilere sermaye sağlama eğiliminin, ekonomik kalkınmayı teşvik eden finansal piyasaların gelişmesinde önemli bir faktör olduğunu göstermektedir¹²⁰. Güçlü sermaye piyasalarının gelişimi, bir yandan bir şirketin işinin değeri hakkında mümkün olduğunca kapsamlı bilgi edinilmesini diğer yandan ilişkili taraflarca şirketin kaynaklarının aktarılmasına ilişkin yeterli derecede yatırımcı güveninin sağlanmasını gerektirir¹²¹. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler de hem açıklama gereklilikleriyle hem de kazanç aktarımı teşkil eden işlemlerin önlemesine ilişkin prosedürel koruma mekanizmalarıyla bunu yerine getirmektedir.

V. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE DAİR DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. ULUSLARARASI ALANDA

Dünyada “*Related Party Transaction*” terimi ilk olarak muhasebe hukukunda, muhasebe ve denetim standartlarında kullanılmaya başlanmıştır. İlişkili taraf işlemleri adı altında ilk standart, “*Continental Vending*”¹²² davası vesilesiyle Amerikan Yeminli

¹¹⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 56; The World Bank Group, **Doing Business 2015**, s. 76.

¹²⁰ The World Bank Group, **Doing Business 2015**, s. 76-77.

¹²¹ Bernard S. Black, “The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets”, **UCLA Law Review**, Vol. 48, 2001, s. 781,783; The World Bank Group, **Doing Business 2015**, s. 76; Ungerer, **a.g.e.**, s. 56.

¹²² Continental Vending davası, 1969 yılında denetçilere karşı açılan ilk büyük ceza davalarından biridir.

Mali Müşavirler Enstitüsü (“*American Institute of Certified Public Accountants*”, “AICPA” diye anılacaktır) tarafından 1975 yılında “*Related Party Transactions; Statement on Auditing Standards, 6*” (bundan sonra “SAS 6” diye anılacaktır) yayımlanan denetim standartıdır¹²³. Bu Standart, mali tabloların denetimine ilişkin kılavuzlara ek olarak yıllık mali tablolarda ilişkili taraf işlemlerinin açıklanması gerekliliklerine de yer vermiştir¹²⁴.

Continental Vending davasının açıldığı 1969 ile SAS 6’nın yayımlandığı 1975 arasındaki dönemde, *Muhasebe İlkeleri Kurulu’nun*¹²⁵ (“*Accounting Principles Board*”, bundan sonra “APB” diye anılacaktır) yerini almak için 1973 yılında Finansal

Davada denetçilere yönelik suçlamalar, denetçilerin yanlış olduğunu bildikleri bir belgeyi onaylayarak Amerika Birleşik Devletleri (“ABD” diye anılacaktır) menkul kıymetlere ilişkin düzenlemelerinin ihlal edilmesini içeriyordu. Continental Vending iştiraki olan Valley Commercial Corporation, Continental’den büyük miktarda borç almış ancak Valley almış olduğu bu meblayı ilişkili taraflarına (hâkim pay sahipleri ve hâkim konumdaki yöneticilere) ödünç vermiştir. Denetçiler, alınan bu meblağı Valley’in Continental’e geri ödeme yapamayacağını bilmelerine rağmen Continental mali tablolarında şirketin Valley’den alacağını geri alabilir olarak göstermişler ve yalnızca alacakla ilgili koşulları açıklayan nispeten belirsiz bir dipnota yer vermişlerdir. ABD hükümeti denetçilere karşı suç duyurusunda bulunduğu denetçiler, denetim sırasında genel kabul görmüş denetim standartlarını (GAAP) uygun ve adil şekilde uyguladıklarını ve dipnotun da geçerli standartlara uygun olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davadaki birkaç uzman da şirketin Valley’den alacağını açıklayan dipnot açıklamasının GAAP ilkelerine uygun olduğu yönünde tespitte bulunmuştur. Continental Vending davasındaki merkezi konu, denetçilerin denetim standartlarına uygun hareket etmiş olduklarını ve mali tabloların standartlara uygun olduğunu göstererek kendilerini savunup savunamayacakları noktasında toplanmaktaydı. Mahkeme, denetçilerin standartlara uygun denetim yaptıklarını ve mali tabloların standartlara uygun olarak hazırlandığını kanıtlasalar dahi bunun kasten ve bilerek yanlış beyanda bulunma suçlamasına karşı tam bir savunma teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Bu karar, denetçinin finansal tabloların bilinen önemli gerçekleri yeterince açıkladığından emin olması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. (Continental Vending kararı için bkz. United States Court of Appeals, Nov 12, 1969, *United States v. Simon*, 425 F.2d 796 (2d Cir. 1969), <https://casetext.com/pdf-email?slug=united-states-v-simon-9>, Erişim Tarihi: 29.10.2021). Davanın özeti ve etkileri için ayrıca bkz. Marco Spadin, **Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS (IAS 24)**, Zürich, Dike Verlag, 2008, s. 57; Ronald M. Mano, Matthew Mouritsen, Ryan Pace, “Principles-Based Accounting It’s Not New, It’s Not the Rule, It’s the Law” , **The CPA Journal**, 2006, sy., <http://archives.cpajournal.com/2006/206/essentials/p60.htm>, Erişim Tarihi: 29.10.2021. Denetim standardı SAS 6, Continental Vending kararından altı yıl sonra Temmuz 1975’te AICPA tarafından yayımlanmıştır.

¹²³ Spadin, **a.g.e.**, s. 57.

¹²⁴ SAS 6 “Disclosure” başlıklı 17. paragrafında, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin “İlişkinin niteliği, varsa işlemlerin tutarları da dâhil olmak üzere döneme ilişkin işlemlerin tanımı ve finansal tablolar üzerindeki etkilerin anlaşılması için gerekli olabilecek diğer bilgiler; işlemlerin dolar hacmi ve önceki dönemde kullanılan koşulları oluşturulma yöntemindeki herhangi bir değişikliğin etkileri, ilişkili taraflardaki veya ilişkili taraflara ödenmesi gereken tutarlar ve açık değilse ödeme koşulları ve şeklinin” açıklanması gerekliliği öngörülmüştür. SAS 6 erişim için bkz. https://egrove.olemiss.edu/aicpa_sas/61/, Erişim Tarihi: 29.10.2021.

¹²⁵ AICPA’nın tarafından 1959 yılında oluşturulmuştur. APB tarafından yayımlanan bildiri için bkz. “APB Görüşü”, <https://tr.nesrakonk.ru/apb-opinion/>, Erişim Tarihi: 30.10.2021.

Muhasebe Standartları Kurulu (“*Financial Accounting Standards Board*”, “FASB” diye anılacaktır) oluşturulmuştur. FASB, ABD merkezli olup ABD’de borsada işlem gören şirketlerin uygulaması gereken muhasebe standartlarını ve kuralları tayin etmektedir. FASB, günümüze kadar 168 adet standart yayımlamıştır. FASB, ABD’de şirketler ve kar elde amacı olmayan kuruluşlar için “*Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri’ni*”, (“*United States Generally Accepted Accounting Principles*”, “GAAP” diye anılacaktır) oluşturma ve yorumlama yetkisini haiz kılınmıştır. GAAP, ilişkili taraf işlemleri açıklamalarının da ele alındığı finansal tablolar hazırlanırken ve sunulurken uyulması gereken standartlardır¹²⁶. FASB 1982 yılında, “*Statement of Financial Accounting Standards 57: Related Party Transactions*” (“FAS 57” olarak anılacaktır) Standardını yayımlamıştır¹²⁷. SAS 6’daki açıklama gereklilikleri önemli değişiklikler yapılmaksızın FAS 57 olarak kabul edilmiştir¹²⁸. FAS Standartları, yayımlandıktan sonra GAAP’ın bir parçası haline gelmiştir¹²⁹.

Dünya genelinde farklı muhasebe uygulamalarını uyumlaştırabilmek için 1973 yılında Londra’da Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi (“*International Accounting Standards Committee*”, “IASC” diye anılacaktır) kurulmuştur¹³⁰. IASC,

¹²⁶ Bkz. “GAAP İlk Ne Zaman Ve Neden Kuruldu?”, <https://tr.nesrakonk.ru/when-and-why-were-gaap-first-established/>, Erişim Tarihi: 29.10.2021. Ayrıca bkz. Erkin Nevzat Güdelci, “Uluslararası Muhasebe Standartlarının Tarihi Gelişim Sürecinde Etkili Olan Uluslararası ve Ulusal Kuruluşlar”, **International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciencess**, Vol. 2, Issue: 3, Summer 2019, s. 205-206.

¹²⁷ SFAS 57 için bkz. <http://www.xavierpaper.com/documents/usgaap/n.Fas57.pdf>, Erişim Tarihi: 30.10.2021.

¹²⁸ Spadin, **a.g.e.**, s. 57-58; Mano/Mouritsen/Pace, **a.g.m.**, s.y.; Ungerer, **a.g.e.**, s. 35-36.

¹²⁹ Bkz. “GAAP İlk Ne Zaman Ve Neden Kuruldu?”, <https://tr.nesrakonk.ru/when-and-why-were-gaap-first-established/>, Erişim Tarihi: 29.10.2021.

¹³⁰ IASC, 1973 yılından 2001 yılına kadar, uluslararası muhasebe standartları International Accounting Standards (“IAS” diye anılacaktır) yayımlanmıştır. IASC’nin yerini 2001 yılında Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB) almıştır. 2001 yılından sonra çıkarılan standartlar IASB tarafından “*Internetalional Financial Reporting Standarts*” (“IFRS” diye anılacaktır) olarak yayımlanmaya başlanmıştır. IASB, IASC tarafından çıkarılan IAS adı altında çıkarılan standartları yenileyerek IFRS olarak yayımlanmaya başlanmıştır. Dolayısıyla IFRS’ler bir anlamda IAS’lerin devamı niteliğindedir. Ancak hâlihazırda tüm IAS’ler yenilenemediği için uygulamada hem IFRS hem de IAS adı ile standartlar bulunmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin IAS 24 de yenilenmeyen standartlardan biridir. (İlgili ve daha detaylı açıklamalar için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku – II**, İstanbul, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 279-280; Raziye Aksu Özkan, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2019, s. 27-28). IFRS Vakfı, 2018 yılı itibariyle IFRS’nin 144 ülkede uygulama alanı bulduğunu açıklamıştır (Bkz. Ernst & Young LLP, **International GAAP 2019 Generally Accepted Accounting Practice under International Financial Reporting Standards**, Global Edition

1983 yılında “İlişkili Taraf Açıklamaları” konusunda bir açıklama taslağı yayımlamıştır; 1 Ocak 1986 tarihinde de “IAS 24: Related Party Disclosures” yürürlüğe girmiştir¹³¹.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 13 Haziran 2000'de ise halka açık tüm topluluk şirketlerinin konsolide finansal tablolarını tek bir muhasebe standardına (IFRS'ye göre) göre hazırlanmasını önermiş ve 19 Temmuz 2002'de de borsaya kote tüm şirketlerin en geç 2005 yılına kadar IFRS'ye göre konsolide finansal tablolarını hazırlamalarını gerektiren 1606/2002 sayılı Tüzüğü kabul etmiştir¹³². Bu düzenleme ile üye devletler, bankalar ve sigorta şirketleri de dâhil olmak üzere borsaya kote tüm şirketlerin konsolide finansal tablolarını 2005 yılına kadar IFRS ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmişlerdir¹³³. Avrupa Birliği'nin IFRS'yi kabulü yalnızca Avrupa finansal tablo ve raporlamanın çehresini değiştirmekle kalmamış, dünyadaki birçok ülkenin de IFRS'yi kabul etmesine yol açarak, küresel bazda finansal raporlama çehresinin değişmesine sebep olmuştur¹³⁴.

IFRS'nin (ilişkili taraf işlemleri için IAS 24'ün) dünya çapında tanıtılması, şeffaflık için önemli bir standart getirmiş olsa da tek başına yeterli olmamıştır¹³⁵. Son skandallara kadar ilgili taraf işlemleri detaylı analiz edilmemiş, bu konuda yapılan akademik araştırmalar temel olarak farklı konulara odaklanmış ve ilişkili taraf

14, London, John Wiley & Sons, Inc., 2019, s. 3).

¹³¹ Spadin, **a.g.e.**, s. 58. IAS 24 oluşturulurken SAS 6 da temel alınmıştır (Bkz. Spadin, **a.g.e.**, s. 58.)

¹³² 1606/2002 sayılı Tüzük için bkz. “Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002R1606>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

¹³³ Orhan Çelik, “Avrupa Birliği'nde Sermaye Piyasalarının Entegrasyonu ve Muhasebe Uygulamalarının Uyumlaştırılması Süreci: Türkiye'nin Uyumlaştırma Sürecindeki Konumu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 1, 2005, s. 107. Avrupa Birliği'nde muhasebe uyumlaştırma çalışmaları ile ilgili detaylı açıklamalar ve tespitler için ayrıca bkz. Çelik O., **a.g.m.**, s. 104-110. Diğer şirketlerin finansal tablolarını IFRS'ye göre hazırlayıp hazırlama hususu üye devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Buna göre, IFRS standartları, Avrupa Birliği (“AB” diye anılacaktır) hukukuyla uyumlu olduğu ölçüde, üye devletler IFRS Standartlarını tabiiyetindeki şirketlerin kullanmalarına imkân tanıyabilecek veya kullanmalarını zorunlu tutabilecekler (Tüzüğün Türkiye ile karşılaştırması için bkz. Koray Demir, Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması, **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, Eds: Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Pash, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 258-259.

¹³⁴ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 3.

¹³⁵ OECD, **Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights**, OECD Publishing, 2012, s. 20.

işlemlerine sınırlı ilgi gösterilmiştir. Konuyu ele alan akademik araştırmalar da muhasebe özelinde incelemiştir¹³⁶. Bu nedenle 2000’li yıllara kadar ilişkili taraf işlemlerinin daha çok muhasebe düzenlemeleri kapsamında ele alındığı ve açıklama gereklilikleri temelinde düzenleme alanı bulunduğu görülmektedir. Özellikle 2000’li yılların başında yaşanan yüksek profilli skandallar, ilişkili taraf işlemleri yoluyla şirketin varlıklarının kişisel amaçlar için kötüye kullanılmasında yaygın endişeye neden olmuştur¹³⁷. ABD’de (Enron, Worldcom), Avrupa’da (Schneider Rundfunwerke, Parmalat, Bremer Vulkan) ve Asya’da (Kangsai Group, Baan Company) gerçekleşen şirket skandalları ilişkili taraf işlemlerinin daha çok gündeme gelmesine yol açmıştır¹³⁸. Bu skandallar ilişkili taraf işlemlerine ilişkin muhasebe standartlarında öngörülen açıklama gerekliliklerinin yeterli olmadığına fark edilmesine yol açmış ve dünyada borsaya kote şirketlerde ilişkili taraf işlemlerinin ele alınmasına ilişkin somut adımlar atılmasına neden olmuştur¹³⁹. Bundan sonra dünyada ilişkili taraf işlemlerinin kullanımı ve açıklanmasına ilişkin kuralların güçlendirilmesi çalışmaları başlamıştır¹⁴⁰.

Enron ve Worldcom skandallarından sonra Temmuz 2002’de ABD’nin en katı kanunu olarak da ifade edilen ve denetim komitelerine ilişkin ilk özel düzenlemeler getiren Sarbanes Oxley Kanunu kabul edilmiştir¹⁴¹. Sarbanes-Oxley Kanunu’nda şirket yöneticilerinin şirketten borç almaları yasaklanmıştır¹⁴². Ayrıca denetim standartlarına ve denetçilerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler öngörülmüş ve

¹³⁶ Michele Pizzo, “Related Party Transactions Under A Contingency Perspective”, **Journal of Management & Governance**, Vol. 17, 2013, s. 310.

¹³⁷ OECD, **Corporate Governance Flexibility and Proportionality in Corporate Governance**, Paris, OECD Publishing, 2018, s. 128.

¹³⁸ Moez Bennouri, Mehdi Nekhili, Philippe Touron, “Does Auditor Reputation ‘Discourage’ Related-Party Transactions? The French Case”, **A Journal of Practice & Theory**, Vol. 34, No. 4, Kasım 2015, s. 2.

¹³⁹ OECD, **CG 2018**, s. 128; Tarde, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁴⁰ Bennouri/Nekhili/Touron, **a.g.m.**, s. 2.

¹⁴¹ Targe, **a.g.e.**, s. 3-4; Burak Pirgaip, **Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartlarının Uluslararası Denetim Standartları İle Harmonizasyonu**, SPK Muhasebe Standartları Dairesi Yeterlik Etüdü, Mayıs 2004, s. 7.

¹⁴² Sarbanes-Oxley Kanunu’nun 402. bölümünde, şirketlerin gerçekleştirebileceği ilişkili taraf işlemlerinin türleri sınırlandırılmış, yöneticilere kişisel kredi verilmesi yasaklanmıştır. Sarbanes-Oxley Act § 402, düzenleme gerekçesi için ayrıca bkz. “Sarbanes-Oxley Act Interpretive Issues Under § 402 – Prohibition of Certain Insider Loans”, https://www.lw.com/upload/pubcontent/pdf/pub1796_1.pdf, Erişim Tarihi: 03.11.2021.

finansal raporlamada kurumsal sorumluluğa ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹⁴³. Bu bağlamda, borsaya kote edilmiş şirketlerin hesaplarında gerçekleşecek usulsüzlüklerden şirketin yöneticilerinin sorumlu tutulması öngörülmüştür. Sarbanes-Oxley Kanunu ile kurulan “Halka Açık Şirketlerde Muhasebe Gözetim Kurulu” (“*Public Company Accounting Oversight Board*”, “PCAOB” diye anılacaktır), daha sonra ilişkili taraflara ilişkin “*Auditing Standard No. 18 Related Parties*” denetim standardını yayımlamıştır¹⁴⁴. Sarbanes-Oxley Kanunu, denetim komitelerini güçlendirmesi ve yöneticilere kredi verilmesinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemeleri ile reform niteliğindedir. Bu sebeple de Sarbanes–Oxley Kanunu dünyada dikkat çekmiş ve birçok ülkenin denetim ve muhasebe uygulamalarını yeniden ele almasına yol açmıştır¹⁴⁵.

ABD’deki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen bu düzenlemeyi, 2004 yılında İtalya’da ilişkili taraf işlemleri ile ilgili İtalyan Menkul Kıymetler Borsası Komisyonu (“*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*”, “CONSOB” diye anılacaktır) tarafından çıkarılan yönetmelik izlemiştir¹⁴⁶. Diğer AB ülkelerinde olduğu gibi 2005 yılından bu yana, İtalyan şirketleri de ilişkili tarafları ve ilişkili taraf işlemlerini finansal tablolarında açıklamayı kapsayan IAS 24’e (ve diğer standartlara) tabidir. Ancak, İtalyan hukuku AB düzenlemesinden bir adım daha ileri giderek finansal tablolar dışında da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin *ad hoc* açıklama yükümlülüğü getirmiştir¹⁴⁷. CONSOB Yönetmeliği’nde yöneticilere herhangi bir işlemde elde ettikleri her türlü doğrudan veya dolaylı menfaati diğer YK üyelerine açıklama zorunluluğu da öngörülmüştür¹⁴⁸. Ayrıca, YK, bir menfaatin açıklandığı veya

¹⁴³ Sarbanes-Oxley Kanunu’nda getirilen denetimle ilgili düzenlemeler için ayrıca bkz. Pirgaip, **a.g.e.**, s. 7, 26.

¹⁴⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 207. Standart için bkz. “Auditing Standard No. 18 – Related Parties”, https://pcaobus.org/Rulemaking/Docket038/Release_2014_002_Related_Parties.pdf, Erişim Tarihi: 03.11.2021.

¹⁴⁵ Cemal Elitaş, Bilge Leyli Elitaş, “Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık Bağlamında Hukuki Düzenlemelerin Yapıları: Sarbanes - Oxley Yasası ve Alman 10 Adım Programının Karşılaştırılması”, **Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, 2011, C. 13, s. 128.

¹⁴⁶ CONSOB, Resolution no. 17221 of 12 March 2010, later amended by Resolution no. 17389 of 23 June 2010.

¹⁴⁷ OECD, **RPT**, s. 110.

¹⁴⁸ M. Bianchi, A. Ciavarella, L. Enriques, V. Novembre, R. Signoretti, **Regulation and self-regulation of related party transactions in Italy An empirical analysis**, Roma, Consob Working Papers 75, January 2014, s. 7,10. Almanya’da ise 2013 yılında raporunda, işlemler ile ortaya çıkan her türlü çıkar

açıklanması gereken bir işleme karar verdiğinde, işleme girmek için yeterli nedenleri ve işlemin neden şirket için avantajlı olduğunu belirtmekle yükümlü kılınmıştır¹⁴⁹. İtalya 2005 yılının başlarında ise borsada işlem gören şirketlerin gerçekleştireceği ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak yeni bir düzenleme getirmiştir¹⁵⁰. Mart 2010'da ise CONSOB, borsada işlem gören şirketlerine ilişkili taraf işlemleri hakkında hem daha katı prosedür gereklilikleri hem de daha etraflı açıklama yükümlülükleri getiren kapsamlı bir düzenleme yayımlamıştır. CONSOB Yönetmeliği, AB Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin düzenlenmesinde de temel alınmıştır¹⁵¹.

Avrupa'da ise ilişkili taraf işlemleri 2002-2003 yıllarına kadar büyük ölçüde göz ardı edilmiştir¹⁵². Avrupa Birliği 2011 yılına kadar kurumsal yönetimle ilgili düzenlemelere ağırlık vermiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme, üye devletlerde borsaya kote edilmiş Avrupa şirketlerinde kurumsal yönetimi geliştirme çabasının bir bileşeni olarak ortaya çıkmıştır. Bu sürecin ilk adımı, 2004 yılında yöneticileri ve 2005 yılında bağımsız yöneticileri ücretlendirmeye ilişkin AB tavsiyeleri ve 2007 yılında Pay Sahipliği Hakları Yönergesi sayesinde atılmıştır. İlişkili taraf işlemleri, AB hukukunda 2011 yılında gündeme alınmış ve Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II ile 2017 yılında yapılan değişiklikle, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi I'e eklenen 9c maddesinde düzenlenmiştir¹⁵³. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II'den önce Birlik hukukunda mevcut mevzuat, ilişkili taraf işlemleri için sadece açıklama gerekliliklerini öngörmekteydi. Bu açıklama hususu genel itibariyle Muhasebe Yönergesi'nde¹⁵⁴, Şeffaflık Yönergesi'nde ve 2007/14 EC sayılı Yönerge¹⁵⁵'de yer alıyordu¹⁵⁶.

çatışmasını Genel Kurul'a bildirmesi gerekliliği öngörülmüştür.

¹⁴⁹ Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 7,10.

¹⁵⁰ **A.e.**, s. 11.

¹⁵¹ CONSOB Yönetmeliği ile getirilen mevcut düzenleme aşağıda ayrıca ele alınmıştır. Bkz. § 1/VIII/A/5.

¹⁵² Pizzo, **a.g.m.**, s. 310.

¹⁵³ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 17.05 2017 tarihli ve 2017/828 sayılı Yönergesi ile 2007/36/EC sayılı yönerge değiştirilmiştir. İlgili yönerge ve değişiklikler için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0828> , 18.01.2021.

¹⁵⁴ 2013/34 sayılı AB Yönergesi, 26.06.2013 tarihinde kabul edilmiştir. Esas itibariyle AB hukukunda hangi ilişkili taraf işlemlerinin nasıl açıklanacağı detaylı olarak düzenlenmektedir.

¹⁵⁵ Menkul kıymetleri düzenlenmiş bir piyasada işlem gören ihraççılar hakkındaki bilgilerle ilgili olarak şeffaflık gerekliliklerinin uyumlaştırılmasına ilişkin yönergedir.

¹⁵⁶ Bu düzenlemeler esas itibariyle ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra (*ex post*)

Avrupa Birliği'nde ilişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemeler aynı zamanda Türk hukukundaki düzenlemelerin de kaynağını teşkil ettiği için Avrupa Birliği'ndeki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin tarihçesi aşağıda ilgili bölümde çok daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

B. TÜRKİYE'DE

Türk hukukunda da “ilişkili taraf işlemi” kavramı ilk olarak muhasebe standartlarında yer bulmuş, ardından onu sermaye piyasası mevzuatındaki diğer düzenlemeler izlemiştir. Buna karşın ilişkili taraflar arasında sayılan bazı kişilerle yapılan işlemlerin bu kavram kullanılmaksızın Türk Ticaret Kanunu'nda da düzenlendiği belirtilmelidir. Bunları tezimizin ikinci ve üçüncü bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alacağız. Bu bölümde doğrudan ilişkili kavramını ele alan düzenlemeler incelenecektir.

1. 2599 Sayılı Sermaye Piyasası Mevzuatında İlişkili Taraf İşlemleri

Mülga 2599 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktaydı. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin ilk düzenleme, 2008 yılında SPK tarafından çıkarılan “Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ” (“Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ” diye anılacaktır) ile getirilmiştir¹⁵⁷. Bu Tebliğ ile payları borsada işlem gören anonim şirketlerin ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlere ilişkin bir prosedür öngörülmüştür.

Türkiye'de 2008 yılında ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün getirilmesinde OECD'nin “Kurumsal Yönetim Emsal Gözden Geçirme” süreci bağlamında 2005-

kamuya açıklanmasını düzenlemekteydi. Bunun dışında ilişkili taraf işlemleri yapılırken izlenecek usul ve esasa ilişkin ortak bir hüküm tesis edilmemişti (Bkz. Pizzo, **a.g.m.**, s. 310; Müge Evlek, **İlişkili Taraf İşlemleri, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, Eds: Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 436-437).

¹⁵⁷ 19.03.2007 tarihli ve 26821 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bu Tebliğin amacını ve kapsamını, sermaye piyasası mevzuatına tabi olan şirketlerin uymakla yükümlü olacakları esasların belirlenmesi ve bu şirketlerin kurumsal yönetim uygulamalarının geliştirilmesine ilişkin esasların düzenlenmesi oluşturmaktadır.

2006 yılları arasında Türkiye’de yapmış olduğu incelemeleri etkili olmuştur. OECD bu incelemeleri, 2006 yılında “*Corporate Governance in Turkey A Pilot Study*” olarak yayımlamıştır¹⁵⁸. OECD bu Pilot Çalışma kapsamında, Türkiye’de SPK tarafından daha etkin izlemenin ve şeffaflık seviyelerinin iyileştirilmesinin bu alandaki endişeleri bir ölçüde azaltmış olmasına karşın haksız ilişkili taraf işlemlerinin sıklığının Türkiye'deki halka açık şirketlerle ilgili temel endişelerinden biri olmaya devam ettiği tespitinde bulunmuştur¹⁵⁹. Bu endişenin giderilebilmesi için de önemli ilişkili taraf işlemleri için pay sahibi onayı şartının getirilmesi ve gelişmiş ve zamanında açıklama standartlarının benimsenmesini tavsiye etmiştir¹⁶⁰.

OECD Pilot Çalışması’nda SPK’nın halka açık şirketlerin ilişkili taraf işlemleri ile ilgili daha ayrıntılı açıklama yapmalarını talep edecek şekilde sermaye piyasası mevzuatında değişikliğe gitmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶¹. Sermaye Piyasası Kurulu, OECD’nin tavsiyelerini dikkate almış ve ilk olarak “Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ” ile bazı işlemler için değerlendirme raporu alınması ve açıklama gereklilikleri getirmiş ve bu hususları detaylı olarak düzenlemiştir¹⁶². Bu Tebliğ’de, SPK, kamuyu

¹⁵⁸ Bkz. OECD, **Corporate Governance In Turkey: A Pilot Study**, Paris, OECD Publishing, 2006.

¹⁵⁹ OECD, **CG In Turkey**, s. 59-60.

¹⁶⁰ OCE bu raporunda, işlemlerin onaylanmasına ilişkin bazı ülkelerde kullanılan alternatif veya tamamlayıcı bir yaklaşım olarak önemli ilişkili taraf işlemlerinin, bağımsız bir YK komitesi tarafından denetlenmesinin zorunlu kılınabileceği de belirtilmiştir (OECD, **CG In Turkey**, s. 101).

¹⁶¹ Buna göre bu açıklama gerekliliği, ilişkili tarafın diğer pay sahiplerinden farklı muamele görüp görmediğine bakılmaksızın yapılmalıdır. Gelişmiş açıklama gereksinimleri, “işleme yol açan karar verme süreci; ilişkili tarafları, ilgili şirketlerdeki menfaatleri, işleme katılımları, işleme ilişkin karar verme sürecine katılımları ve işlem sonucunda kendilerine sağlanan özel menfaatleri ve işlem değerlerini” kapsamalıdır. İşlem değeri, tercihen bağımsız bir değerlendirme uzmanı veya bağımsız YK üyelerinin gözetimindeki bir danışman tarafından belirlenmelidir. Bu açıklamanın bir özeti, bu tür işlemlerle bağlantılı olarak yayımlanan bildirimlerde yer almalıdır. Özel Durumların Açıklanmasına İlişkin Tebliğ kapsamında yapılması gereken her türlü zamanında açıklama ile ilgili olarak benzer bir açıklamanın yapılması zorunludur. İşlem, pay sahiplerinin onayı veya genişletilmiş açıklama gerekliliklerinden muaf bir ilişkili taraf işlemi ise, muafiyetin niteliği ve gerekçeleri de açıklanmalıdır (Bkz. OECD, **CG In Turkey**, s. 101-102).

¹⁶² SPK Tebliği ile getirilen değerlendirme raporunun, “Dünya Bankası tarafından hazırlanan ve muhtelif ülkelerdeki yasal düzenlemelerin irdelendiği “*Doing Business*” isimli çalışmada da, halka açık şirketlerin ilişkili kuruluşları ile yaptıkları işlemlerde işlemin şartlarının şirket dışında bir kurum tarafından işlem öncesinde değerlendirilmesi hususu, ülkelerin yatırım ortamının değerlendirilmesi amacıyla kullanılan kriterlerden biri olarak belirlenmiş” olduğu belirtilerek bu sebeple bu mekanizmalara ihtiyaç duyulduğuna işaret etmiştir (Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/2008319/0>, Erişim Tarihi: 01.10.2021). Bu değişikliğin ardından Dünya bankası tarafından yayımlanan “*Doing Business 2008*” adlı çalışmada Türkiye, ilişkili taraf işlemlerinin kamuya açıklanmasını artıran ülkeler arasında gösterilmiştir (Bkz. The World Bank, **Doing Business 2008**, Washington, 2007, s. 37).

aydınlatma ve pay sahiplerinin korunması amacını gözeterek ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bir prosedür getirmiştir¹⁶³. Bu prosedür işlem yapılmasından önce ilişkili taraf işlemlerinin denetim mekanizmasından geçirilmesinden ziyade işlem yapıldıktan sonra kamunun ve pay sahiplerinin bilgilendirilmesini düzenleme altına almıştır¹⁶⁴.

Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ ile ilk olarak payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerin ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerin, kamuya açıklanan son finansal tablosuna göre aktif toplamının veya brüt satış toplamının % 10'una veya daha fazlasına denk geleceğinin anlaşılması durumunda, SPK tarafından esasları belirlenen kuruluşlara işlemin değerlemesinin yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir¹⁶⁵. İlişkili taraflarla yapılacak işlemlerde değerlendirme raporu alınmasına ilişkin öngörülen % 10'luk eşik, 2011 yılında çıkarılan "*Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*"¹⁶⁶ ile % 5'e indirilmiştir.

İkinci olarak, değerlendirme yapan kuruluşun işlemin şartlarının adil ve makul olup olmadığına ilişkin görüşünü içeren raporunu şirket yönetim kuruluna sunması ve

¹⁶³ İlgili prosedürle ilgili açıklamalar için bkz. Mehmet Aygün, **İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler Aracılığıyla Azınlık Hissedarlarının İstismarı**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara, 2008, s. 53.

¹⁶⁴ İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür getiren bu Tebliğ, dayanağını 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1., 16. ve 16/A ile 22.1.(e) maddelerinden almaktadır. Bu maddeler ise "*Muhasebe mali tablo ve rapor standartları, ilan, bağımsız denetleme ve kamunun aydınlatılmasına ilişkin esaslar*" ile SPK'ya bu hususta verilen yetkileri düzenlemektedir. Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar başlıklı eSerPK'nın 16A hükmünde "*menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmeler*"e ilişkin SPK'ya küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasının sağlanması amacıyla düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

¹⁶⁵ Bkz. Seri IV, No: 41 Tebliğ 4. Madde: "*Değerleme yaptırma yükümlülüğü MADDE 4 – (1) Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile ilişkili tarafları arasındaki varlık, hizmet veya yükümlülük transferleri işlemlerinde her bir işlemin tutarının, ortaklığın Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolarında yer alan aktif toplamının veya brüt satışlar toplamının % 10'una veya daha fazlasına ulaşacağının öngörülmesi durumunda, işlem öncesinde, Kurulca esasları belirlenen kuruluşlara işlemin değerlemesinin yaptırılması zorunludur. (2) Birinci fıkra kapsamındaki ilişkili taraf işlemlerinin değerlemesini yapan kuruluş, işlemin şartlarının adil ve makul olup olmadığına ilişkin görüşüne raporunda yer vererek raporunu ortaklık yönetim kuruluna sunar. Ortaklık yönetim kurulu, söz konusu raporu dikkate alarak ilişkili taraf ile yapılacak işlemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine karar verir. İlişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesi durumunda, işlemlerin taraflarının birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkileri ile işlemlerin niteliğine ilişkin bilgiler; değerlemede kullanılan varsayımları ve değerlendirme sonuçlarını içeren değerlendirme raporu özet; işlemler değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse bu durumun gerekçesine ilişkin açıklama, yapılacak ilk genel kurul toplantısından 15 gün önce ortakların incelemesine açılarak söz konusu işlemler hakkında genel kurul toplantısında ortaklara bilgi verilir*".

¹⁶⁶ Seri IV, No: 52 Tebliği 20.07.2011 tarih ve 28000 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

yönetim kurulunun da bu raporu nazara alarak ilişkili taraf ile yapılacak işlemin yapılıp yapılmayacağına karar vermesi öngörülmüştür. İlişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda; işlemin taraflarının birbirleriyle olan ilişkilerinin ve işlemin niteliğine dair bilgilerin, değerlendirme raporunda kullanılan varsayımlar ve değerlendirme raporunun sonuçlarını içeren özetinin ve işlem değerlendirme raporuna uygun gerçekleştirilmemişse veya gerçekleşmeyecekse bunun gerekçesinin SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri kapsamında borsa bülteninde ilan edilmesi zorunlu tutulmuştur¹⁶⁷. Ayrıca ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesi halinde, işlemin taraflarının birbirleriyle ilişkileri ve işlemin niteliğine ilişkin bilgiler, değerlendirme raporunda kullanılan varsayımlar ile birlikte değerlendirme raporunun sonucunu içeren özetin ve yönetim kurulunun raporunun ve işlem değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun şekilde gerçekleştirilmemişse bunun gerekçesinin açıklanması, yapılacak ilk genel kurul toplantısından on beş gün önce pay sahiplerinin incelemesine açılması ve genel kurulda da pay sahiplerine bilgi verilmesi gerekmektedir. Burada görüldüğü gibi değerlendirme yükümlülüğü öngörülmüş ve işlemin yapılıp yapılmamasına ilişkin takdir ise yönetim kuruluna bırakılmıştır. Ancak bağımsız YK üyeleri yönünden ayrıca bir onaylama gerekliliği öngörülmemiştir. İlişkili taraf işlemlerinin denetim safhasına, genel kurul hiçbir şekilde dâhil edilmemiş sadece işlem yapıldıktan sonra işlemin yapıldığına ilişkin genel kurulda pay sahiplerinin bilgilendirilmesi yeterli görülmüştür¹⁶⁸. Bu açıdan OECD'nin Pilot Çalışma'daki onay gerekliliğine ilişkin tavsiyelerine ilk etapta uyulmamış olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁶⁷ Bkz. Seri IV, No: 41 Tebliğ m. 6/1.: “Değerlemeye ilişkin diğer hükümler MADDE 6- (1) 4 üncü ve 5 inci madde kapsamındaki ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, işlemlerin taraflarının birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkileri ile işlemlerin niteliğine ilişkin bilgilerin; değerlemede kullanılan varsayımlar ile değerlendirme sonuçlarını içeren rapor özetinin; işlemler değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse veya gerçekleştirilmeyecekse bu durumun gerekçesinin, Kurul’un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde, borsa bülteninde ilan edilmek üzere borsaya bildirilmesi zorunludur”.

¹⁶⁸ İşleme ilişkin bir değerlendirme raporu alınması ve kamuya açıklama gereklilikleri öngörülmekle birlikte SerPK m. 17 hükmündeki gibi bir onay mekanizması öngörülmemiştir. Bu yönüyle SerPK m. 17/3 hükmü ile karşılaştırıldığında değerlendirme raporunun öngörülmesi dışında iki prosedür arasında bir benzerlik bulunmamaktadır.

Tebliğ'in 5. maddesinde ise yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin prosedüre yer verilmiştir. Payları borsada işlem gören şirketlerin ilişkili tarafları ile arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerine ilişkin şartları YK tarafından belirlenecektir. Bu şirketlerin ilişkili taraflarıyla yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerinin, tutarının SPK düzenlemeleri gereğince kamuya açıklanacak yıllık finansal tablolarındaki aktif ya da brüt satış toplamının % 10'una veya daha fazlasına tekabül edeceğinin öngörüldüğü hallerde, bu şartların adil ve makul olup olmadığına ilişkin SPK'ca belirlenen kuruluşlara işlem yapılmadan önce değerlendirme yaptırmaları gerekmektedir. Şirketin yönetim kurulu, değerlendirme raporunu nazara alarak ilişkili taraf ile işlemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine karar verecektir. İlişkili taraflarla yapılan işlemler öncesinde yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerle ilgili olarak her hesap dönemi sonunda, değerlendirme kurulu tarafından işlemler öncesinde yapılan değerlendirme ile ulaşılan sonuçlarla ve bu sonuçlar kapsamında yönetim kurulunun belirlenen şartlara uyup uymadıklarına ilişkin de bir rapor hazırlanması istenecektir. Daha sonra bu rapor, olağan genel kurul toplantısından on beş gün önce pay sahiplerinin incelenmesine açılacak ve bu işlemler hakkında genel kurul toplantısında bilgi verilecektir¹⁶⁹. Burada da yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerinin

¹⁶⁹ Bkz. Seri IV, No: 41 Tebliğ m. 5: “Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin değerlemesi MADDE 5 - (1) Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden varlık, hizmet ve yükümlülük transferleri işlemlerinde işlemlere ilişkin şartlar yönetim kurulu tarafından belirlenir. Payları borsada işlem gören ortaklıkların, ilişkili taraflarla olan yaygın ve süreklilik arz eden varlık, hizmet ve yükümlülük transferleri işlemlerinin tutarının Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanacak yıllık finansal tablolarında yer alan aktif toplamının veya brüt satışlar toplamının % 10'una veya daha fazlasına ulaşacağını öngörmeleri halinde bu şartların adil ve makul olup olmadığına ilişkin olarak Kurulca esasları belirlenen kuruluşlara işlemler öncesinde değerlendirme yaptırmaları zorunludur. Ortaklık yönetim kurulu, söz konusu raporu dikkate alarak ilişkili taraf ile yapılacak işlemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine karar verir. (2) İlişkili taraflarla yürütülen işlemler öncesinde değerlemeye tabi tutulan yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerle ilgili olarak, her hesap dönemi sonunda, değerlendirme kurulu tarafından, işlemler öncesinde yapılan değerlendirme çalışmalarında ulaşılan sonuçlar ile bu sonuçlar çerçevesinde yönetim kurulu tarafından belirlenen şartlara uyulup uyulmadığı hususunda bir rapor hazırlanır ve bu raporun özeti yıllık olağan genel kurul toplantısından 15 gün önce ortakların incelemesine açılarak söz konusu işlemler hakkında genel kurul toplantısında ortaklara bilgi verilir. (3) İlişkili taraflarla olan yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin izleyen hesap döneminde de sürdürülmesine karar verilmesi halinde ortaklık yönetim kurulu tarafından işlemlere ilişkin şartlar gözden geçirilir ve gerektiği takdirde yeniden belirlenir. Söz konusu işlemlerin izleyen hesap dönemi sonunda Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanacak yıllık finansal tablolarda yer alan aktif toplamın veya brüt satışlar toplamının % 10'una veya daha fazlasına ulaşacağını öngörülmesi durumunda izleyen hesap döneminde uygulanacak şartların adil ve makul olup olmadığına ilişkin olarak Kurulca esasları belirlenen kuruluşlara değerlendirme yaptırılır”.

gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda, işlemin taraflarının birbirleriyle olan ilişkilerinin ve işlemin niteliğine dair bilgilerin, değerlendirme raporunda kullanılan varsayımların ve değerlendirme raporunun sonuçlarını içeren özetinin ve işlem değerlendirme raporuna uygun gerçekleştirilmemişse veya gerçekleşmeyecekse bunun gerekçesinin borsa bülteninde ilan edilmek üzere borsaya bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin izleyen hesap döneminde de devam ettirilmesine karar verilmesi durumunda, şirket yönetim kurulu tarafından belirlenen işlemlere ilişkin şartlar gözden geçirilecek ve gerek duyulması halinde bu şartlar yeniden belirlenecektir. Bu halde de işlemlerin, izleyen hesap dönemi sonunda yıllık finansal tablolarda yer alan aktif ya da brüt satış toplamının % 10'una veya daha fazlasına ulaşacağı öngörülüyorsa değerlendirme yaptırılması gereklidir.

2011 yılında Seri IV No: 52 Tebliğ'in 2. maddesi ile yapılan değişiklik ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerde SPK tarafından belirlenen kuruluşlara değerlendirme yaptırılma zorunluluğu ve ona ilişkin hükümleri kaldırılmıştır. Bu Tebliğ gereğince, yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içindeki tutarı, finansal tablolarda belirtilen aktif toplamın ya da brüt satışların % 10'una veya daha fazlasına ulaşması halinde, şirket YK tarafından işlemin şartlarının ve piyasa koşullarının karşılaştırıldığı bir rapor hazırlanması gerekmektedir. Böylelikle rapor hazırlama yükümlülüğü yönetim kuruluna bırakılmıştır. Yönetim kurulunun hazırladığı bu rapor, yıllık olağan genel kurul toplantısından on beş gün önce pay sahiplerinin incelemesine açılarak işlemler hakkında genel kurul toplantısında pay sahiplerine bilgi verilmelidir¹⁷⁰. Değerleme raporu yükümlülüğü kaldırıldığı için Seri IV NO: 41 Tebliğ'de öngörülen kamuya açıklama yükümlülüğü de Seri IV No: 52 Tebliğ'i ile kaldırılmıştır¹⁷¹.

¹⁷⁰ SPK'nın bu değişikliğe ilişkin tespitleri için bkz. <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20110720/0>, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹⁷¹ KYT m. 10 hükmüne de yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerde, bir hesap dönemi içindeki tutarı finansal tablolarda belirtilen aktif toplamının ya da brüt satışların % 10'una veya daha fazlasına ulaşması halinde yönetim kurulunun işlemin şartlarına ve piyasa koşullarına ilişkin rapor hazırlama yükümlülüğü aynen alınmıştır. Ancak KYT m. 10'daki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin düzenleme, Seri IV No: 41 Tebliğ'e göre raporun taşınması gereken asgari hususlar ile kamuya açıklanması gereklilikleri olmak üzere daha kapsamlı prosedür öngörmektedir.

Tek seferlik işlemler ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin istisnalar ortak olarak Seri IV No: 41 Tebliğ'in 6. maddesinde zikredilmiştir. Bu maddede ilk olarak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin değerlendirme gerekliliğinden “*temettü dağıtımı, sermaye artırımı nedeniyle rüçhan hakkının kullanımı ve yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemeler*” istisna tutulmuştur¹⁷². Ayrıca hükümde bankaların da ilişkili taraflarına kullandıracağı kredilerde değerlendirme yaptırma zorunluluğunun bulunmadığı öngörülmüştür¹⁷³. Ayrıca menkul yatırım ortaklıklarının, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ve girişim sermaye ortaklıklarının ilişkili taraflarından almış oldukları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetlerinde de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden muafiyet tanınmıştır¹⁷⁴. Tebliğ'in 6. maddesinin son fıkrasında SPK'nın, gerekli görmesi halinde şirket ile ilişkili olan veya olmayan taraflar arasındaki işlemlere de, tek seferlik ve yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen oranlara bağlı olmaksızın değerlendirme yapılmasını ve değerlendirme sonuçlarının kamuya açıklanmasını zorunlu tutabileceği öngörülmüştür¹⁷⁵.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin izin prosedürü ise ilk kez “*Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ*”¹⁷⁶ (bundan böyle Seri: IV, No: 56 sayılı Tebliğ olarak anılacaktır) ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.4.7 numaralı ilkesinde düzenlenmiştir¹⁷⁷. KYİ 4.4.7 numaralı ilkeye göre

¹⁷² Bu istisna KYT m. 10'da sadece yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin maddede geçmekte, tek seferlik ilişkili taraf işlemlerinin düzenlendiği KYT m. 9'da ise istisnalar arasında sayılmamaktadır. Bkz. § 3/II/A/1/c/(3).

¹⁷³ KYT m. 9'da ise bu istisna bankaların ve finansal kuruluşların ilişkili taraflarıyla olağan faaliyetlerinden kaynaklanan işlemler şeklinde yer bulmuştur. Ancak yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin KYT m. 10'da bu istisna ayrıca zikredilmemiştir.

¹⁷⁴ Bu istisna KYT m. 9 ve m. 10'a da alınmıştır.

¹⁷⁵ Aynı hüküm KYT m. 9.9'da tekrarlanmış ancak yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için ayrıca KYT m. 10'da zikredilmemiştir.

¹⁷⁶ 30.12.2011 tarihli ve 28158 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁷⁷ Seri: IV, No: 56 sayılı Tebliğ KYİ: “4.4.7 Şirketin her türlü ilişkili taraf işlemlerinde ve üçüncü kişiler lehine teminat, rehin ve ipotek verilmesine ilişkin yönetim kurulu kararlarında bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız üyelerin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması halinde, 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 alınarak diğer pay sahiplerinin genel kurulda bu tür kararlara katılmaları sağlanır. Bu maddede belirtilen durumlar için yapılacak genel kurul toplantılarında toplantı nisabı aranmaz. Oy hakkı bulunanların adi çoğunluğu

şirketin her türlü ilişkili taraf işlemine ilişkin YK kararlarında bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onayının alınması zorunludur. Bağımsız üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde, bu durum işleme ilişkin gerekli bilgiler de yer alacak şekilde kamuya duyurulmalı ve işlem genel kurul onayına sunulmalıdır. Söz konusu genel kurul toplantılarında ve YK kararlarında, ilişkili tarafların oy kullanması ise yasaktır. İşlemin onaylanmasına ilişkin genel kurul toplantısında, toplantı nisabı aranmaksızın karar oy hakkı bulunanların çoğunluğu ile alınabilecektir.

2. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Mevzuatında İlişkili Taraf İşlemleri

Türk hukukuna ilişkili taraf işlemlerine ilişkin tam teşekküllü bir bütün halinde düzenleme 2011 yılında girmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin ilk kanuni düzenlemenin yer aldığı Sermaye Piyasası Kanunu 2012 yılında ve ona dayanılarak çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği ise 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.

SerPK m. 17/3'te ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır:

“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 fıkra da belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz”.

ile karar alınır. Bu fıkra da belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ile genel kurul kararları geçerli sayılmaz. Bu hususlara ilişkin hükümlere esas sözleşmede yer verilir.

Bu hükümde prosedüre tabi ilişkili taraf işlemlerinin SPK tarafından belirleneceği belirtilerek izin mekanizması açıklanmıştır¹⁷⁸. Burada Kanun’da işlemin onaylanmasından bahsedilmekte ise de işlem öncesi yönetim kurulu ve genel kurulu kararının alınması gerekmektedir, bu nedenle burada esasen “onay” değil teknik anlamda “izin” müessesesi bulunmaktadır. Bu sebeple burada yapılan prosedürün teknik anlamda izin olduğunu belirtmekte fayda görmekteyiz. Ancak Kanun’da ve ilgili diğer düzenlemelerde ve de aşağıda ele alındığı üzere karşılaştırmalı hukuk literatüründe süreç onay şeklinde ifade edilmiştir. Buradaki sürecin izin olduğunu kabul etmekle birlikte Kanun ve literatürdeki yaygın kullanım sebebiyle biz de onay kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme sadece SerPK m. 17/3’te yer almamakta; ayrıca KYT m.9 ve 10’da da düzenlemelere yer verilmiştir¹⁷⁹. Kanun’daki prosedüre ek olarak, değerlendirme yapılması, açıklama gerekleri, işlemlerin istisnaları ve yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin prosedür bir bütün halinde KYT m. 9 ve 10 arasında düzenlenmiştir. Bu yönüyle tek seferlik ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koruma mekanizması Kanun’da ve KYT m. 9’da düzenlenmekte iken birden fazla yapılan bazı ilişkili taraf işlemleri için prosedür ise KYT m. 10’da düzenlenmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin KYT’de yer alan bu düzenlemeler, yürürlükten kaldırılan Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ’de yer alan açıklama gereklerine, değerlendirme yapma yükümlülüğüne ve yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin prosedür ile paralellik göstermektedir¹⁸⁰.

Prosedüre tabi olacak ilişkili taraf işlemleri KYT m. 9’da belirlenmiştir. Varlık ve hizmet alım veya satışı benzeri işlemlerin % 5 eşikini aşacağının öngörülmesi durumunda değerlendirme yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu işlemlerin % 10’u aşacağının öngörülmesi durumunda ise değerlendirme yaptırma yükümlülüğüne ek olarak

¹⁷⁸ SerPK m. 17/3 hükmü açıkça görüldüğü gibi Seri: IV, No: 56 sayılı Tebliğ ekinde yer alan KYİ’deki düzenleme ile paraleldir. Tebliğ’deki bu hüküm SerPK m. 17/3 hükmüne alınarak kanun hükmü haline getirilmiştir.

¹⁷⁹ İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeye, eskisinden farklı olarak KYT ekinde yer verilen KYİ’de değil Tebliğ’in üçüncü bölümünde “İlişkili Taraf İşlemleri” üst başlığı altında yer verilmiştir.

¹⁸⁰ Öte yandan belirtelim değerlendirme yapma yükümlülüğüne KYT m. 9’da yer verilirken SerPK m. 17/3’te yer verilmemiştir.

onay mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir. Tebliğ’de onay mekanizması SerPK m. 17/3 hükmünün tekrarından oluşmaktadır. İlk olarak yönetim kurulunun onayı alınmalıdır. Ancak işlemin onaylanmış sayılabilmesi için bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylamış olması gerekir. Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu işlemi onaylamaz ise durumun KAP’ta duyurulması ve işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir. Genel kurul kararı, toplantı nisabı aranmaksızın oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile alınır. İşlemin yapılmasına karar verilmesi halinde, işlemin taraflarına ve işleme ilişkin bilgilerin KAP’ta açıklanması gerekmektedir.

KYT m. 9’da ayrıca muafiyet tanınan şirket ve işlemler sayılmıştır. Bu maddeye göre, “*Yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetleri için*” ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hüküm uygulanmaz. Yine bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetleri kapsamında ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemlere bu yükümlülüklerin uygulanması zorunlu değildir.

KYT m. 10’da ise yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür getirilmiştir. Bu işlemlerin onaylanmasından ziyade açıklanmasına ilişkin bir prosedür öngörülmüştür¹⁸¹. Şirketin ilişkili taraflarıyla yapacakları yaygın ve süreklilik az eden işlemlerin kapsam ve şartları YK kararı ile alınacaktır. Şirket ve bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen işlemlerin % 10 eşğini aşması halinde ise YK kararına ek olarak YK tarafından işlemin piyasa şartları ve koşulları ile karşılaştırıldığı bir rapor hazırlanacaktır. Raporda yer alması gereken asgari hususlar da sayılmıştır. Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu işlemi onaylamaması halinde ise muhalefet gerekçelerinin KAP’ta açıklanması gerekmektedir.

¹⁸¹ KYT m. 10’da öngörülen bu prosedür esas itibarıyla yürürlükten kaldırılan Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ’in 5. maddesinden alınmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu Tebliğ’in ilk halinde yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için rapor hazırlama yükümlülüğü yönetim kuruluna bırakılmamış ve SPK tarafından belirlenen değerlendirme kuruluşlarına değerlendirme yaptırılması öngörülmüştü. Değerleme yaptırılması gerekliliğine ilişkin bu düzenleme, 2011 yılında Seri IV N0: 52 Tebliğ’in 2. maddesinde yapılan değişiklik ile kaldırılmıştı, KYT m. 10’a da 2011 yılında değiştirilen düzenlemenin aynen alınmış olduğu görülmektedir.

3. Türkiye Muhasebe Standartlarında İlişkili Taraf İşlemleri

Türkiye, AB ile uyum süreci kapsamında ve Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonları Örgütü'nün (*International Organization of Securities Commissions*, “IOSCO”) ¹⁸² tavsiyesi üzerine 2005 yılında IAS/IFRS ile uyumlu muhasebe standartlarını kabul ederek uygulamaya başlamıştır ¹⁸³. Bunda en çok AB'nin 1606/2002 sayılı Tüzük'ünde AB'ye üye ülkelerin borsaya kote ana şirketlerinin konsolide finansal tablolarına 2005 yılı itibarıyla IFRS/IAS standartlarını uygulama zorunluluğunun getirilmesi etkili olmuştur ¹⁸⁴. 2005 yılında, AB üyesi ülkelerin IFRS standardını uygulamaya başlaması AB'nin bu kararı üzerine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısında değişikliğe gidilerek AB'nin şirketlere ilişkin önceki Yönergeleri'ndeki (4 ve 7) düzenlemeleri Tasarı'dan çıkarılarak, ilgili hükümlerin yerine Türkiye Muhasebe Standartları'nın uygulanacağına ilişkin çerçeve bir hüküm getirilmiştir ¹⁸⁵. Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, 2005 yılında IFRS standartlarının set halinde aynen alınarak uygulanması yönünde ilke kararı olarak IASB ile yapılan anlaşma çerçevesinde Uluslararası Muhasebe Standartlarının Türkçe çevirilerini bu standartlara paralel olarak “TFRS” ve “TMS” olarak yayımlamıştır ¹⁸⁶. Türk hukukunda, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin “TMS 24 İlişkili Taraf Açıklamaları” Standardı da ilk olarak 2005 yılında yayımlanmış, 31.12.2005 ve sonrası hesap dönemleri için uygulanmaya başlamıştır ¹⁸⁷.

¹⁸² SPK ve BDDK IOSCO üyeleridir.

¹⁸³ Dilek Şahin, Selim Yüksel Pazarçeviren, “TFRS (TMS 1, TMS 2, TMS 7, TMS 18, TMS 24, TMS 40) ve SPK Muhasebe Standartlarının IFRS ile Karşılaştırılması”, *Akademik İncelemeler*, C. 2, S 2, 2007, s. 132-133.

¹⁸⁴ Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: Ifrs/tms-tfrs”, *BATİDER*, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 35.

¹⁸⁵ Tekinalp, *Ifrs/tms-tfrs*, s. 35.

¹⁸⁶ Şahin/Pazarçeviren, *a.g.m.*, s. 133.

¹⁸⁷ 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Söz konusu Standart, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nda meydana gelen değişikliklere paralellik sağlanması amacıyla birçok değişikliğe uğramıştır. TMS 24'te, “13/08/2008 tarih ve 26966 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 71 sıra no'lu 2. 31/12/2009 tarih ve 27449 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 167 sıra no'lu, 3. 28/10/2011 tarih ve 28098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 216 sıra no'lu 4. 28/10/2011 tarih ve 28098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 217 sıra no'lu 5. 28/10/2011 tarih ve 28098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 218 sıra no'lu, 6. 12/03/2013 tarih ve 28585 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9 sıra no'lu 7. 05/03/2014 tarih ve 28932 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13 sıra no'lu, 8. 18/09/2014 tarih ve 29123 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26 sıra no'lu Tebliğler aracılığıyla” değişiklikler ve güncellemeler yapılmıştır. Değişiklik öncesi TMS 24 ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Mehmet Aygün, *İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler Aracılığıyla Azınlık Hissedarlarının İstismarı*,

Kurumsal Yönetim Tebliği'nde, ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri kavramlarının tanımı konusunda TMS 24'e atıfta bulunularak bu kavramların Türkiye Muhasebe Standartları'nda tanımlanan ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemlerini ifade ettiği belirtilmiştir. Böylelikle ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemlerinin tayini TMS 24.9'da yapılan tanıma göre yapılacaktır. Bu atıf, TMS 24'ü de ilişkili taraf işlemlerinde önemli bir konuma getirmektedir.

VI. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE DAİR GETİRİLEN PROSEDÜRLER

Yukarıda yer verildiği üzere ilişkili taraf işlemlerinin iki görünümü vardır. Biri şirket için oldukça faydalı işlemleri kapsarken diğeri şirketin malvarlığının dışarı aktarılması gibi şirketin oldukça zararına sonuçlara yol açabilen işlemleri kapsar. İlişkili taraf işlemlerinin genel olarak toptan yasaklanması bir şirket için faydalı olabilecek işlemlerin de yapılmasına çoğu zaman engel olur. İlk bakışta azınlık pay sahiplerini koruyucu gibi duran bu yaklaşım bazı hallerde onların da aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu durum bilhassa hâkim pay sahipleri ile işlemlerin yasaklanmasına yol açacağından özellikle grup şirketleri içinde grup şirketlerine yararlı takas girişimlerini büyük ölçüde önleme potansiyeline sahiptir¹⁸⁸.

İlişkili taraf işlemlerinin bu iki farklı görünümü bu işlemlerin tamamen yasaklanmasına engel olduğu gibi tamamen serbest bırakılmasına da mâni olmaktadır. Bu nedenle genel yaklaşım ilişkili taraf işlemlerinin tamamen yasaklanmasından yana olmamıştır. Dünya geneline bakıldığında ilişkili taraf işlemlerinin yasaklanmasının yaygın olmadığı ve bu yasaklamaların kapsamının da işlem tarafları ve çevresi yönünden sınırlı tutulmuş olduğu görülmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde, bir şirket ile yöneticileri arasındaki kredilere odaklanan belirli ilişkili taraf işlemleri yasaklanmıştır (örneğin, Brezilya, Estonya, Fransa, Macaristan, Hindistan, Kore, Portekiz, Türkiye ve ABD). Bazı hukuk sistemlerinde ise çeşitli önemli nitelikteki

(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara, 2008, s. 43 vd.

¹⁸⁸ Ungerer, **a.g.e.**, s. 59.

ilişkili taraf işlemleri yasaklanmıştır; ancak bu yasaklar azınlık pay sahiplerinin onayı ile kaldırılabilir (Örneğin Yeni Zelanda)¹⁸⁹.

Dünya genelinde ilişkili taraf işlemlerinin kötüye kullanılması potansiyeli, bu işlemlerin nadiren yasaklanması eğilimine rağmen önemli bir politika sorunu olarak görülmüş, ilişkili taraf işlemlerinin yol açacağı riskleri azaltabilecek düzenlemeler getirilmeye çalışılmıştır¹⁹⁰. Bu bağlamda bu işlemlerin öncelikle şirketin kontrolünden geçmesini gerektirecek YK, gözetim kurulu veya pay sahiplerinin onayı gibi bir dizi onay mekanizmaları öngörülmüş ve bu işlemlerin zorunlu açıklanmasını gerektiren düzenlemeler getirilmiştir.

A. ZORUNLU AÇIKLAMA

İlişkili taraf işlemlerini düzenlemek için yaygın olarak kullanılan bir araç, çıkar çatışmasına açık durumları veya transfer ilişkilerini şeffaf hale getirmeyi amaçlayan açıklama yükümlülükleri getirilmesidir¹⁹¹.

İlişkili taraf işlemlerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi kamuyu aydınlatmanın temel işlevleri arasında sayılır¹⁹². İlişkili taraf işlemlerinin açıklanması, kamuyu aydınlatma ilkesi bağlamında koruyucu ve caydırıcı olmak üzere iki işlevi yerine getirir. İlk olarak, şüpheli işlemlerin tanımlanmasını ve ihlallerin tespit edilmesini kolaylaştırarak ilişkili taraf işlemleri aracılığıyla şirketin kazancının örtülü olarak aktarılmasını önleyici düzenlemelerin uygulanmasını sağlar. Kamuyu açıklama ile şirketin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu işlemler yatırımcılara açıklanarak onların hileli ve aldatıcı işlemlere karşı korunmasına hizmet eder¹⁹³. İlişkili taraf işlemlerinin açıklanması, gözetim ve denetim otoritelerinin de denetleme işlevini yerine getirmesinde fayda sağlayarak hem kişisel hem de kamusal yaptırım uygulanmasında kolaylaştırıcı bir etkiye de sahip olur¹⁹⁴. Bu nedenle ilişkili taraf işleminin

¹⁸⁹ OECD, **OECD Corporate Governance Factbook 2021**, 2021, s. 78, (Çevrimiçi), <https://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

¹⁹⁰ OECD, **RPT**, s. 9.

¹⁹¹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 62; Enriques, **RPT: Policy Options**, s. 21; Karğın, **İlişkili Taraflar**, s. 109.

¹⁹² Gökhan Aydoğan, **Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, BTHAE Yayınları, 2021, s. 80.

¹⁹³ Mustafa İhtiyar, **Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul, Beta Basım, 2006, s. 95.

¹⁹⁴ Çağlar Manavgat, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara, BTHAE, 2016, s. 195; Ungerer, **a.g.e.**, s. 62; Enriques, **RPT: Policy Options**, s. 21.

açıklanmasının, diğer koruyucu mekanizmaların uygulanmasını da sağlayan bir koruma görevi gördüğü kabul edilir¹⁹⁵. Kamuyu aydınlatmanın diğer işlevi, caydırıcı etkisidir. Caydırıcılık işlevi, gerçekleşme ihtimali olan hileli ve aldatıcı işlem ve eylemlerin en baştan önlenbilmesini amaçlar¹⁹⁶. Şeffaflığın sağlanması şirketlerin davranışları üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olabilmektedir. Kamuyu aydınlatma ile ulaşılan bilgiler, ilişkili taraf işlemlerindeki usulsüzlüklerin tespitini kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla adil olmayan veya şüpheli işlemler gizli kalmamakta ve bunların keşfedilmesi önemli ölçüde artmaktadır. Bunların ortaya çıkma ihtimali bu tür davranışlardan imtina edilmesine yol açmaktadır¹⁹⁷.

İlişkili taraf işlemlerinin kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeler periyodik ya da derhal açıklama gereklilikleri şeklinde öngörülmektedir. İlk finansal tablolarda periyodik olarak açıklama gerektirirken, diğer ilişkili taraf işlemlerinin koşulları tayin edildikten sonra derhal açıklanmasını gerektirir.

Şirketlerin finansal tablolarının raporlanmasında, ya IFRS standartları ya da IFRS standartlarına benzer yerel standartlar uygulanmaktadır¹⁹⁸. Dolayısıyla birçok hukuk sistemi, IAS 24 veya buna benzer bir yerel standart benimsemekte ve ilişkili tarafların şirketle yaptığı işlemlerin yıllık finansal tablolarda raporlanmasını gerektirmektedir¹⁹⁹. Bu kapsamda şirketlerin finansal tablolarında, periyodik olarak ilişkili tarafların varlığı ve bu taraflar arasında gerçekleştirilen işlemler açıklanmış olmaktadır. Ancak finansal tablolarda ilişkili taraf işlemlerinin hepsi tek tek işlem özelinde

¹⁹⁵ Ungerer, **a.g.e.**, s. 62-63.

¹⁹⁶ İhtiyar, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁹⁷ Enriques, **RPT: Policy Options**, s. 21; Ungerer, **a.g.e.**, s. 63; OECD, **G20/OECD Principles of Corporate Governance (Turkish version)**, Paris, OECD Publishing, 2016, s. 42, (Çevrimiçi), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257443-tr>, 19.03.2020; Manavgat, **Halka Arz**, s. 195; İhtiyar, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁹⁸ IFRS, 2018 yılı itibariyle 144 yargı bölgesinde tüm veya çoğu şirket için IFRS Standartları uygulanmasının kabul edildiğini, 9 yargı bölgesinin kendi ulusal standartları olduğunu veya IFRS Standartlarına geçtiğini, 12 yargı bölgesinin tüm veya çoğu şirketin IFRS Standartlarını kullanmasına izin verdiğini, 1 yargı bölgesinin, finansal kurumlar için IFRS Standartlarının uygulanmasını öngördüğünü belirterek dünyada toplamda 166 ülkenin IFRS Standartlarını uyguladığını açıklamıştır (Bkz. IFRS Foundation, **Use of IFRS Standards around the World 2018**, s. 2, (Çevrimiçi), <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/around-the-world/adoption/use-of-ifrs-around-the-world-overview-sept-2018.pdf>, Erişim Tarihi: 27.11.2021). Periyodik açıklama yükümlülüğü getiren bazı yargı bölgelerinin listesi için bkz. OECD, **CG 2021**, s. 107-108.

¹⁹⁹ OECD, **CG 2021**, s. 79.

açıklanmamakta, ilişkili taraf işlemlerinin finansal tablo üzerindeki etkisinin anlaşılması için ayrı ayrı açıklanmasının gerekli olduğu durumlar haricinde benzer nitelikteki kalemler toplu olarak açıklanabilmektedir²⁰⁰.

IFRS standartları, eski finansal raporlamalar ve şeffaflık açısından ileriye doğru atılmış önemli bir adımdır; ancak ilişkili taraf işlemlerinin periyodik olarak sürekli açıklanması gerekliliğine diğer tedbirler de eşlik etmelidir²⁰¹. Nitekim şirketin, tüm yatırımcıların menfaatlerine uygun bir şekilde yönetildiğini güvence altına almak için piyasaya tüm ilişkili taraf işlemlerinin koşullarının eksiksiz olarak tek tek açıklanması önem taşır²⁰². Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin sadece yılsonu finansal tablolarda açıklanması yeterli görülmemiş, bu açıklama gerekliliğine ek olarak birçok hukuk sisteminde, belirli ilişkili taraf işlemleri için hüküm ve koşulları belirlendikten sonra derhal açıklanması zorunlu kılınmıştır²⁰³. İlişkili taraf işlemlerinin derhal açıklanma gerekliliğinin artması ve yaygınlaşmasında, üye ülkelerin ulusal düzenlemelerinde AB'nin Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II gereğince ilişkili taraf işlemlerine ilişkin 9c maddesinin uygulanmasının zorunlu tutulması etkili olmuştur²⁰⁴. Yönerge'nin 9c maddesinde, işlem tamamlanana kadar şirketler için önemli ilişkili taraf işlemlerine dair belirli bilgilerin açıklanması zorunluğu getirilmiştir. Buna paralel olarak diğer ülkeler de önemli ilişkili taraf işlemleri için derhal açıklama yapılmasını gerektiren düzenlemeler öngörmüştür²⁰⁵.

B. KORUMA MEKANİZMALARI

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler, zorunlu açıklama gerekliliklerine ek olarak YK onayı ve pay sahipleri onayı gibi önlemlerin bir kombinasyonu ile ele alınmıştır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen bu koruma mekanizmaları kanaatimizce beyan etme gerekliliği/ilkesi şeklinde sınıflandırılabilir. Kanımızca

²⁰⁰ Bkz. IAS 24/TMS 24.

²⁰¹ OECD, **RPT 2012**, s. 12.

²⁰² OECD, **CG 2016**, s. 45; Karğın, **İlişkili Taraflar**, s. 12-13.

²⁰³ OECD, **CG 2021**, s. 78.

²⁰⁴ **A.e.**

²⁰⁵ OECD, **CG 2021**, s. 79. Örneğin, Brezilya'da şirketlerin önemli ilişkili taraf işlemlerini yedi iş günü içinde bildirmeleri zorunludur. Önemli ilişkili taraf işlemleri, 50 milyon Brezilya Reali (BRL) veya ihraççının toplam varlıklarının %1'ini aşan işlemler olarak tanımlanmıştır (Bkz. OECD, **CG 2021**, s. 79).

beyan etme ilkesi, kamuyu aydınlatma ilkesine benzemesine rağmen ondan farklı yönleri ile ayrılır. Öncelikle kamuyu aydınlatma ilkesinde şirketle ilgili işlemlerin sadece ortaya koyulması, raporlanması gerekirken, beyan etme ilkesinin söz konusu olduğu hallerde işlemin yapılabilmesi için beyan yükümlülüğü bir zorunluluk haline gelmiştir. Ayrıca bu yükümlülüğe kanun koyucu bazı sonuçlar bağlamıştır. Bu ilke halka açık anonim şirketlerde ilişkili taraf işlemlerinin önce YK üyelerince işlemin ilişkili taraf işlemi olup olmadığının beyan edilmesi, ardından da bu işleme izin verilmesi ya da verilmemesi sürecini beraberinde getirmektedir. Buna karşın kamuyu aydınlatma ilkesinde bazı bilgilerin kamuya açıklanması istenirken açıklanan bu bilgiler için bilginin sunulduğu hedef kitleden bir onay alınmaz. İşlem sadece açıklanır.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler esas itibarıyla iki koruma mekanizmasına dayanır: “Pay sahiplerinin onayı” veya “Bağımsız YK üyeleri ya da gözetim organının onayı”²⁰⁶. Bu onaydan önce bağımsız uzman raporunun alınması da gereklilik olarak ayrıca öngörülebilmektedir²⁰⁷. AB Pay Sahipliği Yönergesi’nin 9c maddesinde, üye devletler önemli ilişkili taraf işlemlerinin “pay sahipleri” veya “yönetim organı ya da gözetim organı” tarafından onaylanmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu bağlamda üye devletlerin önemli ilişkili taraf işlemlerinin pay sahipleri tarafından onaylanması, yönetim veya gözetim organınca onaylanması ya da yönetim veya gözetim organının işlemi onaylamamasına müteakip genel kurul onayı alınması şeklinde üç koruma mekanizmasından birini seçmeleri gerekmektedir. Dünya geneline bakıldığında ise genellikle YK ya da gözetim kurulu onayının şart koşulduğu görülmektedir. Yönetim kurulu veya pay sahipleri onayının gereklilik olduğu birçok durumda, nicel önemlilik eşikleri öngörülmektedir. Bununla birlikte, kriterlerin hiçbirisi dünya çapında ortak uygulama olarak kabul edilmemiştir. Piyasa değeri, yıllık ciro, sermaye, toplam varlıklar, toplam tutarın % 5 ila % 50’si arasında değişen eşikler, kullanılan kriterler arasındadır²⁰⁸.

²⁰⁶ Enriques, **RPT: Policy Options**, s. 15.

²⁰⁷ OECD, **CG 2021**, s. 80.

²⁰⁸ OECD, **CG 2018**, s. 121.

Birçok hukuk sisteminde yönetim veya gözetim kurulu onayının belirli türdeki ilişkili taraf işlemleri için zorunlu tutulduğu veya tavsiye edilmiş olduğu görülmektedir. Örneğin, Almanya’da ve Singapur’da gözetim kurulunun ilişkili taraf işlemini onaylaması gerekirken, Türkiye’de bağımsız yöneticilerin çoğunluğunun onayının olduğu bir YK kararı alınması gerekmektedir²⁰⁹. Yönetim kurulunun, yönetim ve gözetim kurulu olarak düalist bir yapıya sahip olmadığı ülkelerde, bağımsız YK üyelerine ilişkili taraf işlemlerinin onaylanmasında kilit rol verilmiştir²¹⁰. Bazı ülkelerde bu onay gerekliliğine ek olarak AB Yönergesi’ndeki düzenlemelere paralel şekilde bağımsız bir dış görüş veya değerlendirme raporu alınması gerekli görülmekte veya tavsiye edilmektedir²¹¹.

Pay sahiplerinin onayı, yönetim veya gözetim organının onayı kadar olmasa da oldukça yaygın öngörülen bir koruma mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır²¹². Ancak pay sahiplerinin onayı, büyük işlemler ve piyasa şartlarında olmayan işlemlerle sınırlı olarak bağımsız YK üyelerinin ya da gözetim kurulu üyelerinin işlemi onaylamaması halinde alternatif veya tamamlayıcı olarak kabul edilmektedir (Örneğin Türkiye, Almanya). Bazı ülkelerde ise, denetim ya da bağımsız yöneticilerden oluşturulmuş bir komitenin görüşüne bağlı olarak pay sahipleri onayı aranmaktadır (Örneğin Arjantin, Şili ve İtalya)²¹³.

VII. KURUMSAL YÖNETİMDEKİ YERİ

A. GENEL OLARAK

OECD, kurumsal yönetimi, anonim şirketin yönetildiği, bir şirketin YK üyeleri, diğer yöneticileri, pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri arasındaki tüm ilişkileri kapsayan, anonim şirketin amaçlarının belirlendiği ve bu amaca ulaşma yollarının ve

²⁰⁹ A.e.

²¹⁰ OECD, CG 2016, s. 26-27; OECD, CG 2021, s. 79-80. OECD incelediği 29 yargı bölgesinde bağımsız YK üyelerine ilişkili taraf işlemlerinin onaylanmasında kilit rol verilmiş olduğunu belirtmektedir (Bkz. OECD, CG 2021, s. 79-80).

²¹¹ OECD, CG 2021, s. 80.

²¹² OECD, CG 2021, s. 13-14; Enriques, RPT: Policy Options, s. 15. Pay sahiplerinin onayı, adil ilişkili taraf işlemlerinin oylamasında azınlık pay sahiplerine imkân tanınır. Pay sahiplerinin onayında ilişkili taraflar oy kullanmamakta ve ilişkili taraf işlemi ile ilgili tüm önemli bilgilerin tam olarak açıklanmasının ardından iyi bilgilendirilmiş bir karar verme süreci gerçekleştirilmektedir (Bkz. Enriques, RPT: Policy Options, s. 16).

²¹³ OECD, CG 2021, s. 81.

performansının izlenmesinin belirlendiği bir yapı olarak tarif eder²¹⁴. Kurumsal yönetim en genel tanımıyla bir yönetim modelini ifade eder²¹⁵. Ancak bu yönetim, dar anlamda şirketin yönetimini değil, şirketle ilgili her türlü işleyişi kapsar. Kurumsal yönetim, şirketin kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün olarak ele alındığı özel yönetim sistemidir²¹⁶. Bu yönetim sistemi, şirketin adil ve en iyi şekilde yönetilmesiyle alakalıdır²¹⁷.

Şirket yönetiminin dışında olan azınlık pay sahiplerinin mülkiyet haklarının korunabilmesi, azınlık pay sahiplerinin şirket üzerinde kontrol gücüne sahip pay sahipleri tarafından zarara uğratılmasının önlenmesi çabası, kurumsal yönetim anlayışının ortaya çıkmasına sebep olan etkenlerdendir. Nihai olarak kurumsal yönetim anlayışı çerçevesinde getirilen tüm kurallarda bu amacın bir etkisi bulunmaktadır²¹⁸. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin temel amacı da azınlıkta kalan pay sahiplerinin (yatırımcıların) korunabilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla iyi bir kurumsal yönetimin varlığı, ilişkili taraf işlemleri aracılığıyla azınlığın zarara uğratılmasının engellenmesinde önemli paya sahiptir.

Yüksek profilli muhasebe skandallarında ilişkili taraf işlemlerinin varlığına ve ilişkili taraf işlemlerini izlemenin bir aracı olarak kurumsal yönetimin rolüne ilişkin endişeler ortaya çıkmıştır²¹⁹. Bir şirket ile YK üyeleri, yöneticileri, hâkim pay sahipleri, şirket üzerinde önemli etkiye sahip kişiler veya iştirakleri arasında gerçekleştirilen çeşitli ve genellikle karmaşık olan bu tür işlemler, bir kurumsal yönetim sorununu oluşturmaktadır²²⁰. Bu nedenle halka açık şirketlerde, kurumsal

²¹⁴ OECD, **CG 2004**, s. 11.

²¹⁵ Ali Paşlı, “Kurumsal Yönetim”, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eds: Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet Özsoy, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 226-227.

²¹⁶ Paşlı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 37-38; Paşlı, **Kurumsal Yönetim**, s. 226-227.

²¹⁷ Paşlı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 37-38; Paşlı, **Kurumsal Yönetim**, s. 226-227. Ayrıca aynı yönde bkz. H. Erdal Demir, **Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 33.

²¹⁸ Paşlı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 198.

²¹⁹ Chu- Yang Chien/Joseph C. S Hsu, “The Role of Corporate Governance in Related Party Transactions”, **SSRN Electronic Journal**, 2010, s. 10.

²²⁰ Gordon/Henry/Palia, **a.g.m.**, s. 1.

yönetimin daha da geliştirilmesiyle ilgili uluslararası tartışmaların odak noktası ilişkili taraf işlemleri olmuştur. Özellikle azınlık pay sahipleri açısından, bir hukuk sisteminin bu transfer ilişkileri kategorisiyle ele alınmasına OECD ve The World Bank Group tarafından yapılan son çalışmalarda büyük önem verilmektedir²²¹.

İlişkili taraf işlemleri, yönetimin pay sahiplerine karşı temsil sorumluluğunu veya bir yönetim kurulunun gözetim işlevini tehlikeye atabilecek potansiyel çıkar çatışmalarını temsil eder²²². İlişkili taraf işlemlerinin bu amaçlarla yapılmasının önlenememesi, kötü kurumsal yönetimin bir örneğini oluşturur. İlişkili taraf işlemlerinin faydalanma aracı olarak kullanılmasını önlemek için vekâlet teorisinin önerdiği en önemli izleme sistemlerinden birisi kurumsal yönetimdir. İlişkili taraf işlemi ile ilişkili tarafların herhangi bir değer azaltıcı davranış sergilemediğinden emin olmak için etkin bir açıklama ve gözetim sistemi gerekir. Şirketteki etkin gözetim ve açıklama sistemi ise iyi bir kurumsal yönetim ile mümkün olabilir. Zira iyi yönetim, kurumsal performansı artırmak için hesap verilebilirliği teşvik eder. Yönetimi yönetim kuruluna, yönetim kurulunu da pay sahiplerine karşı sorumlu tutar. Bu paradigmada YK, kurumsal ekonomik değeri artırmak için çalışarak, yönetimin, şirketin ve pay sahiplerinin çıkarları için en iyi şekilde çalışmasını sağlamak için mevcuttur. Bu tür bir gözetim, dolandırıcılığı caydırmak, finansal riskleri tahmin etmek ve finansal ve diğer önemli bilgileri yönetim kurulunun doğru, kaliteli ve zamanında açıklamasını teşvik etmek için kaliteli muhasebe politikalarının, iç kontrollerin, bağımsız ve objektif dış denetçilerin mevcut olmasını sağlamayı içerir²²³. Nitekim kurumsal yönetim, şirketin stratejik rehberliğini, YK tarafından yönetimin etkin gözetimini ve yönetim kurulunun şirkete ve pay sahiplerine karşı hesap verebilirliğini sağlamalıdır²²⁴.

Yapılan çalışmalar, azınlık pay sahiplerini korumayı amaçlayan kurumsal yönetim standartlarının ülke ve şirket düzeyinde olumlu ekonomik sonuçları desteklediğine dair ampirik kanıtlar sunmaktadır²²⁵. Birlikte ele alındığında bu

²²¹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 46.

²²² Gordon/Henry/Palia, **a.g.m.**, s. 2.

²²³ Chien/Hsu, **a.g.m.**, s. 7.

²²⁴ **A.e.**

²²⁵ Chien/Hsu, **a.g.m.**, s. 17-18; Yu-Mei Chen, Chu-Yang Chien, "Monitoring Mechanism, Corporate

sonuçlar, kurumsal yönetim mekanizmalarının ilişkili taraf işlemlerini “çıkar çatışmalarından” “verimli işlemlere” aktardığını ortaya koymaktadır²²⁶. İlişkili taraf işlemleriyle ilişkili çıkar çatışması sorununun, kurumsal yönetimin genel kalitesini artırabilecek sağlam kurumsal yönetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi yoluyla kontrol altına alınması beklenmektedir²²⁷. İlişkili taraf işlemlerinin faydalanma aracı olarak kullanılmasını önlemek için vekâlet teorisinin önerdiği en önemli izleme sistemlerinden biri de kurumsal yönetimdir. İlişkili taraf işlemi ile ilişkili tarafların şirketin zararına yol açabilecek davranış sergilemediğinden emin olmak için etkin bir açıklama ve gözetim sistemi gerekir. Şirketteki etkin gözetim ve açıklama sistemi ise iyi bir kurumsal yönetim ile mümkün olabilir. Bu amaçla, kurumsal yönetimin belirli yönleri özellikle önemlidir. Kurumsal yönetimin YK oluşumu ve bağımsızlığı, şirketin şeffaflığı ve kamuya açıklama gerekleri, pay sahiplerinin YK ve yönetime ilişkin haklarına ilişkin getirdiği ilkeler ve bu alanlardaki sağlam kural ve düzenlemeler, çoğunluk ve azınlık pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri ile YK ve yönetim arasındaki vekâlet sorununu en aza indirmede etkilidir²²⁸. Kurumsal yönetim anlayışı ile getirilen bu ilkeler ve kurallarla, ilişkili taraf işlemlerini gerçekleştirmeden önce tespit edilmesini sağlayarak şirketteki ilişkili taraf işlemlerinin olumsuz etkisi azaltılabilmektedir. Kurumsal yönetim iyi çalışıyorsa, şirketin malvarlığının aktarılması amacı güden kötü amaçla yapılan ilişkili taraf işlemleri de tespit edilebilir²²⁹.

B. OECD DÜZENLEMELERİNDEKİ YAKLAŞIM

OECD, ilişkili taraf işlemlerine kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında yer vermektedir. OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, 1999 yılında onaylanmıştır ve bu yıldan sonra uluslararası alanda bir referans kaynağı olmuştur²³⁰. Onaylanmasından bu yana OECD KYİ, kurumsal yönetim olgusunun gündemde kalmasını sağlamış ve hem

Governance and Related Party Transactions”, *SSRN Electronic Journal*, 2007, s. 13.

²²⁶ A.e.

²²⁷ Elhelaly, a.g.m., s. 579.

²²⁸ The World Banks Group, *Doing Business 2015*, s. 76.

²²⁹ Masood Fooladi Chaghadari, Zaleha Abdul Shukor, “Corporate Governance And Disclosure Of Related Party Transactions”, *2nd ICBER 2011*, Langkawi, Malaysia, 14-16 March 2011, s. 1400; Karğın, *İlişkili Taraflar*, s. 116.

²³⁰ OECD, *CG 2016*, s. 3.

üye ülkelerin hem de üye olmayan ülkelerin kurumsal yönetime ilişkin düzenlemelerinde yol gösterici bir misyon edinmiştir²³¹.

OECD’de de konu kurumsal yönetim çevresinde ele alınmıştır. OECD Yuvarlak Masa toplantılarında, ilişkili taraf işlemleri yoluyla şirketin varlıklarının kişisel amaçlar için kötüye kullanılmasına yönelik endişe üzerinde durulmuş ve 2004 yılında yayımlanan kurumsal yönetim ilkelerinde ise ilişkili taraf işlemlerine ayrıca yer verilmiştir²³². Konu OECD düzenlemelerinde de ilk başta açıklama gerekliliği kapsamında ele alınmıştır. Kurumsal yönetim ilkelerinin yayımlandığı OECD 2004’te, piyasanın, şirketin tüm yatırımcılarının çıkarları gözetilerek yönetilip yönetilmediğini bilmesinin önemli olduğuna işaret edilerek, bu amaçla, şirketin önemli ilişkili taraf işlemlerini, muvazaasız ve normal piyasa koşullarında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği de dâhil olmak üzere, tek tek veya grup bazında kamuya tam olarak açıklamasının esas olduğu vurgulanmıştır²³³. Açıklama, kontrolün mevcut olduğu ilişkinin niteliğini ve uygun şekilde gruplandırılarak ilişkili taraflarla yapılan işlemlerin niteliğini ve tutarını içermelidir²³⁴.

Tüm piyasalarda, önemli bir politika konusu olarak ilişkili taraf işlemleri, kurumsal yönetim çerçevesinin farklı unsurlarının bir kombinasyonu ile ele alınmaktadır²³⁵. OECD KYİ’de ilişkili taraf işlemleri, “*Pay Sahiplerinin hakları, adil muamele görmeleri ve temel ortaklık işlevi*” ve “*kamuyu aydınlatma ve şeffaflık*” bölümleri kapsamında ele alınmıştır. Pay sahiplerinin adil muamele görmesine ilişkin bölüm, pay sahiplerinin bilgiye erişmelerini, pay sahiplerinin genel kurul yoluyla önemli şirket kararlarında söz sahibi olmalarını da içeren temel haklarını belirlemektedir. Bu bölümde, pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerinin onay süreçlerine katılımları ele

²³¹ OECD, **CG 2016**, s. 3. OECD Kurumsal Yönetim Emsal Gözden Geçirme süreci bağlamında birçok ülkede yapmış olduğu incelemeleri rapor halinde sunmaktadır. Bu raporlarda azınlık pay sahiplerinin (yatırımcıları) korunmasını sağlamak amacıyla ilişkili taraf işlemlerini yöneten kurumsal yönetim çerçevesine de yer vermiştir (Bkz. OECD, **RPT**, s. 3 vd).

²³² OECD, **RPT**, s. 20.

²³³ OECD, **CG 2004**, s. 52-53.

²³⁴ **A.e.**

²³⁵ OECD, **CG 2018**, s. 119.

alınmaktadır²³⁶. Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık bölümünde ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin kamuya yapılacak açıklamaların temel alanları belirlenmektedir²³⁷.

Pay sahiplerinin adil muamele görmeleri kapsamında, ilişkili taraf işlemlerinin pay sahiplerinin zarara uğramasına sebebiyet vermemesi için gerekli onay mekanizması ve prosedürlerin getirilmesi tavsiye edilmiştir. İlişkili taraf işlemleri nedeniyle meydana gelebilecek çıkar çatışmalarında uygun bir yönetimin sağlanabilmesi ve bu işlemlerin şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerinin korunacağı şekilde onaylanması ve yürütülmesi gereklidir²³⁸. Ancak bunun için ülkelerin öncelikle ilişkili taraf işlemlerini kesin bir şekilde belirleyecekleri etkili bir sistem oluşturmaları zorunludur. Bu bağlamda hangi işlemlerin ilişkili taraf işlemi olduğuna ilişkin geniş ama belirleyici tanımlar getirilmelidir. Bu yapılırken, önemli olmayan, belirli eşiklerin altında kalan, tekrarlayan ve doğrulanabilir piyasa şartlarında yapılan işlemler ile ilişkili tarafların özel bir menfaatinin olmadığı iştirakleriyle yapacağı işlemlerin kapsam dışında tutulmasına dikkat edilmelidir²³⁹. İlişkili taraf tanımı ise en azından kontrol eden kişileri, onların aile fertlerini ya da ortak kontrol altındaki kuruluşları ve kilit yönetici personeli içerecek şekilde önemli pay sahiplerini kapsamalıdır²⁴⁰.

İlişkili taraf işlemleri belirlendikten sonra, şirketin ve pay sahiplerinin çıkarlarının korunabilmesi için onay prosedürlerinin belirlenmesine vurgu yapılmıştır²⁴¹. İlişkili taraf işlemleri alanında, şirketin ve pay sahiplerinin çıkarlarını korumayı ve aynı zamanda şirketlerin ilişkili taraflarla ekonomik açıdan faydalı işlemlerde bulunmalarını sağlamayı amaçlayan onay prosedürlerine ilişkin temel esneklik mekanizmaları ortaya çıkmıştır²⁴². Birçok ülkede bağımsız YK üyelerinin önemli rol oynayacağı YK onayına ya da yönetim kurulunun işlemin şirketin menfaatine

²³⁶ OECD, **G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri**, (OECD'nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu), Eylül 2015, s. 5, (Çevrimiçi), <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>, Erişim Tarihi: 22.10.2021.

²³⁷ OECD, **CG 2015**, s. 5.

²³⁸ OECD, **CG 2016**, s. 26.

²³⁹ **A.e.**

²⁴⁰ OECD, **CG 2016**, s. 45.

²⁴¹ OECD, **CG 2018**, s. 119.

²⁴² **A.e.**, s. 17.

olduğunu göstermesine ilişkin yükümlülük getirilmesine önem verilmiştir²⁴³. Bu bağlamda bağımsız YK üyelerine, önemli ilişkili taraf işlemlerinin gözden geçirilmesi ve onaylanması süreçlerinde kilit rol verilmiştir²⁴⁴. Son yıllarda, birçok ülkede de ilişkili taraf işlemlerinde, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatini korumayı ve aynı zamanda şirketlerin ilişkili taraflarla ekonomik olarak faydalı işlemlerde bulunmasını amaçlayan onay prosedürlerine pay sahiplerinin de dâhil olmaları sağlanmıştır. İlişkili taraf işlemlerini pay sahiplerinin onaylaması, yönetim kurulunun onay prosedürüne alternatif veya tamamlayıcı olarak görülebilir²⁴⁵. G20/OECD de yayımlanan ilkelerde, ilişkili pay sahiplerinin oy kullanmasının engellenerek bazı işlemlerin onaylanmasında pay sahiplerinin söz sahibi olmalarının sağlanabileceğine işaret edilmiştir²⁴⁶.

G20/OECD İlkelerinde kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkesinin bir gereği olarak ilişkili taraf işlemlerinin ve bu işlemlerin koşullarının kamuya tam olarak münferiden açıklanması önem taşır. Piyasa koşullarında devamlı yapılan işlemler dışındaki önemli işlemlerin devamlı olarak kamuya açıklanması gerekir. Kamuya açıklamanın etkinliğinin sağlanabilmesi için kamuya açıklanacak işlem eşikleri sayısal ölçütlere göre belirlenmelidir. Ancak bunun aynı ilişkili taraf işlemlerinin bölünerek kamuya açıklanmasına yol açmaması gerekir²⁴⁷. Periyodik açıklamanın yanı sıra, birçok ülke, hüküm ve koşulları yerine getirildikten kısa bir süre sonra, ilişkili taraflarla yapılan önemli işlemler için derhal açıklama yapılmasını öngörmektedir. Bu açıklama genellikle pay sahiplerin işlemi genel kurulda onaylayıp onaylamayacaklarına karar vermeleri için gerekli materyalleri içerir²⁴⁸.

VIII. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN DÜZENLEME BİÇİMİ

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

1. Genel Bakış

²⁴³ OECD, CG 2016, s. 26.

²⁴⁴ OECD, CG 2018, s. 17.

²⁴⁵ A.e., s. 68.

²⁴⁶ OECD, CG 2018, s. 119; OECD, CG 2016, s. 26.

²⁴⁷ OECD, CG 2016, s. 45-46.

²⁴⁸ OECD, CG 2018, s. 68.

AB Komisyonu'nun ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme önerilerinin başlangıç noktasını, ilişkili taraflarla özellikle şirket YK üyeleri veya hâkim pay sahipleri ile yapılan işlemlerle, şirket değerlerinin pay sahiplerinin aleyhine transfer edilmesi endişesi oluşturmuştur. Komisyon, bu işlemler öncesinde pay sahiplerinin yeterli bilgiye erişemedikleri ve kötü niyetli işlemlere karşı koymak için yeterli araçlara sahip olmadıkları tespitinde bulunmuştur²⁴⁹. Böylelikle Komisyon, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin önerilen kurallarda ele almak istediği iki ana eksikliği tespit etmiştir. Bunlar bu işlemlerin yapılmasında pay sahiplerinin yetersiz katılımı ve yetersiz şeffaflıktır²⁵⁰. Bu amaçla Pay Sahipliği Hakları Yönergesi I'e eklenen 9c maddesi ile payları borsada işlem gören şirketler için muhasebe ve finansal raporlama alanındaki mevcut açıklama gerekliliklerine ek olarak genişletilmiş açıklama gerekliliği ve onay prosedürü getirilmiştir²⁵¹. En nihayetinde bu işlemler yapılırken pay sahiplerinin sürece dâhil edilmesi ve bilgilendirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Ayrıca şirket yöneticilerinin ücretlendirmesiyle ilgili ilişkili taraf işlemleri için, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9a ve 9b maddelerinde özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler özellikle, genel kurul tarafından ücretlendirme politikasına ilişkin oylamayı ve ücretin açıklanmasını içermektedir.

²⁴⁹ Pay Sahipliği Hakları Yönergesi değişiklik önerisi için bkz. "Amending Directive 2007/36/EC As Regards The Encouragement Of Long-Term Shareholder Engagement and Directive 2013/34/EU As Regards Certain Elements Of The Corporate Governance Statement", s. 5, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:59fccf6c-c094-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0003.01/DOC_1&format=PDF, 19.01.2021.

²⁵⁰ Christoph Kumpan, EU Vorgaben für related party transactions – Eine kritische Analyse der vorgeschlagenen Regelungen nach der Abänderung durch das Europäische Parlament, **Referate im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration**, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2015, s. 6.

²⁵¹ Bu madde ile esas itibarıyla üye devletlerin yasama organının tercihiyle göre genel kurul, yönetim veya gözetim organının ilişkili taraflarla olan önemli işlemleri onaylama koşulu getirilmesi öngörülerek, ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çıkarlarını dikkate alarak ilişkili tarafın etkisini kullanmasını engellemeyi ve alınacak kararın şirketin çıkarına olmasını sağlamayı amaçlamıştır (Bkz. Seidel, **a.g.m.**, s. 424).

2. İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin Düzenlemelerin Oluşum Süreci

Avrupa Kurumsal Yönetim Forumu (Bundan sonra “*ECGF*”, diye anılacaktır)²⁵², Avrupa çapında ortak ilkelerin uygulanmasını tavsiye eden ilişkili taraf işlemlerine ilişkin 2011 yılında bir bildiri yayımlamıştır²⁵³. İlişkili taraf işlemleri için açıklama gerekliliği ve prosedürel koruma mekanizma önerisi, AB Komisyonu tarafından oluşturulan ECGF’nin bu tavsiyesine dayanmaktadır²⁵⁴.

ECGF yayımladığı bu bildiride, borsada işlem gören şirketler yönünden bazı ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bir prosedür getirilmesini önermiştir. Bu prosedür ise esas itibarıyla belirli hacme sahip ilişkili taraf işlemleri için onay gerekliliğinin getirilmesi ve bu onay gerekliliklerin ise bağımsız bir danışman veya genel kurul tarafından yerine getirilmesi şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, şirketin varlıklarının % 1’inden fazla ancak % 5’inden az hacme sahip ilişkili taraf işlemlerinin en geç yapıldığı tarihte açıklanması ve ayrıca bağımsız bir danışman tarafından işlemin makul ve adil olduğuna ilişkin onay alınması gereklidir. İşlemin hacminin varlıkların % 1’inden daha azını oluşturması durumunda ise ilişkili taraf işlemi için öngörülen özel açıklama gerekliliklerinden muaf tutulması tavsiye edilmiştir. ECGF, şirketin varlıklarının % 5’inden fazla hacmine sahip olan işlemler veya kâr veya ciro üzerinde önemli etkisi olan ilişkili taraf işlemleri için ise genel kurul onayının alınmasını ancak bu genel kurul oylamasında ilişkili tarafların oy kullanmasının yasaklanmasını önermiştir. Ayrıca, aynı ilişkili tarafla genel kurul tarafından onaylanmayan tüm işlemlerin on iki ay içinde toplanması ve toplanan işlemler birlikte varlıkların % 5

²⁵² ECGF, ulusal kurumsal yönetim kodlarının birleştirilerek yeknesak düzenleme yapılmasını teşvik etmek ve Komisyon’a tavsiyede bulunmak amacıyla AB Komisyon’u tarafından kurulan uzmanlar kuruludur. Forum, çeşitli alanlardan (yatırımcılar, denetçiler dâhil) on beş uzmandan oluşturulmuştur. ECGF 2004-2011 yılları arasında faaliyet göstermiştir. ECGF ile ilgili bu açıklamalar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02004D0706-20080625&qid=1610981449004>, 18.01.2021.

²⁵³ 10.03.2011 tarihinde borsada işlem gören şirketler için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin ECGF bildirimi, artık kamuya açık değildir. Bu nedenle ECGF önerileri ile ilgili açıklamalarımız, Ungerer adlı yazarın eserinden ECGF bildirimi ile ilgili açıklamalarından aktarılmıştır.

²⁵⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 277.

eşğini aşar ise bu ilişkili tarafla yapılacak herhangi başka bir işlemin de onaya tabi tutulması tavsiye edilmiştir²⁵⁵.

AB Komisyonu ECGF'nin tavsiyesine, 2011 yılında çıkarılan Green Paper'da²⁵⁶ (Bundan sonra "Yeşil Kitap" olarak anılacaktır) yer vermiştir. Komisyon, Yeşil Kitap'ta azınlık pay sahiplerinin çıkarlarının çoğunluk pay sahiplerinin veya şirket yöneticilerinin işlemlerine karşı korumak için mevcut düzenlemelerin yeterli olmadığına işaret ederek azınlık pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerine karşı daha fazla korumaya ihtiyacı olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Yeşil Kitap'ın 2.7.2. maddesinde mevcut AB mevzuatının muhasebe ve açıklama gereklilikleri yönünden ilişkili taraf işlemlerinin bazı yönlerini ele aldığını ve yatırımcılarla yapmış oldukları görüşmeler sonucunda bu düzenlemelerin yetersiz olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir²⁵⁷.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta da yer verilen ECGF önerisini 2012 hareket planının konusu yapmıştır. Hareket planında ECGF'nin önerisine işaret edilmiş ve Komisyon'un 2013 yılında, pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemleri üzerindeki kontrolünü, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde bir değişiklik yaparak iyileştirmeyi amaçlayan bir öneri getireceği belirtilmiştir²⁵⁸. AB Komisyonu, bu kapsamda 09.04.2014 tarihinde Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ne "*ilişkili taraf işlemlerinde oy*

²⁵⁵ ECGF'nin önerilen bu düzenlemelerinin İngiliz Listeleme Kuralları ile büyük ölçüde benzerlik taşıdığı görülmektedir. Yabancı öğretilerde de, İngiliz Listeleme Kurallarının 11. bölümündeki düzenlemelerin ECGF için model olarak alındığı kabul edilmektedir (Bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 279-280). İngiliz Liste Kuralları ile ilgili açıklamalarımız için bkz. aşağıda § 1/VIII/A/4.

²⁵⁶ "Green Paper The EU Corporate Governance Framework" 05.04.2011 tarihinde yayımlanmıştır. Tam metine erişim için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:EN:PDF>, 18.01.2021.

²⁵⁷ Özellikle mevcut düzenleme kapsamında ilişkili taraf işlemlerinin açıklanmasının her durumda yeterli olmadığı ve açıklamanın zamanında yapılamadığı tespitinde bulunulmuştur. Sorunun tespiti akabinde, yönetim kurulunun, belirli bir eşğin üzerindeki ilişkili taraf işlemlerinin azınlık pay sahiplerinin hüküm ve koşulları hakkında tarafsız bir görüş sağlayabilmeleri için bağımsız bir uzman atanması, önemli ilişkili taraf işlemlerinin genel kurul tarafından onaylanması ve genel kurul toplantılarında hâkim hissedarların oy kullanmasının engellenmesi önerisi getirilmiştir.

²⁵⁸ Communication From The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee And The Committee Of The Regions Action Plan: European Company Law And Corporate Governance - A Modern Legal Framework For More Engaged Shareholders And Sustainable Companies, s. 10. Ayrıca bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>, Erişim Tarihi: 19.01.2021.

kullanma hakkı” (right to vote on related party transactions) başlıklı yeni bir madde eklenmesine ilişkin değişiklik önerisini sunmuştur²⁵⁹.

Komisyon’un 9 Nisan 2014 tarihli değişiklik önerisinde sunduğu 9c maddesi şu şekildedir:

“(1) İlişkili taraflarla yapılan şirketin varlığının % 1’ini aşan işlemler için bağımsız bir üçüncü taraf tarafından işlemin adil ve makul olup olmadığını değerlendiren bir rapor kamuoyuna açıklanacak²⁶⁰ ve bu açıklamada ilişkili taraf ilişkisinin niteliği, ilişkili tarafın adı, işlem tutarı ve işlemi değerlendirmek için gerekli diğer bilgiler yer alacaktır. Ancak üye devletler, şirketin pay sahiplerinin onayı ile on iki aydan daha uzun olmayan bir süre içinde belirli ilişkili taraflarla açıkça tanımlanmış yinelenen işlemleri için bağımsız bir üçüncü taraftan bir rapor alınarak bu işlemlerin açıklanması zorunluluğundan muaf tutulabileceğini öngörebilirler²⁶¹. Bu oylamada ilişkili taraf olan pay sahibi varsa oy kullanamayacaktır.

(2) İlişkili taraflarla yapılan şirket varlıklarının % 5’ini aşan işlemler veya kâr veya ciro üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecek işlemler genel kurulun onayına sunulacak ve bu işleme katılan pay sahipleri genel kurulda oy kullanamayacaktır. Şirket, pay sahiplerinin onayından önce işlemi sonuçlandıramayacak ancak pay sahiplerinin onayı şartıyla işlemi sonuçlandırabilecektir. Yine üye devletlerce, şirket varlığının % 5’ini aşan on iki aydan daha uzun olmayan bir süre içinde belirlenen bir ilişkili tarafla açıkça tanımlanmış yinelenen işlemler için, pay sahiplerinden önceden onay vermelerinin talep edilebileceği öngörülebilecektir. Bu oylamada ilişkili taraf olan pay sahibi varsa yine oy kullanamayacaktır.

(3) Aynı ilişkili tarafla önceki on iki aylık dönemde yapılan ve pay sahipleri tarafından onaylanmayan işlemler, 2. fıkranın uygulanması amacıyla birleştirilir. Bu toplanan işlemlerin değeri şirket varlıklarının % 5’ini aşarsa, bu eşiğin aşıldığı işlem ve aynı ilişkili tarafla yapılan daha sonraki işlemler için pay sahiplerinin onayı gerekir. İşlem, ancak pay sahipleri onayından sonra koşulsuz olarak sonuçlandırılabilir.

(4) Son olarak üye devletler, şirket ile grubun bir veya daha fazla üyesi arasında yapılan işlemleri, grubun tüm üyelerinin tamamen şirkete ait olması şartıyla, bu maddede belirtilen şartların dışında tutabilirler²⁶²”.

²⁵⁹ Önerilen maddenin ECGF’nin önerisi ile paralel olduğu görülmektedir. Komisyon’un bu değişiklik önerisinde, küçük (bir şirketin varlıklarının % 1 ile % 5’i) ve büyük (bir şirket varlıklarının % 5’ini aşan) ilişkili taraf işlemleri arasında bir ayırım yapmış ve bunların her biri için açıklama, uygunluk kontrolü ve karar verme yetkisine ilişkin özel düzenlemeler getirilmesini önermiştir. 9 Nisan 2014 tarihinde Pay Sahipliği Hakları Direktifi değişiklik önerisi için bkz. “Amending Directive 2007/36/EC As Regards The Encouragement Of Long-Term Shareholder Engagement and Directive 2013/34/EU As Regards Certain Elements Of The Corporate Governance Statement”, s. 24-25, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:59fccf6c-c094-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0003.01/DOC_1&format=PDF, Erişim Tarihi: 19.01.2021.

²⁶⁰ Bağımsız bir üçüncü taraftan alınan bu raporun amacı, işlemin emsallere uygunluk esasına göre olup olmadığının değerlendirilmesini sağlamaktır.

²⁶¹ ECGF’nin önerileri, açıklama zorunluluğundan muafiyet veya pay sahipleri tarafından önceden onaylama seçeneğini içermiyordu. Bu öneride ilgili çerçeve kararlarına izin veren İtalyan CONSOB Yönetmeliği’nden esinlenilmiştir (Bkz. Ungerer, a.g.e., s. 287).

²⁶² Önerinin 9c (4) maddesi, üye devletlere, tamamen sahip olunan bağlı şirketlerle yapılan işlemleri uygulama kapsamına göre muaf tutma seçeneği vermiştir. Komisyon’un önerisi, grup içi işlemler için başka istisnalar önermemiştir.

Bu değişiklik önerisine göre, küçük ilişkili taraf işlemleri (bir şirketin varlıklarının % 1 ila % 5'i) sonuçlandırıldığında halka açıklanmalıdır ve bu açıklamaya azınlık pay sahipleri açısından işlem koşullarının piyasa koşullarına uygun, adil ve makul olup olmadığı değerlendirmesini içeren bağımsız bir üçüncü tarafın raporu eşlik etmelidir. Öneriyi hazırlayanlar, deneyimli bir danışmanın işlemin adil olup olmadığını işlemin karmaşıklığına bağlı olarak beş ila on saat içinde değerlendirebileceğini, bu nedenle bu tür bir rapor hazırlanmasının maliyetinin maksimum 5.000 Euro tutacağı tahmininde bulunmuşlardır²⁶³. Büyük ilişkili taraf işlemleri (şirket varlıklarının % 5'ini aşan işlemler veya kâr veya ciro üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecek işlemlerdir) ise genel kurul tarafından da onaylanmalıdır. İlişkili taraf olan pay sahiplerinin bu genel kurulda oy kullanması yasaktır. Aynı taraflarla on iki ay içinde yapılan küçük işlemler birlikte toplandığında % 5 eşiğini aşıyorsa, sonraki işlemler için genel kurulun onayı aranır. Genel kurula, belirli bir ilişkili tarafla kesin olarak tanımlanmış yinelenen işlem türleri için raporlama yükümlülüğünden en fazla on iki ay süreyle muafiyet tanıma ve onay gerektiren büyük işlemler için ön onay verme yetkisi verilebilecektir.

Komisyon'un önerisinde “ilişkili taraf” kavramının, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 1606/2002 Sayılı Tüzüğü uyarınca kabul edilen IFRS ile aynı anlama sahip olduğu ifade edilmiş ve bu hükmün Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 1. maddesinin j bendine eklenmesi öngörülmüştür²⁶⁴. Ancak “ilişkili taraf işlemi” ile neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca bu öneride, hukuki sonuçlar ve yaptırıma ilişkin de herhangi bir özel gereklilik öngörülmemiştir²⁶⁵.

²⁶³ Jochen Vetter, “Regelungsbedarf für Related Party Transactions?”, *ZHR*, 179 (2015), s. 273, 279, (Çevrimiçi), <https://www.swisslex.ch/>, 20.01.2021.

²⁶⁴ Uluslararası muhasebe standartlarına atıfta bulunulması, IFRS ile de bağlantılı olan İtalyan CONSOB Yönetmeliği'nin model görevi gördüğünü göstermektedir. Zira CONSOB Yönetmeliği'nde ilişkili taraf kavramı IAS 24'te yer alan tanım temel alınarak tanımlanmıştır. İlgili değerlendirme için ayrıca bkz. Ungerer, *a.g.e.*, s. 284.

²⁶⁵ Komisyon önerisinin 14b maddesinde, üye devletlerin ihlallere karşı etkili, uygun ve caydırıcı yaptırımlar öngörmek ve bunların uygulanması için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (Bkz. Ungerer, *a.g.e.*, s. 287).

Komisyon'un 9 Nisan 2014 tarihli değişiklik önerisi ile getirilmesi planlanan genel kuruldan onay alma prosedürü sert eleştirilere maruz kalmıştır. Buna başta Almanya karşı çıkmıştır. Komisyon'un kapsamlı ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerinde, grup hukuku sorunlarına ve Alman hukukunun yönetimdeki dualist sistemin özelliklerine hiç dikkat edilmediğine işaret edilmiştir²⁶⁶. Uygulamada - özellikle grup şirketleri içinde – genellikle % 5 eşiğine kolaylıkla ulaşılabileceği, bu eşiğe ulaşıldıktan sonra, ana şirket ile değeri ne olursa olsun yapılan her türlü iş için genel kurulun onayının gerekeceği, ayrıca eşiği aşmanın bu eşiği aşmayan işlemleri toplama yükümlülüğü ile daha da şiddetleneyeceği belirtilmiştir. Ayrıca öngörülemeyen ve ertelenemeyecek işlemlerde ancak olağanüstü bir genel kurul toplantısı ile onayın gerçekleştirilebileceği, olağanüstü bir genel kurulun ek maliyetlerinin yanı sıra, bunun her bir durumda işlemlerin uygulamasını daha zor hale getireceği ve çok sayıda işlemi geciktireceği vurgulanmıştır²⁶⁷.

10 Kasım 2014 tarihinde İtalya başkanlığındaki Konsey, bir uzlaşma önerisi sunmuştur²⁶⁸. Bu Konsey'in sunduğu uzlaşma önerisinde, önemlilik kriterinin hem bir ilişkili taraf işlemi hakkındaki bilgilerin azınlık pay sahiplerinin kararları üzerindeki olası etkisi, hem de şirket ve azınlık pay sahipleri için ilişkili taraf işleminin riski göz önünde bulundurularak üye devletlerin kendileri tarafından belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda tanımın bir parçası olarak üye devletlerin, şirketin geliri, varlıkları veya satışları üzerindeki etkisine veya işin ve ilişkili tarafın niteliğine dayalı olarak bir veya daha fazla önemli işlem kriterleri oluşturması önerilmiştir²⁶⁹. İtalya

²⁶⁶ Bkz. Walter Bayer/Philipp Selentin, "Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts", *NZG*, 2015, s. 9; Ungerer, *a.g.e.*, s. 288, dn. 63'te belirtilen yazarlar. Dualist sistemde, yönetim kurulunun denetimi, gözetim kurulunun sorumluluğunda olduğu için bu yetki kısmen genel kurula kaydırılırsa, gözetim kurulunun pozisyonunda önemli bir zayıflama olacağı ifade edilmiştir. Buna ek olarak, ortalama bir pay sahibinin bazen çok karmaşık iş süreçlerinin piyasa uygulamasını doğru bir şekilde değerlendirip değerlendiremeyeceği sorusunu gündeme getirmişlerdir (Bkz. Bayer/Selentin, *a.g.m.*, s. 9).

²⁶⁷ Bayer/Selentin, *a.g.m.*, s. 9. Alman hukukunda öneriye ilişkin getirilen bu eleştiriler için ayrıca bkz. Ungerer, *a.g.e.*, s. 287-289.

²⁶⁸ 10 Kasım 2014 tarihli uzlaşma metni için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13758-2014-INIT/en/pdf>, 20.01.2021. İtalya başkanlığındaki Konsey'in uzlaşma önerisini ilk olarak 26 Kasım 2014'te ve tekrar 5 Aralık 2014'te revize etmiştir.

²⁶⁹ Bayer/Selentin, *a.g.m.*, s. 10-15. Üye devletlerin ilişkili taraflarla yapılan önemli işlemlerin, ilgili tarafın pozisyonundan yararlanmasını engelleyen ve azınlık pay sahiplerinin çıkarları için yeterli koruma sağlayan prosedürlere göre, genel kurul veya yönetim veya gözetim organı (veya bağımsız

başkanlığındaki Konsey ayrıca genişletilmiş istisnalar da önermiştir²⁷⁰. Buna göre, değerlendirme raporu, artık zorunlu olarak bağımsız bir üçüncü tarafça değil, alternatif olarak yönetim veya gözetim organı veya bir gözetim komitesi veya çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan başka bir komite tarafından hazırlanmalıdır²⁷¹. Konsey'in bu uzlaşma önerileri ile 9c maddesinde kapsamlı değişiklikler getirilmektedir²⁷². Genel itibariyle de Pay Sahipliği Hakları Yönergesi için önerilen 9c maddesi revize edilirken İtalya başkanlığındaki Konsey'in bu önerilerinin büyük ölçüde maddeye işlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

İtalya başkanlığındaki Konsey'in önerisinden sonra, 19.12.2014 tarihli Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu "*Committee on Legal Affairs*" raportörü tarafından hazırlanan taslak rapor sunulmuştur²⁷³. Bu raporda, kapsamlı uzlaşma önerilerine rağmen, AB Komisyonu'nun orijinal teklifinde sunulan 9c maddesinin büyük ölçüde değişmemiş bir şekilde kabul edilmesi önerilmiştir²⁷⁴.

yöneticiler) tarafından onaylanmasını sağlamaları gerektiği belirtilmiştir. Üye devletlerin, ilişkili taraf işlemlerinin genel kurul yerine, yönetim veya gözetim organı tarafından onay prosedürü öngörmesi halinde yine ilişkili tarafların oylama dışında bırakılabileceği veya en azından onay sürecinde belirleyici bir rol oynamayacağını öngörmeleri zikredilmiştir. Üye devletlerin, şirketin ilişkili tarafı ile bu şirketin bağlı şirketleri arasında yapılan işlemlerde şirketin azınlık pay sahiplerinin çıkarlarının korunmasını sağlamaları öngörülmüştür (Bkz. 10.11.2014 tarih ve 13758/14 sayılı İtalyan Komisyon Başkanlığı Uzlaşma Önerisi, 9c maddesi. Bu konudaki detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 293; Kumpan, **a.g.e.**, s. 11-12).

²⁷⁰ Muafiyet öngörülen hususlar bu düzenlemeye göre, alışılmış piyasa şartlarında normal iş akışında işlemler İtalyan CONSOB Yönetmeliği'nde olduğu gibi kapsamı ne olursa olsun düzenlemeden muaf tutulmalıdır. Yine Komisyon'un tamamen sahip olunan bağlı şirketlere şirketlerle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeden muaf tutma teklifinde zaten öngörülen olasılıklar genişletilmiştir. Bu kapsamda şirketle yakından ilgili başka hiç kimse bağlı şirketlerinde yer almıyorsa, bağlı şirketlerle işlemleri hariç tutulabilmelidir. Buna ek olarak, üye devletlerin, ulusal hukukun azınlık pay sahipleri için yeterli korumayı garanti ettiği kesin olarak tanımlanmış işlem türleri için bu düzenlemenin uygulamasından muaf tutulmasını önermiştir (Bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 291-292; Bayer/Selentin, **a.g.m.**, s. 13-15).

²⁷¹ Bkz. 10.11.2014 tarih ve 13758/14 sayılı İtalya başkanlığındaki Komisyon'un uzlaşma önerisi, 9c maddesi.

²⁷² Özellikle Almanya tarafından eleştirilen genel kurul izni prosedürüne çözüm sunması ile tartışmaları bir ölçüde sonlandırmıştır. Önerilen değişiklikler, Almanya'da genel olarak olumlu karşılanmıştır. (İlgili açıklamalar için bkz. Bayer/Selentin, **a.g.m.**, s. 13-14; Ungerer, **a.g.e.**, s. 294).

²⁷³ Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu raportörü Sergio Gaetano Cofferati'nin 19.12.2014 tarihli raporu için bkz. "Committee on Legal Affairs–Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EG as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement 2014/0121(COD)", https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-544471_EN.pdf?redirect, Erişim Tarihi: 20.01.2021.

²⁷⁴ Bu raporda en önemli öneriler; ilişkili pay sahibinin katı oy kullanma yasağını, genel kurul kararında

Raportörün taslak raporundan sonra konsey başkanlığını devralan Letonya başkanlığındaki Konsey tarafından 14.01.2015 tarihinde bir uzlaşma teklifi sunulmuştur²⁷⁵. Bu Komisyon'un uzlaşma önerileri ile özellikle ilişkili taraf işleminin tarafı olan pay sahipleri için tartışmalı olan oydan yoksunluk konusunda bir ilerleme sağlanmıştır. Bu öneride yer alan oydan yoksunluk ile ilgili düzenlemeler neredeyse hiç değiştirilmeden Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II'ye de alınmıştır²⁷⁶. Oydan yoksunluk dışında da Letonya başkanlığındaki Konsey'in sunduğu uzlaşma önerileri,

belirleyici bir etkisinin olmayacağı hallerde kaldırılmasını önermesi ve 9c (3)'deki maddedeki birleştirme maddesini (1) fıkra kapsamındaki açıklama yükümlülüklerine genişletmeyi önermesi olarak özetlenebilir. (Bkz. Vetter, **a.g.m.**, s. 273,278; Kumpan, **a.g.e.**, s. 11.

²⁷⁵ Letonya başkanlığındaki Konsey'in 14.01.2015 tarihli ve 5215/15 sayılı uzlaşma önerisine erişim için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5215-2015-INIT/en/pdf>. Bunu 17 Mart'ta değiştirilmiş başka bir teklif izlemiştir. Letonya başkanlığındaki Konsey'in 17.01.2015 tarihli 5362/15 sayılı uzlaşma önerisine erişim için bkz <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5362-2015-INIT/en/pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2021. Letonya başkanlığındaki Konsey'in 13.03.2015 tarihinde, başka bir uzlaşma teklifi sunmuştur. Konsey'in 13.03.2015 tarihli uzlaşma önerisi için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6514-2015-REV-1/en/pdf>. Bunu 17.03.2015 tarihli değiştirilmiş başka bir teklif izlemiştir. Konsey'in 17.03.2015 tarihli uzlaşma önerisi için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7088-2015-INIT/en/pdf>. Bunu da 20.03.2015 tarihli beşinci uzlaşma önerisini izledi. Bu öneri için bkz. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7315-2015-INIT/en/pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2021. Son öneride özetle, üye devletlerin şirketlerin en geç işlemin sonuçlandığı anda ilgili taraflarla önemli işlemleri kamuya duyurmasını sağlamaları ve üye devletlerin, ilişkili tarafla işlem gerçekleştirilmeden önce yayımlanan duyuruya, azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından işlemin adil ve makul olup olmadığını değerlendiren ve dayandığı varsayımları açıklayan bir raporun eşlik etmesini sağlayabileceği, bu raporun "bağımsız bir üçüncü taraf veya şirketin idari veya denetim organı veya denetim komitesi veya çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan herhangi bir komitenin bu raporu hazırlamasının öngörülebileceği belirtilmiştir. Ancak ilişkili taraflar bu raporun hazırlanmasında yer almayacaklardır. Üye devletler, ilgili taraflarla yapılan önemli işlemlerin, ilişkili tarafın bu pozisyonundan yararlanmasını engelleyen ve pay sahiplerinin çıkarları için yeterli korumayı sağlayan prosedürlere göre genel kurul veya şirketin idari veya denetleyici organı tarafından onaylanmasını sağlayacaklardır. İlişkili taraf işleminin bir yönetici veya bir pay sahibi tarafı olması halinde, bu yönetici veya pay sahibinin oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Üye devletler, genel kurulun, şirketin idari veya denetim organı tarafından onaylanmış ilgili taraflarla önemli işlemler üzerinde oy kullanma hakkına sahip olmasını sağlayabilir.

²⁷⁶ Letonya başkanlığındaki Konsey'in ilişkili taraf işlemlerine dâhil olan pay sahiplerinin ve yöneticilerin onayını alınırken oylama ve katılım konusunda katı bir yasağa dayanması, İtalyan başkanlığındaki Konsey'in uzlaşma önerileriyle karşılaştırıldığında önemli bir değişikliktir. İtalyan başkanlığındaki Konsey'in uzlaşma önerileri, ilişkili pay sahiplerinin ve yöneticilerin raporun hazırlanmasına ve işlemlerin alışılmış piyasa davranışının değerlendirilmesine katılmalarını da yasaklamıştır. Ancak daha sonraki uzlaşma tekliflerinde eleştirileri nazara alınarak üye devletlerin ulusal yasalarının, azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çıkarlarını korumak için oylama süreci öncesinde veya sırasında geçerli olan uygun önlemleri sağlaması koşuluyla, ilgili taraf olan pay sahiplerinin oylamaya katılmasına izin verebileceği belirtilmiştir. (Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 297; Kumpan, **a.g.e.**, s. 12-13).

büyük ölçüde Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II ile eklenen 9c maddesinin son halini almasında etkili olmuştur²⁷⁷.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin önerilen bu düzenleme ile ilgili tartışmalar ve teklifler 2017 yılına kadar devam etmiştir²⁷⁸. Avrupa Konseyi nihayet 3 Nisan 2017'de Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde değişiklik yapılması önerisini oybirliğiyle kabul etmiştir. Pay sahipliği Hakları Yönergesi I'de değişiklik yapılmasını öngören 2017/828 EC sayılı Pay sahipliği Hakları Yönergesi II imzalandıktan ve AB Resmi Gazetesi'nde yayımlandıktan sonra 09.06.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁷⁹. Böylelikle AB, 2007 yılında yürürlüğe giren Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde değişiklik yaparak on yıl sonra ilişkili taraf işlemlerine ilişkin detaylı düzenleme getirmiştir. Üye devletler, 2017/828 EC sayılı Yönerge ile eklenen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümleri 10.06.2019 tarihine kadar ulusal yasalarında uygulamakla yükümlü kılınmıştır.

3. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c Maddesi

a. Düzenlemenin Uygulama Kapsamı

(1) Düzenlemenin Uygulanacağı Şirketler

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesi, kurumsal yönetim alanındaki diğer AB önlemleriyle aynı şekilde, paylarının düzenlenmiş bir piyasada işlem görmesine izin verilen şirketlere odaklanmıştır. Maddede genel olarak şirketlerden bahsedilmekte; ancak burada sadece bu yönergenin uygulandığı şirketler kastedilmektedir. Bu husus Yönerge'nin 1. maddesinin ilk paragrafında açıkça ifade edilmektedir. Anılan maddeye göre, Yönerge'nin uygulanacağı bu şirketler üye devletlerin iç hukuk hükümlerine göre borsaya kayıtlı şirketleridir. Bu şirketler için

²⁷⁷ Ungerer, **a.g.e.**, s. 297-300.

²⁷⁸ Özetle, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi, 8.07.2015 tarihinde Komisyon'un değişiklik önerisiyle birlikte Yönerge değişikliği önerisini kabul etmiştir. Değişiklik önerisi, 16.12.2016 tarihinde Daimi Temsilciler Komitesi tarafından ve 31 Ocak 2017'de Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi tarafından resmen onaylanmıştır. Daha sonra Hukuk İşleri Komitesi 9.03.2017 tarihinde buna uygun bir değişiklik sunmuştur. Avrupa Parlamentosu, 14.03.2017 tarihinde Hukuk İşleri Komitesi'nin değişikliğini kabul etmiştir. Bu sürece ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 301-307.

²⁷⁹ 2017/828 EC sayılı Yönerge için bkz. "Directive (EU) 2017/828 Of The European Parliament And Of The Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0828&from=EN>, Erişim tarihi: 20.01.2021.

ilişkili taraf işlemleri rejiminin uygulanması gerekmele birlikte, payları başka pazarlarda işlem gören şirketler veya diğer şirketler için bu rejimi uygulayıp uygulamayacağı hususu üye devletlere bırakılmıştır. Pek çok üye devlet, sadece payları borsada işlem gören şirketler yönünden bu düzenlemeyi uygularken, Fransa ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü halka kapalı olan bazı şirketlere de uygulamaktadır²⁸⁰.

(2) İlişkili Taraf Çevresi

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde ilişkili taraf kavramı tanımlanmamış, Yönerge'nin 2. maddesinin h bendinde, "ilişkili taraf" kavramının, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 1606/2002 (EC) sayılı Tüzüğü uyarınca kabul edilen IFRS ile aynı anlama geleceği ifade edilmiştir. İlişkili taraf kavramı için Yönerge'deki referans tanım IAS 24'ün 9-12. paragraflarına yöneliktir. IAS 24'te ilişkili taraf, ilişkili kişiler ve işletmeler şeklinde oldukça geniş şekilde sayılmıştır²⁸¹.

Tanımın içeriği ile ilgili olarak, üye devletlerin ulusal yasa koyucularının hareket alanı çok azdır, çünkü IAS 24 kimin ilişkili taraf olduğunu belirlemektedir. Üye devletler, İtalya CONSOB Yönetmeliği'deki gibi, temelde ulusal hukukta aynı içeriğe sahip bir tanım düzenlemeyi seçebileceği gibi Almanya'daki Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ne veya Muhasebe Yönergesi'ne doğrudan atıfta bulunmayı da tercih edebileceklerdir. Diğer taraftan Yönerge, "ilişkili taraf" teriminin Uluslararası Muhasebe Standartlarında olduğu gibi "*aynı anlama sahip olduğunu*" belirtmesine rağmen, Yönerge'nin asgari bir uyum yönergesi olması, üye devletlerin daha geniş bir tanım getirebileceği anlamına gelir. Dolayısıyla üye devletler daha geniş çevreyi içine alacak şekilde ilişkili taraf tanımı getirebilir. Örneğin Fransa'da ilişkili taraf çevresi, IAS 24'tekinden daha geniş tanımlanmıştır²⁸².

²⁸⁰ ECLE, **Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions**, ECGI Working Paper Series in Law, Law Working Paper 543/2020, September 2020, s. 17, (Çevrimiçi), www.ecgi.global/content/working-papers, 25.12.2020. (Ayrıca bkz. FTK L223-19, L225-38, L225-86, L227-10, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000029325885/2014-08-03>, Erişim Tarihi: 21.01.2021.

²⁸¹ IAS 24 (TMS 24) ile ilgili detaylı açıklamalarımız için bkz. aşağıda § 2/ I.

²⁸² Fransa'da özellikle "dolaylı menfaatler" ve oy haklarının en az % 10'una sahip hissedarlarla veya böyle bir hissedarın ana şirketi ile yapılan işlemler ilişkili taraf kapsamına dâhil edilmiştir (Fransa ile ilgili açıklamalarımız için bkz. aşağıda § 1/VIII/3).

Burada ortaya çıkan temel sorun, IAS 24'te değişiklik olması halinde IAS 24'ün hangi versiyonunun uygulanması gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle ilişkili taraf tanımı ile ilgili yapılan bu referans statik mi yoksa dinamik midir²⁸³? Bunun tamamen teorik bir sorun olmadığını, IAS 24'ün 2003 yılında AB hukukunda ilk kabul edilmesinden bu yana birkaç kez kapsamlı bir şekilde revize edilmiş olması göstermektedir²⁸⁴. Yönerge'deki atıfa bakıldığında başlangıçta statik bir referans olarak anlaşılmaktadır. Ancak bu durumda şirketler, muhasebe bağlamında ilişkili taraf düzenlemelerine göre raporlama yaparken değişiklik olması halinde Yönerge'deki düzenlemeyi uygularken farklı bir ilişkili taraf tanımı uygulamak zorunda kalabilecektir; bu ise uygulama açısından herhangi bir kolaylık sağlamayacaktır. Bu açıdan dinamik bir atıf bu sorunu önleyecektir. Bu sefer de Yönerge'nin 9c maddesi açısından endişeler ortaya çıkmaktadır. Zira IFRS, özel bir standart belirleyici olan IASB tarafından yayımlanmakta ve düzenli aralıklarla revize edilmektedir. IASB'nin, standartlarının Pay Sahipliği Hakları Yönergesi üzerindeki olası etkilerini hesaba katması pek olası değildir. Yeni veya değiştirilmiş IFRS standartları resmi olarak AB hukukunda kabul edilmesi gereklidir; ancak IFRS standartlarının kabul edilmesi olağan bir yasama usulü yoluyla değil, özel bir prosedürden önce gelen AB Komisyonu'na yetki verilmiş bir yasama işlemi yoluyla gerçekleşir. Komisyon, yeni veya değiştirilmiş muhasebe standartlarını benimseyerek böylece 9c maddesinin kapsamını – bilinçli olarak ya da bilinçli olmayarak - genişletebilmektedir²⁸⁵.

(3) İşlem Çevresi

i. Düzenleme Kapsamına Giren İşlemler

Maddede, ilişkili taraf işlemi tanımlanmamıştır. Ayrıca Yönerge'de “ilişkili taraf” teriminin tanımı için IFRS düzenlemelerine atıfta bulunulmasına karşın “işlem” teriminin tanımı için herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Bu nedenle hangi işlemlerin ilişkili taraf işlemi sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

²⁸³ Ungerer, **a.g.e.**, s. 312.

²⁸⁴ Özellikle IAS 24'te yapılan değişiklikler ilişkili taraf kapsamının daha genişlemesine yol açmıştır. Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. aşağıda § 2/I.

²⁸⁵ Ungerer, **a.g.e.**, s. 312-313.

İşlem terimi, kolayca şirket varlıklarının devri veya edinimi şeklinde anlaşılırken; “varlıklar” kavramının kapsamına ilişkin bir tartışmayı önlemek için müzakereler sırasında “önemli işlemler” (*material transactions*) ibaresi getirilmiştir. Ancak “işlem” teriminin anlamı hakkında herhangi bir tartışma yapılmamıştır²⁸⁶. Doğal olarak, varlıkların devri dışında şirketler ve ilişkili taraflar arasında gerçekleşen birçok “işlem” vardır. Bu tür işlemler, hizmet sözleşmelerini, ilişkili tarafların yükümlülüklerini, teminat sözleşmelerini veya şirket varlıklarının kullanımına ilişkin sözleşmeleri ve daha fazlasını içermektedir. Bu da Yönerge’nin ilişkili taraf işlemi için öngördüğü rejimin, özel karar verme süreci de dâhil olmak üzere, akla gelebilecek her tür işlem için geçerli olacak mı sorusunu gündeme getirmektedir. Düzenlemeden hareketle işleme bir değer atfedilebiliyorsa, bu sorunun cevabının olumlu olduğu varsayılabilir²⁸⁷.

Yönerge’nin 2. maddesinde IFRS’ye ve dolayısıyla IAS 24.9’a yapılan atıf göz önüne alındığında, işlem kavramının orada kullanılan işlem kavramına dayanması gerektiği sonucuna varılabilir²⁸⁸. Bazı üye devletlerin, işlem terimini daha somut hale getirmek için, açık bir şekilde veya dolaylı olarak IAS 24.9’da yer alan “işlem” kavramına atıfta bulundukları görülmektedir²⁸⁹. Örneğin Almanya’da ilişkili taraf işlem terimi “*bir nesnenin veya başka bir varlığın, ödeme karşılığında veya ücretsiz olarak kullanılmak üzere aktarıldığı veya kullanıma sunulduğu hukuki işlemler veya önlemler*” şeklinde tanımlanmıştır²⁹⁰. Bu tanım, IAS 24.9’daki işlem tanımı ile benzerdir. IAS 24’te de ilişkili bir tarafla yapılan işlem, genel olarak şirket ile ilişkili bir taraf arasındaki kaynakların, hizmetlerin veya yükümlülüklerin transferi olarak tanımlanmaktadır.

Pay Sahipliği Hakları Yönerge’sinde, ilişkili taraf işlemi tanımlanmasa da Yönerge’nin 9c maddesinin 1. paragrafında üye devletlerin bu maddenin amaçları doğrultusunda önemli işlemleri tanımlamaları gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, üye devletler bir işlemin ne zaman önemli olduğunu belirlemelidir. Yönerge’de üye

²⁸⁶ ECLE, **a.g.e.**, s. 12.

²⁸⁷ **A.e.**, s. 12-13.

²⁸⁸ Kumpan, **a.g.e.**, s. 15.

²⁸⁹ ECLE, **a.g.e.**, s. 19. CONSOB Yönetmeliği m. 3 (1) a).

²⁹⁰ Bkz. AktG § 111a(1).

devletlerin önemli işlemleri belirlerken uymaları gereken birtakım kriterler de düzenlenmiştir. Böylelikle üye devletler arasında bir anlamda yeknesaklık sağlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda üye devletlerin önemli işlemleri tanımlarken “*işlemlerle ilgili bilgilerin şirketin pay sahiplerinin ekonomik kararları üzerindeki etkisini ve işlemin şirket ve azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için yaratmış olduğu riskleri*” dikkate almaları gerekmektedir. İlk kriter, bilgilerin şirketin pay sahiplerinin ekonomik kararları üzerindeki potansiyel etkisidir. Bu esasen IFRS düzenlemelerinde “önemli etki” tanımı ile benzerlik göstermektedir²⁹¹. İkinci kriter ise şirketin veya ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin karşı karşıya kalacağı risklerdir. İki kriter bütün olarak ele alındığında, buradaki “önemlilik” kavramının IFRS’de öngörülen önemli etkiden farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Üye devletler ayrıca bir veya daha fazla niceliksel oran oluşturarak önemli işlemleri tanımlamakla yükümlü tutulmuştur. Önemli işleme ilişkin oran belirlerken üye devletlerin, “*şirketin sermayesi, mali durumu, geliri, varlıkları, özkaynakları dâhil sermayeye dönüştürülebilir değeri veya cirosu üzerindeki etkisini*” veya “*işlemin niteliğini ve ilişkili tarafın konumunu*” dikkate almaları şarttır. “*İşlemin niteliği ve ilişkili tarafın konumu*” , “veya” ile belirtilerek ayrı bir şart olarak öngörülmüştür. Bu açıdan üye devletler iç hukuklarında, belirli ilişkili taraflarla niceliksel kriterlere bakılmaksızın her zaman önemli kabul edilecek belirli işlem türlerini belirleyebilir. Böylelikle üye devletler, belirli ilişkili taraflarla belirli türden işlemleri her zaman önemli işlem sayarak 9c maddesindeki prosedüre tabi tutabilirken, diğer işlemler için bir veya daha fazla niceliksel eşik belirleyebilir ve bu eşiklerin aşılması halinde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanmasını öngörebilir²⁹².

Yönerge’nin. 9c maddesinin 1. paragrafının sonunda, üye devletlerin dördüncü paragrafın uygulanması için ikinci ve üçüncü paragrafların uygulanmasına yönelik olanlardan farklı önemli işlem tanımları benimseyebileceği ve bu tanımları şirket büyüklüğüne göre farklılaştırabileceği belirtilmiştir. Belirli kriterler getirilse de üye devletler 9c maddesinin uygulanması için önemli işlemleri tanımlamada ve bir oran

²⁹¹ Önemlilik değerlendirmemiz için bkz. aşa. § 3/V/A/2/b.

²⁹² Ungerer, **a.g.e.**, s. 319.

belirlemede geniş bir özgürlük alanına sahiptir. Bu açıdan üye devletler, özellikle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bu düzenlemenin uygulanmasını yumuşatmak ya da sertleştirmek için önemli bir imkâna sahip olmaktadır²⁹³. Öğretide, üye devletler işlemlerin önemliliğini farklı şekilde belirleyebilme olanağına sahip kılınması, aynı işlemin farklı üye devletlerde farklı şekilde ele alınacağına dair risk oluşturmaları nedeniyle eleştirilmiştir²⁹⁴. Bunun üye devletlere kendi iç hukuklarındaki ihtiyaca göre düzenleme getirme yetkisi tanındığı anlamına geldiği, böyle bir farklı bir düzenleme ihtiyacı ve durumu kabul edilirse, Avrupa çapında bir yasal düzenleme gerektirecek tek tip bir düzenleme ihtiyacının olmadığı anlamına gelebileceğine işaret edilmiştir²⁹⁵. Gerçekten de üye devletlere bakıldığında önemli işlemle ilgili bir yeknesaklık sağlanamamış olduğu ve birbirinden farklı oranlarda önemli işlem kapsamının belirlenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin Fransa’da, önemli işlem belirlenmemiş, belirlenen ilişkili taraflarla yapılan işlemler önemli işlem olarak atfedilmiştir.

ii. Muaf Tutulan İşlemler

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nin 9c maddesinde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanmayacağı haller sıralanmıştır.

Muaf tutulan ilk işlem, piyasa şartlarında gerçekleştirilen işlemlerdir. İlişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün, ticari hayatın olağan iş akışı içinde girilen ve normal piyasa şartlarında sonuçlandırılan işlemlere uygulanmayacağı, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/5’te belirtilmiştir. Bu işlemler, şirketlerin ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerini zedelemeyeceği için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün işletilmesi gerekli görülmemiştir. Ancak üye devletler, bu tür ilişkili taraf işlemlerinin maddede öngörülen açıklama, değerlendirme veya onay gerekliliklerine tabi olmasını şart koşabilirler. Bu husus da maddenin beşinci fıkrasının son paragrafında açıkça ifade edilmiştir. Bu muafiyetin varlığı iki koşulun kümülatif olarak bulunmasına bağlanmıştır²⁹⁶. Öncelikle işlem normal iş akışı içinde olmalıdır ve ayrıca bu işlemin normal piyasa koşullarında gerçekleştirilecek olması

²⁹³ ECLE, **a.g.e.**, s. 13.

²⁹⁴ Kumpan, **a.g.e.**, s. 17.

²⁹⁵ **A.e.**

²⁹⁶ Ungerer, **a.g.e.**, s. 322.

gerekmektedir. Bu tür işlemler için şirketin yönetim veya gözetim organı, bu koşulların yerine getirilip getirilmediğini periyodik olarak değerlendirmek için bir iç prosedür oluşturmakla yükümlüdür. Bu iç kontrolün sağlanması ve usulü ile ilgili bir düzenleme ise mevcut değildir. Ancak ilişkili taraf, bu değerlendirmeyi yapacak organlarda yer alıyorsa ilişkili taraflar bu değerlendirmeye katılamayacaktır. Burada o işlem özelinde ilişkili taraf sayılanlar değerlendirmeye katılamaz, aksi halde çoğu yönetici ilişkili taraf sayılacağı için değerlendirme yapılması mümkün olmaz. Bu muafiyet, işlerin olağan seyrini veya pazar koşullarını geniş bir şekilde ele alarak şirketlere ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeden kaçınmaları için biraz alan sağlamaktadır²⁹⁷.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/6'da, üye devletlere, bu fıkarda sayılan işlemleri prosedürün uygulanmasından muaf tutma imkânı tanımıştır. Maddede sayılan beş işlem kategorisinin hepsini veya bir kısmını seçip muafiyet tanıma ya da hiçbir işlem kategorisinde muafiyet tanımama serbestisi tamamen üye devletlere bırakılmıştır.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin altıncı fıkrasında muafiyet imkânı tanınan işlemler şunlardır:

“(a) şirketin, tamamına sahip olunması şartıyla bağlı ortaklıkları ile yapmış olduğu işlemler, şirketin diğer ilişkili tarafının bağlı ortaklıkta hiçbir menfaati bulunmadığı veya üye devletlerin ulusal kanunlarında şirketin, bağlı şirketlerinin ve onların (hem şirketin hem bağlı şirketlerinin) azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin bu tür işlemlerde çıkarlarının yeterli şekilde korunmasını sağlanması şartıyla şirket ile bağlı şirketleri arasında yapılan işlemler²⁹⁸;

(b) Ulusal kanunlarda bütün pay sahiplerine eşit muamele sağlayan ve şirketin ve azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerinin özel olarak ele alınması ve yeterince korunması koşuluyla, iç hukukun genel kurul tarafından onaylanmasını gerektirdiği açıkça tanımlanmış işlem türleri²⁹⁹;

²⁹⁷ ECLE, **a.g.e.**, s. 14.

²⁹⁸ Grup hukuku ile ilgili olarak, üye devletlerin şirketler grubu içindeki işlemleri istisna tutmalarına olanak tanımıştır. Ancak bunun ön koşulu, ilgili grup üyelerinin tamamen şirketin elinde olmasıdır. Bu, sorunlu bir çıkar çatışmasının tehdit oluşturmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle şirketin diğer ilişkili tarafının bağlı ortaklıkta hiçbir menfaati bulunmadığı durumların istisna sayılması, bağlı şirketlerde yatırım yoluyla varlıkların devrinden hiçbir ilişkili tarafın yararlanamayacağı durumunda, şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin aleyhine bir risk olmayacağı için öngörülmüştür. (Bkz. Kumpan, **a.g.e.**, s. 20). Türk hukukunda ise böyle bir muafiyet tanınmamıştır.

²⁹⁹ Bu konuda Türk hukukunda doğrudan bir istisna tanınmamıştır.

(c) Madde 9a'ya göre yöneticilere verilen veya ödenecek ücretler³⁰⁰ veya bu yönetici ücretlerinin belirli unsurlarına ilişkin işlemler;

(d) Birlik hukuku anlamında ihtiyatlı denetimden sorumlu yetkili merci tarafından kabul edilen; istikrarlarını korumayı amaçlayan tedbirler temelinde kredi kuruluşları tarafından girilen işlemler;

(e) Bütün pay sahiplerine eşit muamelenin ve şirketin menfaatlerinin korunmasının sağlandığı aynı koşullarda bütün pay sahiplerine sunulan işlemler”.

Komisyon'un 2014 yılındaki önerisine göre oldukça kapsamlı bir muafiyet tanındığı görülmektedir. Zira bu öneriye göre tanınan muafiyet sadece şirketin tamamına sahip olunması şartıyla bağlı ortaklıkları ile yapmış olduğu işlemler yönünden geçerliydi. Ayrıca ticari hayatın olağan iş akışı içinde girilen ve normal piyasa şartlarında sonuçlandırılan işlemlere uygulanmayacağına ilişkin bir muafiyete de yer verilmemiştir³⁰¹.

b. Koruma Mekanizması

(1) Kamuya Açıklama Gereklilikleri

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin ikinci fıkrasında, üye devletlerin şirketlerin ilişkili taraflarla önemli işlemlerini en geç işlemin sonuçlandırılması sırasında kamuya duyurmasını sağlamaları öngörülmüştür. Bu düzenleme ile ilişkili taraflarla yapılan önemli işlemlerin kamuya açıklanması sağlanmak istenmiştir.

Hükme göre, duyurunun işlem sonuçlandırılmadan önce yapılması gerekmektedir³⁰². Burada, bu hükmün işlemin onaylanmadan önce ilan edilmesi gerekip gerekmediği anlamına gelip gelmediği konusunda bazı belirsizlikler vardır. Eğer onaydan önce açıklanacaksa, kontrol gücü olmayan pay sahiplerinin, onay kararından önce potansiyel olarak olumsuz tepki vermek için biraz zamanları olacaktır. Onay ve duyuru aynı zamanda yapılırsa, bu imkân mevcut olmayacaktır³⁰³. Alman öğretisinde, duyurunun yapılma zamanının işlemin onaya tabi olup olmamasından ve

³⁰⁰ Burada yöneticilere tanınan mali haklar da dâhil olmak üzere ödenen tüm ücretler kastedilmektedir. Bu muafiyet Türk hukukunda da kabul edilerek, şirketlerin yöneticilerin ücretlerine ve mali haklarına ilişkin ödemeler kapsam dışında tutulmuştur.

³⁰¹ Diğer yandan muafiyete ilişkin düzenlemenin genel itibarıyla İtalya başkanlığındaki Komisyon'un önerileri doğrultusunda revize edildiği anlaşılmaktadır.

³⁰² İtalya'da bu duyurunun, işlemin sonuçlandığı tarihte değil, işlemin tamamlanmasından sonraki yedi gün içinde yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Bu yönüyle İtalya düzenlemesi 9c/2'den ayrılmaktadır. (Bkz. ECLE, **a.g.e.**, s. 29).

³⁰³ ECLE, **a.g.e.**, s. 28.

eğer tabi ise önceden onaylayıp onaylanmadığından bağımsız olduğunu ifade edenler olduğu gibi³⁰⁴, önce açıklanması gerektiğini söyleyenler de bulunmaktadır³⁰⁵.

Duyurunun içermesi gereken asgari hususlar da maddede belirtilmiştir. Buna göre, duyuruda asgari olarak *“ilişkili taraf ilişkisinin niteliği, ilişkili tarafın adı, işlemin tarihi ve değeri hakkında bilgiler ve şirket ve azınlık pay sahipleri dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için işlemin adil ve makul olup olmadığı değerlendirmeleri için gerekli olan diğer bilgiler”* yer almalıdır. Asgari hususlarda, *“şirket ve azınlık pay sahipleri dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için”* ifadesi geçse de bu açıklama gerekliliği, sadece şirketi ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerini korumayı değil, aynı zamanda alacaklıların, çalışanların ve diğer menfaat gruplarının şirketin mali durumu hakkında bilgi edinme imkânını artırmayı amaçlamaktadır³⁰⁶.

Hükümde asgari içerik belirtilse de bu duyurunun nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Bu açıdan üye devletler, açıklamayı nasıl yapacaklarına kendileri karar vereceklerdir. 2017/828 sayılı Yönerge’nin 44. maddesinde ise bu tür işlemlerin örneğin bir şirketin internet adresinde veya kolayca erişilebilen diğer yollarla kamuya açıklanabileceği belirtilmiştir. Bu da üye devletler için yol gösterici niteliktedir.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/7’de ise şirketlerin, şirketin ilişkili tarafı ile o şirketin bağlı şirketleri arasında yapılan önemli işlemlerin kamuya açıklanması düzenlenmiştir. Payları borsada işlem gören şirketin, ilişkili taraf işlemlerine ek olarak, bağlı şirketleri ile bu şirketin ilişkili taraflarıyla yapılan önemli işlemlerin de açıklanması gerekmektedir. Ancak bu düzenlemede açıklamanın asgari hususları sayılmadığı gibi ikinci fıkraya da atıfta bulunulmamıştır. Bu açıdan bağlı şirketlerle ilgili bu açıklama gerekliliğinde, ikinci fıkrada öngörülen asgari hususların mı uygulanacağı yoksa bundan bağımsız bir açıklama yükümlülüğü mü getirilmek istendiği anlaşılamamaktadır³⁰⁷.

Yönerge’nin 9c maddesinin dokuzuncu fıkrasında burada öngörülen açıklama gereklerinin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 596/2014 Sayılı Tüzüğü’nün 17.

³⁰⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 334.

³⁰⁵ Uwe Hüffer, Jens Koch, **Aktiengesetz**, 14. Auflage C. H. Beck, 2020, AktG § 111c, Rn 2.

³⁰⁶ Bkz. 2017/828 sayılı Yönerge m. 44.

³⁰⁷ Bu yöndeki eleştiri için bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 335-336.

maddesinde atıfta bulunulan içeriden bilgilerin kamuya açıklanmasına ilişkin kurallara (bilgi suiistimali) engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla 596/2014 sayılı Tüzük'te atıfta bulunulan içeriden bilgi açıklama yükümlülüğü, ilişkili taraf işlemleri için Yönerge'nin 9c maddesi uyarınca açıklama yapılıp yapılmadığından bağımsız olarak geçerliliğini korumaktadır.

(2) İşlemin Adil ve Makul Olduğuna Dair Rapor Alınması

Yönerge'nin 9c maddesinin üçüncü fıkrasında, üye devletlerin, işlemin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından adil ve makul olup olmadığını değerlendiren bir raporun düzenlenmesini şart koşabileceği belirtilmiştir. Bu raporda, ayrıca değerlemenin dayandığı varsayımları ve kullanılan değerlendirme yöntemlerinin de belirtmesi ve açıklanması gerekmektedir. Bu rapor gerekliliği, Komisyon'un ilk önerisinde zorunlu bir şart olarak öngörülmekteydi. Komisyon'un ilk orijinal taslağında, başlangıçta bağımsız bir uzmanın rapor hazırlaması şart koşulmuşken, mevcut düzenlemede üye devletlere birkaç seçenek sunulmuştur³⁰⁸. Burada işlemin adil ve makul olduğuna ilişkin bir değerlendirme raporu alınması şart koşulmamış, üye devletlere inisiyatif tanınarak dilerlerse rapor yükümlülüğü öngörebilecekleri belirtilmiştir.

Rapor yükümlülüğü getirilmesi halinde, bu raporu hazırlayacaklar da belirtilmiştir. Rapor *“(a) bağımsız bir üçüncü taraf; (b) şirketin yönetim veya gözetim organı; (c) denetim komitesi veya çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan herhangi bir komite”* tarafından hazırlanabilecektir. Üye devletler, bu üç seçenekten birini tercih ederek raporu kimin hazırlayacağını belirlemelidir. İlişkili tarafların bu raporun hazırlanmasında yer alması yasaklanmış ve üye devletler bunu sağlamakla yükümlü kılınmışlardır.

Yönerge'nin 9c maddesinin yedinci fıkrasında, üye devletlere şirketin ilişkili taraflarıyla bağlı şirketleri arasında gerçekleştirilen önemli işlemleri için de işlemin adil ve makul olduğuna dair rapor alınmasını öngörme serbestisi tanınmıştır. Ancak bu maddede, üçüncü fıkradaki gibi raporu hazırlayacak kişiler belirtilmemiştir. Ayrıca bu maddede, üçüncü fıkraya da atıfta bulunulmamıştır. Dolayısıyla üçüncü fıkraya

³⁰⁸ Bu seçeneklerin İtalya başkanlığındaki komisyonun önerileri olduğu görülmektedir.

paralel bir rapor hazırlanması mı gerekeceği hususu belirsizdir³⁰⁹. Fıkranın son cümlesinde maddenin beşinci ve altıncı fıkralarında belirtilen muafiyetlerin bu paragrafta belirtilen işlemlere de uygulanacağı ifade edilmiştir.

(3) İşlemin Onaylanması

Yönerge'nin 9c maddesinin dördüncü fıkrasında işlemin onay safhası düzenlenmiştir. Üye devletler, *“önemli ilişkili taraf işlemlerinin ilişkili tarafın konumundan yararlanmasının engellenmesini ve şirketin ve azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatleri için yeterli korunabilmesi için şirketin genel kurulu veya yönetim veya gözetim organı tarafından onaylanmasını”* sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca üye devletler, şirketin yönetim veya gözetim organı tarafından onaylanan önemli ilişkili taraf işlemlerini genel kurulun da onaylamasını öngörebilecektir. Görüldüğü gibi işlemi onaylama yetkisini yönetim veya gözetim organına tevdi etme imkânı getirilerek, Komisyon tarafından önerilen ve ardından ağır eleştirilere maruz kalan onaylama yetkisinin tek başına genel kurula bırakılmasından vazgeçilmiştir³¹⁰.

Böylelikle üye devletler üç prosedürden birini seçip uygulama inisiyatifine sahip kılınmıştır: *“(1)genel kurulun onayı, (2) yönetim veya gözetim organının onayı, (3) yönetim veya gözetim organının onayı ve genel kurulun müteakip onayı”*.

Üye devletler, önemli ilişkili taraf işleminin genel kurul tarafından mı, yönetim veya gözetim organı tarafından mı yoksa yönetim veya gözetim organının onaylamasının ardından genel kurul tarafından mı onaylanması gerektiğine kendileri karar vereceklerdir. Yönerge'nin 9c maddesinin dördüncü fıkrasında, üçüncü fıkrada işlemin adil ve makul olduğuna dair rapor alınmasında öngörüldüğü gibi *“bağımsız bir üçüncü taraf ile denetim komitesi veya çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan herhangi bir komite”* tarafından işlemin onaylanmasına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu açıdan üçüncü fıkrada öngörülen bu imkânların onay safhasında tanınmamış olduğu görülmektedir³¹¹. Dolayısıyla onay safhası için şirketin yönetim, gözetim ve genel kurul organları yetkili kılınmıştır.

³⁰⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 338.

³¹⁰ Kumpan, **a.g.e.**, s. 18.

³¹¹ Öğretide, bu yaklaşım olumlu karşılanmıştır (Bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 339-340).

Bu onay safhalarında, ilişkili taraf olan pay sahibi ya da yöneticiler kural olarak oy kullanamayacaktır. Maddedeki ifadeden kendilerinin işleme dâhil olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm ilişkili taraflar için bu yasağın öngörüldüğü sonucu çıkmaktadır. Ancak hükmün anlamı ve amacı gereği, ilgili işleme dâhil olan ilişkili taraflarla sınırlı olarak yorumlanmalı ve oy yasakları da o işlem özelinde işlemin tarafları yönünden değerlendirilmelidir. Çünkü prosedürün uygulanması gereken çıkar çatışması sadece bu durumda belirli işlem için mevcuttur³¹².

İlişkili taraf olan pay sahiplerine belirli koşullarda oy kullanma olanağı tanınmıştır. Bu düzenlemede Letonya başkanlığındaki Komisyon'un önerisinin nazara alındığı görülmektedir. Üye devletlere ulusal hukuklarında, şirketin ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çıkarlarını korumak için oylama süreci öncesinde veya sırasında geçerli olan uygun önlemlerin sağlanması koşuluyla, ilişkili taraf olan pay sahiplerinin oylamaya katılmasına olanak sağlanmıştır. Ancak bunun için önlemlerin sağlanmasının yanı sıra ilişkili taraf işleminin, diğer pay sahiplerinin çoğunluğunun muhalif görüşüne veya bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun muhalefetine rağmen onaylanamıyor olması gereklidir. Bu oldukça belirsiz bir hükümdür. Değişiklik Yönergesi'nin 43. maddesinde azınlığa uygun güvenceler sağlanması koşuluyla, örneğin işlemlerin onaylanması için daha yüksek bir çoğunluk eşiği öngörülmesi gibi, ilişkili taraf olan pay sahiplerinin oylamaya katılmasına izin verme olanağının verilebileceği belirtilmiştir. Burada genel kurul onayı için nisabın ağır olması örneği verilmiştir. Ancak genel kurul onayında nisabın ağır olması, ilişkili tarafın oydan yoksun bırakılmasının etkin bir işlevsel ikame olup olmadığı, onay alınması için gerekli üstünlüğün büyüklüğüne ve ilişkili taraf olan pay sahibine bağlıdır³¹³.

(4) On İki Aylık Dönemde veya Aynı Mali yıl İçinde Gerçekleştirilen İşlemler için Öngörülen Koruma Mekanizması

Yönerge'nin 9c maddesinin sekizinci fıkrasında üye devletlerin herhangi bir on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde gerçekleştirilen ve ilişkili taraf işlemleri

³¹² Kumpan, **a.g.e.**, s. 19-20.

³¹³ ECLE, **a.g.e.**, s. 16.

için öngörülen yükümlülüklerle tabi olmayan aynı ilişkili tarafla gerçekleştirilen önemsiz işlemlerin bu amaçlara uygun olarak bir araya toplanmasını sağlayacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme, on iki aylık dönemde ya da aynı mali yıl içinde gerçekleşen her biri ayrı ayrı değerlendirilen önemsiz işlemlerin birlikte esas alınarak kabul edilebileceği ve bu nedenle 9c maddesinin gereklilikleri kapsamında olması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Böylelikle bazı önemli işlemlerin bölünerek ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün dolanılması önlenmek istenmiştir.

Birleştirmenin ne şekilde ve hangi sonuçlarla ayrıntılı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği tamamen belirsizdir. Birleştirme sonucunda, Yönerge'nin 9c maddesinde öngörülen prosedüre tabi olan işlemlerin “tükenmiş” sayılıp sayılmayacağı ve gelecekte artık hesaba katılmasının gerekip gerekmediği veya münferit olarak buradaki şartlara tabi olmayan tüm işlemlerin birleştirme döneminde eklenip eklenmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çok önemli farklılıklara yol açacaktır; çünkü ilk durumda sayaç sıfırlanacak, ikinci durumda ise dönem içindeki her bir sonraki işlem eşik değerinin aşılmasına yol açacaktır. Ayrıca açıklama yükümlülüğü, değerlendirme raporu alınması ve onay alınması koşuluna göre birleştirmenin ayrıca yapılması gerekip gerekmediği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bunun muhtemelen olumlu olarak yanıtlanması gerekecektir; aksi takdirde açıklama yükümlülüğü için eşik değeri tek tek aşan işlemler, onay için gerekli olan - *muhtemelen daha yüksek* - eşik değeri bütün işlemler birleştirilmediği zaman aşamayacaktır³¹⁴.

c. Öngörülen Yaptırımlar

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde hususi olarak 9c maddesinin ihlali için bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak Yönerge'nin 14b maddesinde üye devletler, bu Yönerge uyarınca kabul edilen ulusal hükümlerin ihlalleri için uygulanacak tedbirler ve cezalara ilişkin kuralları belirlemek ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Üye devletlerce öngörülecek önlem ve cezaların, etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği de belirtilmiştir. Elbette ki bu madde 9c maddesinin uygulanması açısından da geçerlidir. Böylelikle 9c maddesinin ihlaline ilişkin yaptırımların “*etkili, orantılı ve caydırıcı*” olmak şartıyla

³¹⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 320-321.

belirlenmesi ve bu yaptırımların uygulanmasının sağlanması üye devletlere bırakılmıştır.

Üye devletlerin iç hukuklarında, şirket ile yöneticiler arasındaki çıkar çatışmaları, yeni bir konu olmadığı için yöneticilerin sorumluluğu gibi ilişkili taraf işlemlerinin de dâhil edilebileceği yaptırımlar zaten bulunmaktadır. Bu açıdan ilişkili taraf işlemleriyle ilgili uygulanan genel itibariyle potansiyel olarak iki dizi ulusal yaptırım bulunmaktadır. İlki esas olarak işlemin geçerliliği ve yöneticilerin ve diğer kişilerin şirkete karşı sorumlulukları ile ilgili olarak şirketler hukuku kapsamında öngörülen yaptırımlardır. Diğerisi ise menkul kıymet düzenlemeleri kapsamında getirilen kurallara uyulmaması nedeniyle genellikle yöneticilere ve ihraççılara uygulanan idari yaptırımlardır³¹⁵.

B. ALMAN HUKUKUNDA

Alman hukukunda ilişkili taraf işlemine ilişkin düzenlemeler, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'na ("Aktiengesetz", "AktG" olarak anılacaktır), Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin ulusal hukuka uygulanması gerekliliğine istinaden getirilmiş ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümler AktG § 111a-111c maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ne paralel olarak sadece payları borsada işlem gören şirketler için uygulanacağı öngörülmüştür³¹⁶.

Alman hukukunda "ilişkili taraf" kavramı tanımlanmamıştır; ancak kavramın Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilen ve hâlihazırda geçerli olan IAS 24 ile aynı anlamda kullanıldığı ifade edilmiştir³¹⁷. Bu nedenle ilişkili taraf kavramı IAS 24'e göre tespit edilmektedir. Buna karşın "ilişkili taraf işlemi" kavramı AktG § 111a(1)'da tanımlanmıştır. Buna göre, ilişkili taraflarla yapılan işlemler, "*bir şeyin veya diğer bir varlığın bir bedel karşılığında veya ücretsiz olarak aktarıldığı veya kullanıma sunulduğu*

³¹⁵ ECLE, a.g.e., s. 37.

³¹⁶ Alman öğretisinde, AktG § 111a-111c hükümlerinin sadece borsada işlem gören şirketler için uygulanması ve grup şirketleri için kapsamlı istisnalar öngörülmesi nedeniyle ilişkili taraf işlemlerinin uygulama kapsamının çok dar tutulduğu eleştirisi getirilmiştir (Bkz. Gerald Spindler, Andreas Seidel, **BeckOGK Aktiengesetz**, München, Verlag C. H. Beck 2020, AktG § 111a Rn. 1).

³¹⁷ Bkz. AktG § 111a (1) 2.

ilişkili taraflarla yürütülen hukuki işlemler veya tedbirlerdir”. Tanımın IAS 24’teki gibi geniş ele alındığı görülmektedir.

İlişkili taraf işlemlerini onaylama prosedürü, AktG § 111b hükmünde düzenlenmiştir. Onay gerekliliği, sadece maddede belirtilen eşik değerleri aşan işlemler için getirilmiştir. İlişkili taraflarla yapılan muafiyet kapsamında olan veya eşik değeri aşmayan işlemler için onay zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir işlemin onay gerekliliğine tabi olması için o işlemin ekonomik değerinin en son onaylanan yıllık mali tablolar ve Alman Ticaret Kanunu (“*Handelsgesetzbuch*”) § 266 (A,B) uyarınca, şirketin sabit ve cari varlıklarının toplamının % 1,5’ini aşması gerekmektedir³¹⁸. Bu eşik hesaplanırken, işlem tamamlanmadan önce aynı ilişkili tarafla yapılan mali yıl içindeki tüm işlemlerin toplanması da gerekmektedir. Bu toplamada eşik değeri aşılsa son işlem için onay prosedürü işletilmelidir.

Onay prosedürü iki organ için aşamalı olarak öngörülmüştür. İlk olarak onaylama işleminin, işlem tamamlanmadan önce gözetim kurulu ya da AktG § 107 (3) uyarınca atanacak gözetim kurulu komitesi tarafından yapılması gerekmektedir³¹⁹. İlişkili taraf olarak işleme dâhil olan veya ilişkili kişi ile ilişkileri nedeniyle çıkar çatışmasından endişe duyulan gözetim kurulunun üyeleri oy kullanamazlar³²⁰. Komite kurulması, gözetim kurulunun takdirine bırakılmıştır. Gözetim kurulu, AktG § 107 (3) hükmü³²¹ kapsamında bir komite oluşturmaz ise ilişkili taraflarla önemli işlemleri onaylama yetkisi gözetim kurulunda olur. Ancak belirtelim gözetim kurulu, ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek önemli işlemleri onaylamak için AktG § 107 (3) uyarınca bir komite kurarsa, bu komite yalnızca bir danışma işlevine sahip olarak kalmamakta, aynı zamanda bağımsız olarak işlemin onaylanmasına karar verebilmektedir³²². Ancak

³¹⁸ Bkz. AktG §111b(1). Grup şirketlerinde hesaplamanın ne şekilde yapılacağı ise AktG §111b(3)’de açıklanmıştır. Ayrıca eşik değerin hesaplanması ve bu konudaki eleştirilerle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111b Rn. 2-7,12). Bu eşik tasarıda ilk olarak % 2.5 olarak belirlenmiş ve daha sonra 1,5’a indirilmiştir (Bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 349-350).

³¹⁹ Bkz. AktG §111b(1).

³²⁰ Bkz. AktG § 111b (2).

³²¹ AktG §107 maddenin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde gözetim kurulunun § 111b(1) uyarınca bir komite atayabileceği ve atayacağı komitede ilişkili taraf teşkil olan üyelerin yer almaması gerektiği düzenlenmiştir.

³²² Tasarı metninde, komitenin karar için gözetim kuruluna bir teklif sunabileceği ancak karar verme yetkisinin § 107(3) uyarınca komiteye devredilemeyeceği yer alıyordu. Ancak Kanun yasalaşırken komitenin yetkisi değiştirilerek, komiteye de onaylama yetkisi verilmiştir (Tasarıdaki düzenleme için

mutlaka ilişkili taraf işlemlerinin onayı için bu komitenin kurulması gerekmemektedir; bu görev mevcut bir komiteye de verilebilir. Bununla birlikte gözetim kurulu, geçici veya kalıcı bir komite oluştursa da istediği zaman onay verme yetkisini komiteden geri alabilir³²³.

Gözetim kurulu ya da gözetim kurulu tarafından oluşturulan komite tarafından işlem onaylanırsa başkaca bir onaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Eğer gözetim kurulu, işlemi onaylamazsa, yönetim kurulunun talep etmesi durumunda genel kuruldan onay alınması gerekir³²⁴. İkinci onay aşaması olarak genel kurulun onayı öngörülmüştür. Ancak genel kurulun onayı, sadece gözetim kurulunun işlemi onaylamaması ve yönetim kurulunun genel kurulun onayının alınmasını talep etmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu halde de işleme dâhil olan ilişkili tarafların genel kurulda karar alındığında kendileri veya başkası adına oy kullanmaları mümkün değildir³²⁵.

Onaylama gerekliliğine uyulmaması, işlemin geçersizliğine yol açmamaktadır. İlişkili taraflarla yapılan önemli işlemlerin dış ilişkideki geçerliliği, onayın eksik yapılması veya reddedilmiş olmasından etkilenmez. Bu sonuç, aynı zamanda iç ilişkilerdeki eksikliklerin dış ilişkilerde temsil gücünü etkilemeyeceği genel ilkesine de karşılık gelmektedir³²⁶.

AktG § 111c (1)'de, açıklama yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre, § 111b uyarınca onay gerektiren ilişkili taraflar işlemlerine ilişkin bilgiler derhal açıklanmalıdır. Ancak işlemin onaylama gerekliliği için öngörülen eşik § 111b (1) uyarınca aynı taraflarla yapılan birkaç işlemin toplanması ile aşılmışsa, bu durumda toplanan bütün işlemlerin açıklanması gerekir. Böylelikle birleştirme durumunda açıklama yükümlülüğü, § 111b (1) hükmünden farklı olarak sadece nihai olarak eşik değerini aşan son işlem için değil birleştirmede dikkate alınan bütün işlemler için öngörülmüştür. Bu kapsamda, münferit olarak değerlendirilen şirketin sabit ve cari varlık toplamının % 1,5'i eşik değerine ulaşmayan işlemler toplanmalı ve eşik değerini birlikte aşmaları halinde bütün işlemlere ilişkin bilgilerin açıklanması gerekmektedir.

bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 359).

³²³ Komite ilgili açıklamalar için bkz. BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111b Rn. 15-18.

³²⁴ Bkz. AktG § 111b (4).

³²⁵ Bkz. AktG § 111b (4).

³²⁶ BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111b Rn. 30-31.

Açıklama yükümlülüğünün kural olarak işlem onaylandıktan sonra yapılması gerekir. Keza § 111b'ye göre onayın işlem tamamlanmadan önce alınması gerektiğinden, açıklama gerekliliği de en erken onay verildikten sonra yerine getirilebilir. Bu bağlamda Kanun, ilişkili tarafla yapılan bir işlemin aslında ancak onay verildikten sonra sonuçlandığını varsaymaktadır. Böylece onay verilmeden önce genellikle açıklama yükümlülüğü bulunmaz. Ancak onay gerekliliği yerine getirilmeden işlem yapılmış ise bu durumda açıklama gerekliliğinin yine de yerine getirilmesi gerekir³²⁷.

Açıklamanın, ilişkili taraf işleminin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından uygun olup olmadığını değerlendirmek için gerekli tüm önemli bilgileri içermesi gerekir³²⁸. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ndeki düzenlemeye paralel olarak bu açıklamanın en azından ilişkili taraflarla olan ilişkinin niteliği, ilişkili tarafların isimleri ve işlemin tarihi ve değeri hakkında bilgiler içermesi aranmaktadır³²⁹.

Açıklamanın kamuoyunun bilgiye kolay erişimini sağlayacak şekilde yapılması gereklidir³³⁰. Madde gerekçesinde, açıklanacak bilginin olabildiğince hızlı ve güvenilir bir şekilde sağlanması amacı doğrultusunda, şirketin internet sitesinde işlemlerin sadece pasif olarak gösterilmesinin yeterli olmayacağı, bunun yerine şirketlerin muhataplarını aktif olarak bilgilendiren aracı seçmesi gerektiği ifade edilmiştir³³¹. Bu amaçla, sadece gerekli bilgilerin şirketin internet sayfasında yayımlama yaklaşımı benimsenmemiş ve maddede ayrıca 13 Aralık 2004 tarihli

³²⁷ A.e., AktG § 111c Rn 8.

³²⁸ Bkz. AktG § 111c (2).

³²⁹ Madde gerekçesinde, bu bilgilerin örnek niteliğinde belirtildiği, ayrıntılı olmadığı ve işlemin uygun olup olmadığını değerlendirmek için gerekli olabilecek diğer bilgileri ve işlemin kısa bir açıklamasını ve hukuki işlemler söz konusu olduğunda performans ve değerlendirmeye ilişkin bilgileri ve diğer tedbirler durumunda işlemin avantaj ve dezavantajlarına ilişkin bilgileri içerebileceği belirtilmiştir. (Bkz. AktG § 111c (2) gerekçesi, "*Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, (Drucksache 19/9739), s. 86-87*", <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/097/1909739.pdf>, Erişim Tarihi: 01.02.2021). Örneğin bu kapsamda, bir sözleşmenin belirli hükümleri, yalnızca sürenin tek tarafı olarak uzatılması olasılığı, sözleşmeye bağlı cezalar ve belirli bir münferit vakada uygunluğun değerlendirilmesi üzerinde bir etkiye sahip olmaları halinde risklerin veya maliyetlerin olağandışı dağılımı gibi istisnai durumların açıklanması gerekir (Bkz. Martin Henssler, Lutz Strohn, Nikolaos K. Paschos, *Gesellschaftrecht*, 5. Auflage, München, Verlag C.H. Beck OHG, 2021, AktG § 111c Rn. 9).

³³⁰ Bkz. AktG § 111c (2).

³³¹ Bkz. Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, s. 86.

WpAV³³² § 3a hükmünün 1. ve 4. paragraflarında belirtilen ilgili düzenlemelerine atıfta bulunulmuştur. Böylelikle açıklamanın WpAV düzenlemelere uygun olarak yapılması yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca maddede, yayımlanan bilgilerin kolay erişilebilirliğini sağlamak ve daha iyi bir genel bakış sağlamak için bilgilerin şirketin web sitesinde en az beş yıllık bir süre için kamuya açık tutulması şart koşulmuştur³³³.

AktG § 111c (3)'de, ilişkili taraf işleminin Pazarın Kötüye Kullanımı Tüzüğü ("Marktmisbrauchsverordnung", bundan böyle "MMVO" olarak anılacaktır) m. 17 anlamında içsel bilgilerin kamuya açıklanması (Insiderinformationen) kapsamına girmesi halinde açıklama gerekliliği konusunda bazı değişiklikler öngörülmüştür³³⁴. Açıklanması gereken ilişkili taraf işlemlerinin çoğu, MMVO m. 17 uyarınca içsel bilgilerin kamuya açıklanması yükümlülüğü ile çakışabilmektedir. Bu hallerde, bu hükme uygun olarak açıklanması gereken bilgilerin MMVO uyarınca yapılması gereken açıklama yükümlülüğüne dâhil edilerek tek bir açıklama yapma yükümlülüğü getirilmiştir³³⁵. Diğer bir ifadeyle bu hallerde, AktG § 111c uyarınca açıklanması gereken bilgilerin MMVO m. 17 kapsamındaki açıklama yükümlülüğüne entegre edilerek, MMVO uyarınca tek bir açıklama şeklinde yapılması gerekmektedir. Böylece şirketler gereksiz iki ayrı benzer açıklama yapma yükümlülüğünden kurtarılmıştır. Bu durumda, MMVO'nun 17. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının birinci cümleleri kapsamındaki yükümlülükler uygulanır³³⁶.

³³² "Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz (Wertpapierhandelsanzeigeverordnung" WpAV diye anılmaktadır, (Menkul Kıymetler Alım Satım Kanunu Kapsamındaki İlan, Bildirim ve Açıklamama Yükümlülüklerinin Belirtilmesine İlişkin Yönetmelik)

³³³ Bkz. Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, s. 87.

³³⁴ MMVO m. 17 hükmü, "içeriden öğrenenlerin ticareti, içsel bilgilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ve piyasa manipülasyonu (piyasa kötüye kullanımı) hakkında ortak bir düzenleyici çerçeve oluşturmanın yanı sıra, Birlik içinde finansal piyasaların bütünlüğünü sağlamak ve yatırımcıların korunmasını ve güvenini artırmak için piyasa suistimalini önlemek" amacıyla çıkarılan Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 596/2014 sayılı Yönergesi'ndeki 17. maddeye karşılık gelmektedir. Bu madde, içerideki bilgilerin kamuya açıklanması gerekliliğini düzenlemektedir. (Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 596/2014 sayılı Yönerge'si için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=celex%3A32014R0596>, Erişim Tarihi: 01.02.2021). Ayrıca MMVO m. 17 için bkz. <https://www.mmvo.de/MMVO-Text/Art-17-Veroeffentlichung-von-Insiderinformationen/>, Erişim Tarihi: 01.02.2021.

³³⁵ Bkz. Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, s. 87.

³³⁶ Anılan fıkralarda hassas bilgilerin açıklanmasının ertelenebileceği haller düzenlenmektedir.

AktG § 111c (4)'de, açıklama gerekliliğini önemli ölçüde genişletilmiştir. Uluslararası Muhasebe Standartları uyarınca bir ana şirket, bağlı şirketleri ve ilişkili tarafları arasında yapılan işlemleri açıklamakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle IFRS 10 uyarınca ana şirket sayılan şirketin §111b kapsamında onay gerektiren işlemler dışında, aynı zamanda bağlı şirketleri ve ilişkili tarafla yapmış olduğu işlemleri de açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır³³⁷. Burada kıstası ana şirketin bu işlemi kendisi yapmış olsaydı işleminin onaylanmasının gerekip gerekmeyeceği hususu oluşturur. Buna göre, bağlı şirketin yaptığı işlem ana şirket tarafından yapılmış olsaydı §111b (1) uyarınca bir onay prosedürünün uygulanması gerekiyorsa, bu işlemin açıklamaya tabi olduğu kabul edilir. Bu yönüyle bağlı şirketlerin işlemlerini açıklama zorunluluğu, ana şirketin onay prosedürünün aşılmasına karşı koruma sağlamaktadır³³⁸. AktG §111b (1)'ye yapılan atıf, onay gerekliliğinin her iki çeşidini de kapsamaktadır, yani hem eşik değerini tek tek aşan işlemler hem de aynı mali yıldaki işlemlerin bir araya getirilmesi sonucunda aşılan işlemler için geçerlidir. Bu nedenle, ana şirket ile ilişkili sayılan bir kişiyle bağlı şirketleri arasındaki işlemlerin toplanması gerekir³³⁹.

Prosedürün uygulanmayacağı işlemler de ayrıca belirtilmiştir. Prosedüre tabi olmayacak işlemlerin başında piyasa koşullarında gerçekleştirilen işlemler yer almaktadır. Olağan iş akışı içinde ve normal piyasa koşulları altında gerçekleştirilen işlemler için Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde olduğu gibi muafiyet tanınmıştır. AktG § 111a (2)'de olağan iş akışı içinde ve normal piyasa koşullarında gerçekleştirilen işlemlerin § 107 ve § 111a ile § 111c kapsamında ilişkili taraflarla yapılan işlem sayılmayacağı belirtilmiştir. Burada “*olağan akışı içinde*” ve “*normal piyasa koşulları*” şeklinde öngörülen bu iki ön koşul kümülatif olarak aranmaktadır³⁴⁰. Maddenin devamında bu işlemlerin ön koşulların karşılayıp karşılanmadığını düzenli olarak değerlendirmek için, işleme dâhil olan ilişkili tarafların hariç tutulduğu bir iç

³³⁷ Ana şirket, bağlı şirketinin bu işlemlerini AktG § 111c hükmünün birinci fıkrasının ilk cümlesi ve ayrıca ikinci ve üçüncü fıkralarına göre açıklamakla yükümlü tutulmuştur.

³³⁸ Henssler/ Strohn/Paschos, **a.g.e.**, AktG § 111c Rn. 14. Ayrıca bkz. Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, s. 87.

³³⁹ Bkz. Begründung - Gesetzentwurf der Bundesregierung, s. 87.

³⁴⁰ BeckOGK, **AktG § 111a**, Rn. 24.

prosedür oluşturulması gerektiği belirtilmiştir³⁴¹. Ayrıca bu istisnanın şirket ana sözleşmesinde kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Böylelikle olağan iş akışındaki ve normal piyasa koşullarındaki ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda şirketlere inisiyatif tanınmıştır. Bu istisna kaldırıldığında şirketlerin normal piyasa koşulları ve olağan iş akışı içinde yaptığı işlemler için de § 111b’de öngörülen onay prosedürün uygulanması gerekecektir.

Alman hukukunda, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nin 9c maddesinde öngörülen bütün muafiyetlerin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu kapsamda ilk olarak AktG § 111a (3)’de bağlı ortaklıklarla ilgili kapsamlı bir muafiyet öngörülmüştür. Bu hükme göre, “*şirketin doğrudan veya dolaylı olarak tamamına sahip olunması şartıyla bağlı ortaklıkları, şirketin diğer ilişkili tarafların ortak olmadıkları bağlı ortaklıkları veya Avrupa Birliği’ne üye bir ülkede bulunan ve payları bir AB üyesi ülkede bulunan veya 2014/65 sayılı AB direktifi uyarınca düzenlenmiş bir piyasada işlem gören bağlı ortaklıkları*” ile yapılan işlemlere ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür uygulanmaz³⁴². Diğer bir muafiyet ise genel kurulun onayını veya yetkisini gerektiren işlemler ile genel kurul onayını veya yetkisini uygulamak için gerçekleştirilen tüm işlemler ve önlemler için getirilmiştir³⁴³. Genel kurul onayı veya yetkisinin uygulanmak için gerçekleştirilen tüm işlemler ve önlemlere muafiyet tanınmakla birlikte, bu işlem ve önlemler a-f bentleri arasında örnek olarak sayılmıştır³⁴⁴. Ayrıca yönetim ve gözetim kurulu üyelerine AktG § 113 (3) veya § 87a (2) uyarınca verilen veya ödenmesi gereken ücretlerle ilgili işlemlere de muafiyet

³⁴¹ Maddede prosedürün kurulması bakımından sorumluluğun kimde olduğu belirlenmemiştir. Ancak 2017/828 sayılı Yönergesi’nin 9c maddesi uyarınca yönetim veya gözetim kurulunun sorumluluğunda olması gerektiği belirtilmektedir. (İlgili açıklama için bkz. BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111a Rn. 31).

³⁴² “Avrupa Birliğine üye bir ülkede bulunan ve AB üyesi ülkede bulunan düzenlenmiş bir piyasada işlem gören bağlı ortaklıklar” için öngörülen istisna, AB üyesi ülkeler ilişkili taraf rejimi öngördükleri için getirildiği ifade edilmiştir (Bkz. BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111a Rn. 34). Burada sayılan diğer istisnalar ise Ab Yönergesi’nde hâlihazırda yer alan istisnalardır.

³⁴³ Bkz. AktG § 111a (3)2-3.

³⁴⁴ Bkz. AktG § 111a (3)3: “a. Sermaye artırma veya azaltma önlemleri (§§ 182 ila 240), şirket sözleşmeleri (§§ 291 ila 307) ve böyle bir sözleşmeye dayalı işlemler, b. şirket varlıklarının tamamının § 179a uyarınca devri, c. § 71’e göre şirketin kendi hisselerini devralması, d. § 52 (1)1 uyarınca kurucularla şirket sözleşmeleri, e. §§ 327a - 327 uyarınca azınlık pay sahiplerinin hariç tutulması, f. Şirket Türünün Değiştirilmesi Hakkında Kanun bağlamında şirket türünün değiştirilmesi hakkında yapılan işlemler”.

tanınmıştır³⁴⁵. Son olarak da istikrarlarını sağlamak için yetkili makam tarafından emredilen veya onaylanan kredi kurumları tarafından yapılan işlemler ve tüm pay sahiplerine aynı koşullarda sunulan işlemler için muafiyet tanınmıştır³⁴⁶.

C. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransa’da şirketler hukukunda bazı ilişkili taraf işlemleri tamamen yasaklanmıştır. Anonim şirketin yöneticilerinin, şirketten borç almaları veya şirketin yöneticiler için kredi veya garanti vermesi yasaktır. Bu kapsamda şekilleri ne olursa olsun yöneticilerin şirketten borç almaları, kredi sözleşmesi yapmaları veya yöneticilerin üçüncü kişilere karşı yükümlülükleri için kendileri adına şirketin kefil olması veya garanti vermesine ilişkin sözleşmeler geçersizdir³⁴⁷. Bu yasak yöneticilerin eşi veya akrabaları ile herhangi bir aracı için de geçerlidir. Tüzel kişi olan yöneticiler ise bu yasaktan muaf tutulmuştur. Ayrıca istisna olarak, eğer şirket bir bankacılık veya finans kuruluşunu işletiyorsa, ilişkili tarafların olağan ticari koşullar altında yaptığı ticari işlemlere izin verilmektedir³⁴⁸.

Belirli ilişkili taraflarla olan ilişkili taraf işlemleri için ise 2014 yılında özel bir prosedür öngörülmüştür. Bu prosedüre tabi olan işlemler, Fransız yasalarında sözleşmelerle ilgili düzenlemeler olarak anılmakta ve bu düzenlemeler, payları borsaya kote olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm “anonim şirketleri” kapsamaktadır³⁴⁹.

Fransa’da önemli ilişkili taraf işlemleri için eşik belirlenmemiş, belirli ilişkili taraflarla yapılan işlemler için prosedürün uygulanacağı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle işlem özelinde değil; ilişkili taraf özelinde prosedür işletilmektedir. Prosedüre tabi olan ilişkili taraflar Fransız Ticaret Kanunu (Bundan sonra “FTK” diye anılacaktır) m. L225-38 f. 1 uyarınca “*şirketin yöneticileri (icra kurulu başkanı, genel müdür yardımcısı, müdürler); şirketin oy haklarının % 10'undan fazlasına sahip bir pay sahipleri ve eğer bu pay sahibi şirket (société actionnaire) ise (FTK m. L233-3 uyarınca) onu kontrol eden şirket*”tir. İlişkili taraf olarak belirtilenlerde görüldüğü gibi şirketin

³⁴⁵ Bkz. AktG §111a (3) 4.

³⁴⁶ Bkz. AktG §111a (3) 5-6.

³⁴⁷ Bkz. FTK m. L225-43.

³⁴⁸ Bkz. FTK m. L225-43.

³⁴⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 241-242.

yöneticileri ile kontrol gücüne sahip olsun olmasın % 10'dan fazla oy hakkına sahip pay sahipleri doğrudan ilişkili taraf sayılmıştır. FTK m. L225-38 f. 2 uyarınca ilişkili taraf olarak sayılan kişiler veya bu kişilerin dolaylı olarak menfaatinin olabileceği durumlarda da prosedürün uygulanması gerekli görülmüştür. FTK m. L225-38 f. 3 ile reddedilemez bir dolaylı menfaat karanesi de getirilmiştir. Buna göre, “*Şirketin CEO'sunun, üst düzey yöneticilerinden birinin veya yöneticilerinden birinin diğer işletmenin sahibi, sınırsız sorumlu ortağı, müdürü, gözetim kurulu üyesi veya yöneticisi (örneğin grupta ortak yöneticiler) olduğu, daha genel olarak herhangi bir şekilde yönetimine dâhil olduğu*” hallerde reddedilemez bir dolaylı menfaat karanesi vardır³⁵⁰. Hükme göre bu kişiler veya bu kişilerin dolaylı olarak menfaatinin olduğu sözleşmeler için prosedürün uygulanması gerekmektedir³⁵¹. Ancak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen prosedür “normal koşullarda” ve “cari faaliyet içerisinde” yapılan işlemlere, işleme taraf ortaklıklardan birinin diğerinin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin tamamını elinde bulundurması halinde uygulanmaz³⁵².

Fransız hukukunda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin oldukça kapsamlı bir onay prosedürü bulunmaktadır. Bu prosedür, şirkette adil ve dengeli bir müzakere sonucunda işlem yapılmasını ve ilişkili tarafların yetkilerini kullanarak şirketin üçüncü kişilerle yapması halinde elde edeceğinden daha az avantajlı koşullarda işlem yapmasını önlemek için tasarlanmıştır³⁵³.

İlişkili taraf işlemleri için öngörülen onay prosedürü üç aşamalıdır. Fransız rejimi “YK, denetçi ve genel kurul” tarafından ilişkili taraf işlemlerinin sistematik bir incelemesini sağlar. İlk olarak, işlemin YK tarafından onaylanması gerekir. Ancak

³⁵⁰ Pierre-Henri Conac, “Related Party Transactions in French Company Law”, **Revue Trimestrielle de Droit Financier= Corporate Finance and Capital Markets Law Review**, 2014, s. 28. Bu dolaylı menfaat karanesi hükmü, iki şirketin aynı yöneticilere sahip olması gibi, neyin dolaylı bir menfaat teşkil edeceği konusunda mahkemeler tarafından kısıtlayıcı bir yaklaşımın üstesinden gelmek için 1943 yılında eklenmiştir, (Bkz. Conac, **a.g.m.**, s. 28).

³⁵¹ Bkz. FTK L225-38.

³⁵² Sermayenin tamamını elinde bulunduranın hesabında eğer uygulama alanı buluyorsa FTK m. L225-1, L22-10-1, L22-10 -2 ve L226-1 ile FMK m. 1832’de aranan gereklilikleri yerine getirmek için elde bulundurulması gereken minimum hisse sayısı düşülecektir. Bkz. FTK L225-39.

³⁵³ Geneviève Helleringer, Related Party Transactions in France - A Critical Assessment, **ECGI Working Paper Series in Law**, Law Working Paper N. 474/2019, August 2019, s. 24, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3316570#:~:text=In%20France%2C%20the%20regulation%20of,prepare%20a%20report%20on%20RPTs, Erişim Tarihi: 25.12.2020.

işlem YK tarafından onaylanırken ilişkili taraf olmayan ve işlemle bir ilgisi olmayan üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylaması şarttır; doğrudan veya dolaylı olarak işlemle ilgili olanlar FTK m. L225-40 f. 1 uyarınca görüşmelere ve oylamaya katılamaz. Yönetim kurulunun, işlemin şirkete nasıl fayda sağladığını açıkça belirtilmiş nedenlerle açıklaması ve özellikle işlemin mali sonuçlarını vurgulayarak kararını gerekçelendirmesi gerekir³⁵⁴.

Yönetim kurulunun onayı alındıktan sonra, ikinci aşama, FTK m. L225-40 f.3 uyarınca denetçinin, eğer denetçi atanmadıysa YK başkanının, genel kurul toplantısında pay sahiplerine sunulacak özel bir rapor hazırlamasıdır. FTK m. L225-40 f. 3 kapsamında hazırlanacak rapor, işlemler daha önce genel kurulda rapor edilmiş olsa bile, önceki mali yıl içinde gerçekleşen işlemi yapanların kendi çıkarlarını gözetken diğer işlemleri hakkında da bilgi içermelidir³⁵⁵. Rapor, satın alınan veya satılan mal veya hizmetlerin kapsamı ve bu düzenlemeler uyarınca mali yıl boyunca ödenen veya alınan miktar hakkında bilgiler de dâhil olmak üzere, pay sahiplerinin bu anlaşmaların sürdürülmesindeki faydaları değerlendirmelerini sağlayan tüm bilgileri sağlamalıdır³⁵⁶.

Üçüncü aşama, işlemin ilişkili olmayan pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından onaylanmasıdır. FTK m. L225-40 f. 4 uyarınca işlemle doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunanlar oylamaya katılamayacak ve payları çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. FTK m. L225-41 f. 1 uyarınca çoğunluğun işlemi onaylamaması halinde de işlem, gerekçesiyle geçersiz kılınmadığı sürece, şirket için bağlayıcıdır³⁵⁷. Ancak hile durumu dışında işlem, pay sahipleri tarafından onaylanmasa dahi sonradan iptal edilemez. Bu halde, FTK m. L225-41 f. 2 uyarınca genel kurul toplantısında onaylanmayan işlemin şirket açısından zararları, ilişkili taraflara ve ayrıca diğer YK üyelerine yüklenecektir³⁵⁸.

³⁵⁴ Bkz. FTK m. L225-38. Ayrıca bkz. Helleringer, **a.g.m.**, s. 8.

³⁵⁵ Bkz. FTK m. L225-40-1.

³⁵⁶ Bkz. Helleringer, **a.g.m.**, s. 8-9.

³⁵⁷ Buradaki “hile” kavramı Fransız Ticaret Kanunu’nda tanımlanmamıştır, ancak örneğin ilişkili tarafın yönetim kuruluna gerçekleri gerektiği gibi açıklamadığı veya yönetim kurulunun denetçilere önemli bilgiler vermediği durumu kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. Conac, **a.g.m.**, s. 29.

³⁵⁸ Conac, **a.g.m.**, s. 29; Helleringer, **a.g.m.**, s. 24.

FTK m. L225-42 f. 1 uyarınca yönetim kurulunun önceden onayı alınmaksızın akdedilen FTK m. L225-38 kapsamındaki sözleşmeler, ilgililerin sorumluluklarına hâlel getirmeksizin, şirketin zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte olması halinde hâkim tarafından iptal edilebilir. İptal davaları için FTK m. L225-42 f. 2 uyarınca, anlaşma tarihinden itibaren üç yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak anlaşma gizlenmişse, zamanaşımı süresinin başlangıç noktası, anlaşmanın açıklandığı tarihtir³⁵⁹. FTK m. L225-42 f. 3 uyarınca, genel kurulun işleme sonradan onay vermesi mümkündür; hükme göre izin prosedürünün neden izlenmediğinin denetçi veya atanmamışsa YK başkanı tarafından hazırlanacak raporda belirtilmesi aranmakta, bu raporun görüşülmesi esnasında genel kurul işlemi onaylayabilmektedir. Hükümdeki FTK m. L.225-40 f. 4 atfı suretiyle ilgililer yönünden oydan yoksunluk ve paylarının çoğunluk hesabında dikkate alınmaması sonradan verilen onay yönünden de söz konusu olacaktır.

D. İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiltere’de şirketler hukuku için temel kanun Şirketler Kanunu’dur (the Companies Act 2006). Bu temel Kanun’un yanı sıra, İngiltere Kurumsal Yönetim Kanunu (UK Corporate Governance Code 2014) ve Londra Borsası’nda listelenen şirketler için Listeleme Kuralları (Listing Rules) bulunmaktadır³⁶⁰. Listeleme Kuralları, Londra Menkul Kıymetler Borsası’nda premium listede olan şirketler için geçerlidir. Listeleme Kuralları’nın 11. bölümünde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin açıklama gereklilikleri ve prosedürel güvenceler öngörülmüştür. Bu prosedürler, Premium listede olan bir şirket (veya onun bağlı şirketleri) ile bu şirketin ilişkili tarafı arasındaki işlemler veya anlaşmalar için uygulanır³⁶¹.

³⁵⁹ Bkz. Conac, **a.g.m.**, s. 29.

³⁶⁰ Robert Hermanus Nicolaas Spaubek, “**The supervision of Related Party Transactions organized in the Netherlands, Belgium and the UK**”, (Master Thesis), Tilburg University Master Ondernemingsrecht Master International Business Law, 2019, s. 40, (Çevrimiçi), <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=147515>, Erişim Tarihi: 25.01.2021.

³⁶¹ Bu bölümde, borsada işlem gören bir şirket ile ilişkili bir taraf arasındaki işlemler ve anlaşmalar ve borsada işlem gören bir şirket ile ilişkili bir tarafa fayda sağlayabilecek diğer herhangi bir kişi arasındaki işlemler ve anlaşmalara ilişkin önlemler ile ilişkili tarafın konumundan yararlanmasını ve aynı zamanda bunu yapmış olabileceği algısını engellemeyi amaçlamayan güvenceler yer almaktadır (Bkz. Listing Rules 11.1.2). İngiliz Listeleme Kurallarına erişim için bkz. <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/LR.pdf>, Erişim Tarihi: 25.01.2021).

Listeleme Kuralları'nda ilişkili taraf kavramı tanımlanmış ve dört farklı kategoride ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, ilişkili taraflar şunlardır³⁶²:

- “(1) Önemli pay sahibi, istisnalara tabi olarak, şirketteki veya aynı grup içindeki başka bir şirketteki oy haklarının yüzde 10'unu veya daha fazlasını kontrol eden kişiler³⁶³;*
- (2)Borsaya kayıtlı şirketin veya aynı şirket grubundaki herhangi bir şirketin yöneticileri veya gölge yöneticileri (işlem tarihinden önceki on iki ay içinde böyle bir pozisyonda olanlar)³⁶⁴;*
- (3) Yönetici veya önemli bir pay sahibi olmadan borsada işlem gören şirket üzerinde borsada işlem gören şirket üzerinde önemli etkisi olan kişi³⁶⁵;*
- (4) ve sayılan bu kişilerin iştirakleri³⁶⁶”.*

Bu tanımda ilişkili tarafların kapsamının çok geniş ele alındığı görülmektedir. Özellikle, maddede ilişkili taraf olarak belirtilen iştirak “associate” ibaresi, IAS 24 bağlamında kullanılan iştirak ile aynı anlamda kullanılmamıştır. “İştirak” ifadesi, Listeleme Kuralları'nın tanımlar bölümünde açıklanmakta ve ilişkili taraflardan biri ile bir bağı olan ve dolayısıyla şirketle dolaylı yakın ilişki içinde olan kişiler olarak tanımlanmaktadır³⁶⁷. Bu kapsamda ilk başta, ilişkili taraf kabul edilen gerçek kişilerin eşi, hayat arkadaşı ve aile üyeleri sayılmıştır. İştirakler ayrıca, gerçek kişinin doğrudan veya dolaylı olarak bir pay senedine sahip olduğu ve bu sayede oy haklarının % 30'undan fazlasını kullanabildiği veya kontrol edebildiği veya yöneticilerin çoğunluğunu atayabileceği veya görevden alabileceği şirketler olarak sayılmıştır. İlişkili bir şirketin iştiraklerine, aynı zamanda bir paya sahip oldukları veya yukarıda belirtilen oy veya yöneticileri atama hakkına sahip oldukları veya sahip olabilecekleri bir pay için şartlı bir hakka sahip oldukları tüm şirketler de dâhildir³⁶⁸. Bu sebeple burada ilişkili taraf kavramı, şirketin ilişkili taraflarıyla ilişkili taraflarının ilgili

³⁶² Bkz. Listing Rules 11.1.4. Ayrıca bkz. Paul Davies, “Related Party Transactions: UK Model”, **The Law and Finance of Related Party Transactions**, Eds. Luca Enriques, Tobias H. Tröger, United Kingdom, Cambridge University Press, 2019, s. 386.

³⁶³ Bkz. Listing Rules 11.1.4.(1). Önemli pay sahibi Listeleme Kuralları'nın 11.1.4A maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre önemli bir pay sahibi, şirketin veya başka bir grup şirketinin genel kurullarında tüm veya önemli ölçüde tüm konularda kullanılabilecek oyların % 10'unu veya daha fazlasını kullanma veya kontrol etme hakkına sahip herhangi bir kişidir. Ayrıca oy hakkı hesaplamasında dikkate alınmayacak oy hakları da detaylı olarak yine bu maddede açıklanmıştır.

³⁶⁴ Bkz. Listing Rules 11.1.4.(2). Listeleme kuralları ayrıca açıkça gölge yöneticiler de ilişkili taraf olarak kabul etmiştir.

³⁶⁵ Bkz. Listing Rules 11.1.4.(4).

³⁶⁶ Bkz. Listing Rules 11.1.4.(5).

³⁶⁷ Bkz. Listing Rules Appendix 1 Relevant definitions, Associate.

³⁶⁸ Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 229-230.

oldukları kişileri kapsayan geniş bir çevreyi kapsamaktadır. Bu yönüyle IAS 24'te tanımlanan ilişkili taraf kavramına göre de oldukça kapsamlıdır.

Listeleme Kuralları'nda ilişkili taraf işlemi de çok geniş tanımlanmıştır. İlişkili taraf işlemi; *“borsada işlem gören bir şirket ile ilişkili bir taraf arasındaki (işin olağan seyri dışındaki) bir işlem; borsada işlem gören şirket ve ilişkili tarafının başka bir şirket veya varlığa yatırım yaptığı veya finansman sağladığı anlaşmalar (işin olağan seyri dışındaki) ve borsada işlem gören bir şirket ile diğer herhangi bir kişi arasında amacı ve etkisi ilişkili bir tarafa fayda sağlamak olan diğer işlem veya anlaşmalar (işin olağan seyri dışındaki)”* şeklinde ifade edilmiştir³⁶⁹. Görüldüğü üzere “ilişkili taraf işlemi” terimi şirketin ilişkili taraflarla veya üçüncü kişilerle ilişkili tarafların yararına olan her türlü işlemi içermektedir.

Listeleme Kuralları ilişkili taraf işlemlerini üç farklı eşiğe göre sınıflandırır. Bir işlemin sınıflandırıldığı kategori, sınıf testleri olarak adlandırılan çeşitli nicel kriterler tarafından belirlenir³⁷⁰. Bu kriterlere göre işlemler, *“daha büyük ilişkili taraf işlemleri”* ile *“daha küçük ilişkili taraf işlemleri”* şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrıma göre uygulanacak prosedür de farklılaşmaktadır. Sınıf testlerine göre boyutu % 5'e ulaştığı veya bu boyutu aşan işlemler *“daha büyük ilişkili taraf işlemleri”* olarak ifade edilmektedir. Listeleme Kuralları'nda öngörülen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin kurallar tam olarak bu boyuttaki işlemler için uygulanır. *“Daha küçük ilişkili taraf işlemleri”* ise eşiğin % 5'in altında kaldığı ancak en az bir boyutun biri ya da daha fazlası % 0,25'i aştığı işlemlerdir. Bu işlemler için de Listeleme Kuralları'nda ilişkili taraf işlemi prosedürü uygulanır³⁷¹. Sınıf testine göre % 0,25'in altındaki işlemler *küçük işlemlerdir*. Küçük işlemlere ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen prosedür

³⁶⁹ Bkz. Listing Rules 11.1.5.

³⁷⁰ Bu hesaplamaların nasıl yapılacağına ilişkin ayrıntılar Listing Rules 10 Annex'te belirtilmiştir. Bu sınıf testi, yüzde oran testidir. Listeleme Kuralları, borsada işlem gören şirketin olağan iş akışı içinde olmayan bir işleme girmesi durumunda yapılması gereken birkaç test öngörmüştür. Dört farklı test vardır. Bunlar şunlardır: *“1- brüt varlık testi, işlem konusu brüt varlıkların borsada işlem gören şirketin brüt varlıklarına bölünmesiyle hesaplanır; 2) Kar testi, işlem konusu varlıklara atfedilebilen karların borsada işlem gören şirketin karına bölünmesiyle hesaplanır; 3) Bedel testi, işlemin borsada işlem gören şirketin tüm adi hisselerinin (hazine payları hariç) toplam piyasa değerinin bir yüzdesi olarak dikkate alınmasıyla hesaplanır; ve 4- Brüt sermaye testi, şirketin veya iktisap edilen işletmenin brüt sermayesinin borsada işlem gören şirketin brüt sermayesine bölünmesiyle hesaplanır”* (Listing Rules 10 Annex). İlgili açıklamalar için ayrıca bkz. Spaubek, **a.g.e.**, s. 45.

³⁷¹ Bkz. Listing Rules 11.1.10R(1).

uygulanmaz. Küçük işlemler için Şirketler Kanunu (the Companies Act 2006) kuralları geçerlidir³⁷². Ancak on iki aylık süreçte bu eşik değerler, aynı ilişkili taraf veya ilişkili tarafın iştiraklerinden biriyle yapılan birkaç ilişkili taraf işleminin toplanması ile de aşılabılır. Birden fazla küçük ilişkili taraf işlemi, bu süre içinde daha küçük bir ilişkili taraf işlemi için eşiği aşarsa, aşmayla sonuçlanan işlem, daha küçük bir ilişkili taraf işlemi için öngörülen kurallara tabi olur³⁷³.

Olağan iş akışında yapılan işlemler ilişkili taraf işlemlere ilişkin prosedürden muaf tutulmuştur³⁷⁴. Ancak küçük işlemler (% 0,25'in altındaki işlemler), olağan iş akışı içinde olmasa bile, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen prosedürden muaftır³⁷⁵.

Listeleme kurallarında, premium listedeki şirketlere, ilişkili taraf işlemine girmeden önce Listeleme Kuralları'nın uygulanmasını değerlendirmek için bir sponsordan rehberlik alma zorunluluğu getirilmiştir³⁷⁶. Sponsorlar, kredi kuruluşları, avukatlar veya muhasebeciler gibi FCA tarafından tanınan bağımsız uzmanlardır³⁷⁷. Sponsorlar, şirketlerin ilişkili taraf işlemleri için tabi oldukları yükümlülükleri yerine getirmelerine destek olurlar. Bu nedenle "sponsordardan rehberlik alma" kuralı ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün yerine getirilmesini sağlamada önemli rol oynar³⁷⁸.

Listeleme Kuralları'nda daha küçük ilişkili taraf işlemleri ve daha büyük ilişkili tarafları için farklı prosedür öngörülmüştür. Daha küçük ilişkili taraf işlemleri işlemleri (boyutu %5'in altında ancak % 0,25'i aşan işlemler) için şirketin, işleme girmeden önce bir sponsordan, ilişkili tarafla yapılan işlemin şartlarının borsada işlem gören şirketin pay sahipleri açısından makul ve adil olduğuna dair yazılı onay alması

³⁷² Spaubek, **a.g.e.**, s. 53. Şirketler Yasası daha çok şirket ile yöneticiler veya bağlı kişiler arasındaki işlemlere odaklanmıştır. Bununla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 219-225; Spaubek, **a.g.e.**, s. 40-43.

³⁷³ Bkz. Listing Rules 11.1.11R. Ayrıca bkz. Spaubek, **a.g.e.**, s. 46-47.

³⁷⁴ Bir işlemin bu bölüm kapsamındaki olağan iş akışı içinde olup olmadığını değerlendirirken, FCA tarafından işlemin boyutu ve sıklığı ile işlemin hüküm ve koşullarının olağandışı olup olmadığını dikkate alınacağı belirtilmiştir (Bkz. Listing Rules 11.1.5A).

³⁷⁵ Davies, **a.g.m.**, s. 388.

³⁷⁶ Bkz. Listing Rules 8.2.3R.

³⁷⁷ Sponsorların faaliyetleri katı düzenlemelere tabidir ve FCA tarafından sürekli olarak izlenir (Bkz. Listing Rules 8.3-7). Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. UKLA Technical Note: UKLA/TN/308.3 <https://www.fca.org.uk/publication/impact-assessments/regulator-assessment-ukla-technical-note-308-3.pdf>, Erişim Tarihi: 26.01.2021.

³⁷⁸ Ungerer, **a.g.e.**, s. 235; Spaubek, **a.g.e.**, s. 45.

gereklidir³⁷⁹. Sponsor tarafından yapılan onay, pay sahipleri için önemli bir güvencedir. Çünkü pay sahiplerinin daha küçük ilişkili taraf işlemlerinde oy kullanma imkânı yoktur. Bu açıdan sponsorun onayıyla, işlemin pay sahiplerinin onayına tabi tutulmamasından kaynaklanan güvence eksikliğinin kapatılması amaçlanmıştır³⁸⁰. Daha küçük ilişkili taraf işlemlerinin, işlem tamamlanır tamamlanmaz açıklanması gereklidir. Bu açıklamada, “*ilişkili tarafın kimliği, işlem veya anlaşmanın bedeli, işlem veya anlaşmanın kısa bir açıklaması, işlemin bu madde kapsamına girdiği (pay sahiplerinin onayı olmadan ilişkili taraf işlemlerini tamamlamalarına izin veren bir imtiyaz olduğu hatırlatılır) ve diğer ilgili koşulların*” yer alması gerekmektedir³⁸¹. Ayrıca bu açıklama birkaç işlemin bir araya getirilmesine dayanıyorsa, dikkate alınan tüm işlemlerin açıklanması zorunludur³⁸². Daha büyük ilişkili taraf işlemleri (boyutunun % 5’e ulaştığı veya aştığı işlemler) için daha kapsamlı bir prosedür öngörülmüştür. Şirketin, daha büyük ilişkili bir taraf işlemine girmesi halinde, planlanan işin koşulları belirlenir belirlenmez açıklama yapılması gerekir. Bu açıklamada, ayrıntılı bir bildirimde bulunulması, ilişkili tarafın adının açıklanması ve ilişkili tarafın işlem veya anlaşmadaki menfaatinin niteliği ve kapsamına ilişkin ayrıntılara yer verilmelidir³⁸³. Buradaki bilgiler, daha küçük ilişkili taraf işlemlerindekine göre daha kapsamlıdır. Burada işin kısa açıklaması yeterli görülmemiştir. Ayrıca, bu açıklama, işletmenin ekonomik sonuçları ve beklenen faydaları hakkında da bilgi sunmalıdır³⁸⁴.

Daha büyük ilişkili taraf işlemlerinde, şirketin pay sahiplerine Listeleme Kuralları m. 13 ve 13/6 uyarınca ayrıca bir sirküler göndermesi gereklidir³⁸⁵. İlişkili taraf sirküleri, pay sahiplerini planlanan işlemin tüm detayları hakkında bilgilendirmelidir. Böylelikle pay sahiplerine oy kullanırken bilinçli karar verebilmeleri için işlem

³⁷⁹ Bkz. Listing Rules 11.1.10R(2)(b).

³⁸⁰ Bkz. UKLA Technical Note (UKLA / TN / 308.3), (Çevrimiçi), <https://www.fca.org.uk/publication/ukla/tn-308-3.pdf>, Erişim Tarihi: 26.01.2021.

³⁸¹ Bkz. Listing Rules 11.1.10R(2)(c). Ayrıca bkz. UKLA Technical Note, (UKLA / TN / 309.2), (Çevrimiçi), <https://www.fca.org.uk/publication/ukla/tn-309-2.pdf>, 26.01.2021.

³⁸² Bkz. Listing Rules 11.1.11R (3).

³⁸³ Bkz. Listing Rules 11.1.7R (1).

³⁸⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 236.

³⁸⁵ Bkz. Listing Rules 11.1.7R (2). Sirküler katı biçimsel ve içerik gereksinimlerine tabi kılınmıştır ve pay sahiplerine gönderilmeden önce FCA tarafından onaylanması gerekmektedir (bkz. Listing Rules 13.2.1R(2)).

hakkında kapsamlı bilgi verilmesi amaçlanmıştır³⁸⁶. İlişkili taraf sirküleri, ayrıca bir oylama tavsiyesi ve yönetim kurulunun görüşünü içermelidir³⁸⁷. Bu sirkülerde, işlemin şirket pay sahipleri açısından adil ve makul olduğunu ve bu varsayımın bir sponsorun değerlendirmesine dayandığı teyit edilmelidir³⁸⁸. Bu bağlamda, daha büyük ilişkili taraf işlemlerinin ayrıca bağımsız bir uzman tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir³⁸⁹. Daha büyük ilişkili taraf işlemleri için son prosedür, işlemin tamamlanmasından önce pay sahiplerinin işlemi onaylamasıdır. Pay sahiplerinin onayının ya işlem yapılmadan önce alınması ya da pay sahiplerinin onayını almak şartıyla işlemin yapılmasından sonra alınması gerekir³⁹⁰. Bu açıdan iki alternatif öngörülmüştür. Son kontrol olarak, şirketin, ilişkili pay sahibinin oylamaya katılmamasına engel olması ve ayrıca ilişkili tarafların iştiraklerinin de oylamaya katılmasını önlemek için makul tüm adımları atması gerekmektedir³⁹¹.

Listeleme Kuralları, kontrol eden taraflarla (hâkim pay sahipleri) ilgili ayrıca düzenlemelere yer vermiştir³⁹². Buna göre şirkette hâkim bir pay sahibi olması durumunda, hâkim pay sahibinin ana faaliyeti olan bağımsız bir işi yürütebileceği gösterilmelidir. İkinci olarak şirketin hâkim pay sahibi ile bir ilişki anlaşması yapması gereklidir³⁹³. Bu ilişki anlaşmasının varlığı ve uygunluğu, şirketin yıllık raporunda açıklanmalıdır. İlişki anlaşmasının takibi, yıllık raporda uygunluk beyanını onaylaması gereken bağımsız yöneticiler tarafından yapılır³⁹⁴. Hâkim pay sahibi

³⁸⁶ Pay sahiplerine verilecek bilgilerin kapsamı ile ilgili açıklamalar için bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 237-238. Ayrıca bkz. UKLA Technical Note (UKLA / TN / 312.1), (Çevrimiçi), <https://www.fca.org.uk/publication/ukla/tn-312-1.pdf>, 26.01.2021.

³⁸⁷ Bkz. Listing Rules 13.3.1R(5).

³⁸⁸ Bkz. Listing Rules 13.6.1R(5).

³⁸⁹ Ungerer, **a.g.e.**, s. 238.

³⁹⁰ Bkz. Listing Rules 11.1.7R(3).

³⁹¹ Bkz. Listing Rules 11.1.7R(4).

³⁹² Hâkim pay sahibi, oy haklarının en az % 30'unu kontrol eden (veya bunu birlikte hareket ettiği bir kişiyle birlikte kontrol eden) herhangi bir kişidir (Bkz. Listing Rules Appendix 1, controlling shareholder).

³⁹³ Bu anlaşmada “(1) pay sahibi ile şirket arasındaki işlem normal piyasa koşullarında yapılacağı, (2) pay sahibinin (veya onun herhangi bir iştiraki) şirketin Listeleme Kurallarını uymasını etkileyen veya engelleyen herhangi bir işlem yapamayacağı ve (3) hâkim pay sahibi (veya onun herhangi bir iştiraki), Listeleme Kurallarını uygun şekilde uygulanmasını engelleyen veya bozan bir teklif edemeyeceği” hususlarına yer verilmelidir. (Bkz. Listing Rules 6.5.4).

³⁹⁴ Hâkim bir pay sahibine sahip olması durumunda, şirketin bağımsız yöneticilerin seçilmesi ve yeniden seçilmesi için bir prosedür içeren bir tüzüğe sahip olması gerekir. Detaylı açıklamalar için bkz. Spaubek, **a.g.e.**, s. 48-49.

bağımsızlık hükümlerinden herhangi birine uymazsa veya bağımsız bir yönetici uyum bildirimini onaylamazsa, ilişkili taraf işlem rejimi uygulanır ve diğer pay sahiplerinin işlemi onaylama hakkı doğar³⁹⁵.

E. İTALYAN HUKUKUNDA

İtalya’da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler CONSOB Yönetmeliği’nde yer almaktadır³⁹⁶. CONSOB Yönetmeliği, on dört madde ve dört ekten oluşmaktadır. Bu yönetmelik halka açık şirketler için oldukça kapsamlı prosedür ve açıklama gereklilikleri getirmektedir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin CONSOB Yönetmeliği’nde öngörülen düzenlemeler, İtalya’da ya da AB üyesi bir ülkede düzenlenmiş bir piyasada payları listelenen şirketler ile payları büyük ölçüde halka dağıtılan şirketleri kapsamaktadır³⁹⁷. Böylece İtalyan hukukunda, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nde öngörülen ilişkili taraf işlemlerinin uygulama kapsamı daha geniş düzenlenmiştir.

CONSOB Yönetmeliği’nde İlişkili taraf kavramı ayrıca tanımlanmıştır. Ancak kavram tanımlanırken IFRS düzenlemeleri temel alınmıştır ve Yönetmelik’te de açıkça bu tanımın IFRS anlamında yorumlanması gerektiği belirtilmiştir³⁹⁸.

Bu tanıma göre, aşağıdakiler şirketle ilişkili sayılır³⁹⁹:

- “(a) Bağlı şirketler, temsilciler veya aracılar aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak, (i) şirketi kontrol eden, ortak kontrol altında olan veya ortak kontrol edilen; (ii) şirket üzerinde önemli etkiye sahip olmak için şirkette bir paya sahip olan (iii) şirket üzerinde başkalarıyla ortak kontrol uygulayan;
- (b) şirketin bir iştiraki olması;
- (c) şirketin katıldığı bir ortak girişimi;
- (d) şirketin veya ana şirketinin kilit yönetici personelinin birisi;

³⁹⁵ Spaubek, **a.g.e.**, s. 47-48. Ayrıca bkz. Listing Rules 11.1.1A, 11.1.1E.

³⁹⁶ CONSOB, Mart 2010’da ilişkili taraf işlemleri hakkında bir yönetmelik yayınlamıştır. İlişkili taraflar işlemlerine ilişkin hükümler içeren bu yönetmelik 12.03.2010 tarih ve 17221 sayılı Karar ile kabul edilmiş ve 25.03.2010 tarihli ve 70 sayılı İtalyan Resmi Gazetesi’nde yayımlanmıştır. CONSOB Yönetmeliği’nin güncel versiyonuna ve İngilizce metnine erişim için bkz. <https://www.consob.it/web/consob-and-its-activities/laws-and-regulations/documenti/english/laws/reg17221e.htm?hkeywords=&docid=12&page=0&hits=24&nav=false>, Erişim Tarihi: 02.02.2021.

³⁹⁷ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 2 (1).

³⁹⁸ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 1 (3). Maddenin devamında ilişkili taraf işlemi sayılacak bazı işlemler sıralanmıştır. Buna göre, ilişkili taraflarla gerçekleştiriliyorsa birleşme işlemleri, bölünme gibi işlemler ile İdari ve kontrol organlarının üyeleri ile stratejik sorumlulukları olan idari personel için her ne şekilde olursa olsun tahsis edilen ücretler ve ekonomik faydalara ilişkin işlemler ilişkili taraf işlemi sayılır.

³⁹⁹ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 1(1).

- (e) (a) veya (d) paragraflarında atıfta bulunulan bir kişinin yakın akrabası olan;
(f) (d) veya (e) paragraflarında atıfta bulunulan bir kişinin kontrol, ortak kontrol veya önemli etkiye sahip olduğu veya doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının % 20'sinden az olmamak üzere önemli bir kısmına sahip olduğu bir işletme;
(g) şirketin çalışanları veya bununla ilişkili başka herhangi bir kuruluş için kurulmuş, İtalyan veya yabancı, toplu veya bireysel, ek bir emeklilik fonu”

İlişkili taraf tanımının, genel itibarıyla IAS 24.9’da yer alan ilişkili taraf tanımı ile benzer olduğu görülmektedir⁴⁰⁰.

İlişkili taraf işlemi kavramı da CONSOB Yönetmeliği’nde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre ilişkili taraf işlemi, bir bedel olup olmadığına bakılmaksızın, ilişkili taraflar arasında herhangi bir kaynak, hizmet veya yükümlülük transferidir⁴⁰¹. Tanım oldukça geniş tutularak, şirket ile ilişkili tarafı arasındaki tüm işlemlere işaret edilmiştir. Bu tanımın da yine IAS 24’teki ilişkili taraf işlemi tanımı ile benzerdir.

İlişkili taraflarla yapılan tüm işlemler için prosedür uygulanma zorunluluğu getirilmemiştir. Öngörülen eşik değerlere göre prosedürün uygulanacağı işlemler belirlenmiş; bazı işlemler için ise muafiyet imkânı tanınmıştır. CONSOB Yönetmeliği’nde, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı daha küçük miktardaki işlemlerin belirlenebileceği ve bu kriterleri şirketlerin kendilerinin belirleyebileceği öngörülmüştür. Ayrıca olağan iş akışı içerisinde ve alışılmış piyasa standart şartlarda gerçekleşen işlemlerin de muaf tutulabileceği belirtilmiştir. Ancak Yönetmelik’te belirli açıklama yükümlülüklerinin olağan işlemler için de geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴⁰². Burada Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’den farklı olarak olağan işlemler için doğrudan muafiyet öngörülmemiş, bazı açıklama gerekliliklerin yerine getirilmesi baki kalmak şartıyla muaf tutulabileceği belirtilmiştir. Şirketlerin öngöreceği muafiyet, IFRS ve Şeffaflık Yönergesi uyarınca gerekli periyodik açıklamaların uygulanmasına halel getirmemekte ve önemli ilişkili taraf işlemleri söz konusu olduğunda CONSOB’a derhal bildirilmesi gerekmektedir. Ek olarak,

⁴⁰⁰ Yönetmelik’te tanımda geçen tüm terimlerin (önemli etki, ortak girişim, iştirak gibi) tanımına yer verilmiştir. Ancak burada verilen tanımlar IFRS düzenlemelerin güncel versiyonu ile birebir aynı değildir. Örneğin IFRS 10 ile kontrole ilişkin getirilen hususlar burada yer almamakta önceki düzenleme IAS 27’ye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlgili tanım maddeleri için bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 1(2). Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁰¹ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 1.

⁴⁰² Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 13(3)(b).

yöneticilerin ücreti konusunda kapsamlı muafiyet imkânı getirilmiştir. Ancak burada da yine tam muafiyet tanınmamış, belirli açıklama gereklilikleri istisna tutulmuştur⁴⁰³. Ayrıca bağlı şirketler veya bağlı şirketler ile iştirakleri arasındaki işlemlerin şirket ile ilişkili taraf olan kişilerin bu şirketlerde önemli bir menfaati olmaması şartıyla muafiyet tanınmıştır⁴⁰⁴.

İşlemler, "*daha büyük öneme sahip işlemler*" ve "*daha az öneme sahip işlemler*" şeklinde sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma, işletmenin değerinin net varlıklara oranı veya işlemin bedeli ile borsada işlem gören şirketin piyasa değeri arasındaki oran gibi çeşitli nicel kriterlere dayanmaktadır. Yönetmelik'te öngörülen nicel kriterlerden en az birinde % 5 eşiğini aşan işlemler "*daha büyük öneme sahip işlemler*" olarak kabul edilir. Ancak payları borsada işlem gören bir ana şirket veya bu ana şirket tarafından kontrol edilen diğer şirketlerle yapılan işlemler için bu eşik düşük tutularak % 2,5 olarak belirlenmiştir. Bu eşikler dışında kalan işlemler "*daha az öneme sahip işlem*" sayılmaktadır. Ancak şirketlere daha düşük önemlilik eşikleri belirleme imkânı tanınmıştır⁴⁰⁵.

İlişkili taraf işlemlerinin "*daha büyük öneme sahip işlemler*" ve "*daha az öneme sahip işlemler*" olmasına göre uygulanacak prosedür farklılık göstermektedir. Ancak tek ayrım bu değildir, şirketin yönetim yapısına göre de bir ayrım yapılarak bu şirketlere ilişkin ek gereklilikler öngörülmüştür. Yönetim yapısı monist (tek organlı) olan şirketler için ayrı, düalist sistemde (çift organlı) olan şirketler için ayrı yükümlülükler bulunmaktadır⁴⁰⁶. Ancak CONSOB Yönetmeliği'nde prosedürün temel esasları monist yapılı şirketler üzerinden açıklanmıştır. Bu nedenle biz de aşağıda monist yapılı şirketler için öngörülen yükümlülükler üzerinden prosedürü anlatmaya çalışacağız.

Daha az öneme sahip işlemler için işlemin önceden değerlendirilmesi şartı getirilmiştir. Önemlilik eşiğinin altındaki işlemler için genel prosedür, işlemin onaylanmasından önce, münhasıran ilgisiz, icracı olmayan, çoğunlukla bağımsız

⁴⁰³ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 13(3)(c).

⁴⁰⁴ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 14.

⁴⁰⁵ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 3(1.1). Ayrıca bkz. Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 11.

⁴⁰⁶ Dualaistik sisteme tabi şirketler için ek yükümlülükler CONSOB Yönetmeliği'nin ek maddelerinde belirtilmiştir.

yöneticilerden özel olarak oluşturulmuş bir komitenin, işlemin tamamlanmasında şirketin menfaati ve somut adaleti konusunda gerekçeli ve bağlayıcı olmayan bir görüş bildirmesini gerektirir⁴⁰⁷. Ancak bu komitenin görüşü bağlayıcı değildir, tavsiye olumsuz olsa bile şirket işlemi yapabilir. Ancak bu durumda, şirket ilişkili taraf işlemi komitesinin tavsiyesine aykırı davranıldığını ve olumsuz görüşü üç ay içinde açıklamak zorundadır⁴⁰⁸.

Daha büyük öneme sahip işlemler için prosedür CONSOB Yönetmeliği'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Daha büyük öneme sahip işlemler için karar verme yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır. Bu nedenle, karar verme yetkisinin bazı üyelere veya daha alt kademedeki yöneticilere devredilmesi imkânı yoktur. Yönetim kurulunun karar vermeden önce bağımsız yöneticilerden oluşacak ilişkili taraf işlemi komitesinin görüşünü alması şarttır. Bu komitenin daha az öneme sahip işlemlerin aksine tamamen bağımsız yöneticilerden oluşması gereklidir⁴⁰⁹. Bu nedenle bağımsız yöneticilerin katılımı, daha önemli ilişkili taraf işlemi olduğunda daha güçlüdür. Bağımsız yöneticilerden oluşan bir komite müzakerelere dâhil edilmelidir, komitenin yöneticilerden yeterli bilgi alabilmeleri ve onlara görüşlerini bildirmeleri gerekir. Yönetim kurulu, ancak bağımsız yöneticiler komitesinin olumlu tavsiye vermesi halinde işlemi onaylayabilir. Yönetim kurulu işlemi onayladığında, özellikle şirketin işlemi sonuçlandırmadaki menfaati ve hüküm ve koşulların uygunluğu olmak üzere, karar için yeterli gerekçeler sunmalıdır. Ancak komite olumlu tavsiye vermezse, yönetim kurulunun onayı ile işlem yapılamaz. Bu yönüyle komiteye yönetim kurulunun onay vermesini engelleyici bir veto yetkisi tanınmıştır.

Şirketler bu durumda, bağımsız yöneticilerden oluşan komitenin olumsuz tavsiyesine rağmen genel kurulda ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çoğunluğunun işlemi onaylaması şartıyla, işlemin yapılmasını sağlayabilirler⁴¹⁰. Genel kurulun işlemi onaylaması ile komitenin olumsuz tavsiyesine rağmen işlem yapılması imkânı tanınmıştır. Onay, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen çoğunluk ile alınabilen;

⁴⁰⁷ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 7. Dualist yönetime sahip şirketlerdeki bu komitenin ve alacağı kararın içeriği ile ilgili detaylı bilgiler için bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 2(1.1).

⁴⁰⁸ Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 12; Ungerer, **a.g.e.**, s. 259-260.

⁴⁰⁹ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 8.

⁴¹⁰ Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 12.

ancak ilişkili olmayan pay sahiplerinin kullandığı oyların çoğunluğuna aykırı olmayan bir genel kurul kararı gerektirir. Görüldüğü gibi genel kurulda pay sahiplerine genel bir oydan yoksunluk öngörülmemiş, ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin oylarının çoğunluğunun olumsuz yönde olmaması koşulu getirilmiştir. Bu açıdan ilişkili taraf olmayan pay sahiplerine veto hakkı tanınmıştır. Ayrıca şirketler iç kurallarında vetoyu, genel kurulda hazır bulunan ve oy hakkı bulunan sermayenin en az belirli bir bölümünü temsil eden (% 10'u aşmaması şartıyla) ilgili olmayan pay sahiplerine bağlı kılma olanağına sahiptir⁴¹¹. Diğer bir deyişle, bu şekilde şirketler, toplantıda temsil edilen ilişkili olmayan pay sahiplerinin paylarının % 10'undan daha azını bir arada tuttuğu sürece, komitenin olumsuz tavsiyede bulunduğu ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çoğunluğunun aleyhinde oy kullandığı bir ilişkili taraf işlemi yapabileceklerdir⁴¹².

CONSOB Yönetmeliği, belirli işlem kategorileri için en fazla bir yıl süreyle geçerli olacak çerçeve kararlar alınması imkânı tanımıştır. Çerçeve kararların uygulandığı tamamlanan münferit işlemler için 7. ve 8. maddede ve Ek 2 maddesinde öngörülen hükümler uygulanmaz. Böylelikle şirketlere, belirli ilişkili taraf işlemi kategorileriyle benzer işlemler için çerçeve karar olarak bu işlemler için prosedürün uygulanmasından belirli süre kaçınma olanağı tanımıştır. Ancak çerçeve kararların uygulanması için işlemlerin spresifik olarak belirlenmesi ve maksimum işlem miktarlarının öngörülmesi şarttır. Ayrıca çerçeve kararların uygulanmasına ilişkin en az üç ayda bir yönetim kuruluna açıklama yapma yükümlülüğü getirilmiştir⁴¹³.

CONSOB Yönetmeliği 13. maddede acil durumlarda şirketlerin özel bir prosedür uygulayabileceği belirtilmiştir. Buna göre, şirketin tüzüğüne tabi olarak ve acil durumlarda açıklama gerekliliklerine hanel gelmeksizin, YK veya yöneticilerin yetkileri kapsamındaki ilişkili taraf işlemlerini bağımsız YK üyelerinin katılımı olmaksızın yapma imkânı tanınmıştır. Bu tür acil işlemler, daha sonra ilk genel kurulda pay sahiplerinin bağlayıcı olmayan oyuna sunulmalıdır. Buna ek olarak, yönetim organı aciliyet nedenlerini açıklayan bir rapor hazırlamalıdır. Bu rapor, gözetim organı

⁴¹¹ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 11.

⁴¹² Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 12-13.

⁴¹³ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 12.

tarafından incelenmelidir. Rapor ve inceleme sonuçları genel kuruldan en az 20 gün önce yayımlanmalıdır. Pay sahiplerinin oylamasının sonucu, ilişkili olmayan pay sahiplerinin nasıl oy kullandıklarına özel atıfta bulunarak açıklanmalıdır⁴¹⁴.

CONSOB Yönetmeliği'nde detaylı açıklama gereklilikleri düzenlenmiştir. Daha az öneme sahip işlemler için esas itibariyle herhangi bir açıklama yükümlülüğü öngörülmemiştir. Ancak bu ilişkili işlem, şirketlerin mali ve kazanç durumu üzerinde önemli bir etkiye sahip ise ara yönetim raporunda ve yıllık yönetim raporunda açıklanması gerekir⁴¹⁵. Daha büyük öneme sahip işlemler için kapsamlı açıklama gereklilikleri düzenlenmiştir. Bu işlemlerle ilgili şirketin, bilgilendirme belgesi açıklaması öngörülmüştür. Bu belge, kural olarak işlemin onaylanmasından itibaren yedi gün içinde açıklanmalıdır. CONSOB Yönetmeliği'nin Ek 4. maddesinde, bilgilendirme belgesinin içeriğiyle ilgili kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, belge sadece anlaşmanın şartlarını ve buna dâhil olan ilişkili tarafları belirtmemeli, aynı zamanda anlaşmanın ekonomik motivasyonunu ve şirket için faydalarını da açıklamalıdır⁴¹⁶. Bilgilendirme belgesine ek olarak, şirket bağımsız YK üyelerinden veya bağımsız danışmanlardan gelen tüm açıklamaları bilgilendirme belgesinin ekinde veya şirketin internet sitesinde yayımlamalıdır. Şirket, yayımlanan tüm belgeleri aynı anda CONSOB'a iletmekle yükümlü kılınmıştır.

CONSOB Yönetmeliği'nde, şirketin aynı ilişkili tarafla gerçekleştirdiği aynı türden birkaç işlemin toplanması ile öngörülen eşik değerinin aşılması halinde de prosedürün uygulanacağı öngörülmüş ve açıklama gerekliliği getirilmiştir⁴¹⁷. Bu toplama için dikkate alınan dönem, ilgili mali yıldır. Açıklama gereksinimi bir toplama ile gerçekleşiyorsa, eşik aşılmasına neden olan son işlemin onaylanması veya

⁴¹⁴ Bianchi v.d., **a.g.m.**, s. 13

⁴¹⁵ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 5 (8).

⁴¹⁶ Ayrıca ilişkili taraf komitesinin tavsiyesine aykırı bir ilişkili taraf işlemi yapılırsa, tavsiyeye neden uyulmadığına ilişkin gerekçeler bilgilendirme belgesinde belirtilmelidir. Ayrıca belge, işlemin fiyatının oluşumunu açıklamalı ve piyasa fiyatları ile karşılaştırmalı olarak uygunluğuna ilişkin değerlendirmeye yer vermelidir. Bilgilendirme belgesi, ayrıca değerlendirme yöntemlerini ve temeldeki varsayımları açıklamalıdır. Ek olarak, işletmenin ekonomik ve mali sonuçları sunulmalıdır. Bilgilendirme belgesinde hangi yöneticilerin karar alma sürecine dâhil olduğu ve - bir kararda yer almışlarsa - anlaşmaya karşı oy verip vermedikleri belirtilmelidir. Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 4 (2.5-2.8). Ayrıca bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 265-266.

⁴¹⁷ Bkz. CONSOB Yönetmeliği m. 5 (4).

sonuçlandırılmasından sonraki on beş günlük süre içinde bilgilendirme belgesi yayımlanmalıdır. Daha fazla öneme sahip işlemler için açıklama gereklilikleri, birleştirilmiş münferit işlemlerin ilgili eşiği aşması durumunda bir çerçeve karar durumunda da geçerlidir.

F. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN AB MÜKTESABATI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Türk hukukunda ilişkili taraf kavramları ile ilgili en temel düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu’nda yapılmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu’nun temel hedeflerinden birini Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak oluşturur. Bu uyumun sağlanabilmesi için Türk hukukuna AB’nin tüm mevzuatı, stratejik uygulama kararları, komisyon açıklamaları ve hareket planları aktarılmaya çalışılmıştır⁴¹⁸. Bunun için “Avrupa Birliği’ne Katılım Öncesi Yardım Programı” bağlamında “Twinning Project” olarak anılan “*Sermaye Piyasası Kuruluna Avrupa Birliği Sermaye Piyasası Standartlarına Uyumda Yardım*” adlı Eşleştirme Projesi tamamlanmış ve Sermaye Piyasası Kanunu bu proje kapsamında yürütülen çalışmalar sonucunda AB mevzuatıyla tam uyumlu mevzuat taslaklarına göre hazırlanmıştır⁴¹⁹.

Türk hukukuna ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bir bütün halinde düzenleme 2011 yılında girmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin ilk kanuni düzenlemenin yer aldığı Sermaye Piyasası Kanunu 2012 yılında ve ona dayanılarak çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği ise 2014 yılında yürürlüğe girmiştir. Avrupa Birliği’nde, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II ile getirilen 9c maddesi ise 2017 yılında kabul edilmiştir. Dolayısıyla gerek eSerPK mevzuatındaki düzenlemeler gerekse de SerPK ve KYT’de yer alan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümler, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II kabul edilmeden önce düzenlenmiş ve yürürlüğe girmiştir⁴²⁰. Bu

⁴¹⁸ Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu: **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Açıklamalı Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 8.

⁴¹⁹ Tekinalp/Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Kanunu**, s. 8. Sermaye Piyasası Kanunu’nun oluşturulması ile ilgili ayrıca bkz. <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Hakimizda/SermayePiyasasindaGelismeler>, 18.01.2021.

⁴²⁰ Yukarıda da ele alındığı üzere 6362 sayılı Sermaye Piyasası mevzuatındaki düzenleme, 2599 sayılı Sermaye Piyasası Mevzuatı’ndaki yer alan düzenlemelerin Kanun’a ve KYT’ye eklenmesi ile oluşturulmuştur. Ancak belirtelim ilişkili taraf işlemleriyle ilgili eSerPK döneminde yer alan düzenlemelerin 2011 yılı itibarıyla yapılan değişikliklerle esas itibarıyla bir koruma mekanizması

hükümlerin oluşturulmasında, SerPK’da esas alınan AB tarafından çıkarılan raporlar, komisyon açıklamaları ve hareket planları da etkili olmuştur. Bu kapsamda özellikle Yönerge’nin 9c maddesinin oluşumunda da etkili olan ECGF’nin borsada işlem gören şirketlerin ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesi konusunda önerileri büyük öneme sahiptir. ECGF’nin önerileri, yukarıda ifade edildiği üzere Pay Sahipliği Hakları Yönergesi II ile getirilen düzenlemelerde de esas alınmıştır. Türk hukukunda da ilişkili taraf işlemlerine dair düzenlemelerin oluşturulmasında ECGF’nin önerilerinin temel alındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca anılan hükümler oluşturulurken OECD’nin kurumsal yönetim ve ilişkili taraf işlemleri ile ilgili yapmış olduğu çalışmalar ve hazırladığı raporlar ile OECD’nin Türkiye’de OECD Kurumsal Yönetim İlkelerinin ne ölçüde uygulandığına ilişkin değerlendirme yaptığı Pilot Çalışma da ilişkili taraf işlemi ile ilgili eksikliklerin tespitinde ve bu düzenlemelerin oluşturulmasında etkili olmuştur⁴²¹.

İlişkili taraf işlemlerine dair prosedür SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 ve 10. hükümlerinde yer almaktadır. Bu hükümler incelendiğinde AB düzenlemeleri ile genel itibariyle örtüştüğü görülmektedir.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nin 1. maddesi, bu yönergenin paylarının düzenlenmiş bir piyasada işlem görmesine izin verilen şirketlere uygulanmasını öngörmektedir ve bu sebeple ilişkili taraf işlemleri rejimi de üye devletlerin iç hukuklarına göre borsaya kayıtlı şirketlerini kapsamaktadır. Yukarıda da incelenen pek çok Avrupa ülkesinde de rejim borsada kayıtlı şirketler için benimsenmiştir. Türk hukuku bakımından da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin rejimin payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketler yönünden uygulanacağı öngörülmüştür⁴²². Bu yönüyle uygulamanın AB düzenlemeleri ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 2/h’de “ilişkili taraf” kavramının, IFRS ile aynı anlama geleceği belirtilerek, IAS 24’teki tanım kabul edilmiştir. Türk hukukunda

öngörmektedir, bu değiştirilmiş haliyle bu düzenlemeler SerPK’ya alınmıştır (Bkz. yuk. § 1/V/B). ECGF Bildirisi’nin yayımlanmasından sonra Türk Hukukunda 30.12.2011 tarihinde Seri IV, No 56 sayılı Tebliğ ekinde yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde işlemin yapılmasına ilişkin onay alınması prosedürü getirilmiştir.

⁴²¹ Aynı yönde bkz. Evlek, **a.g.m.**, s. 449. Buna ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. § 1/V/B.

⁴²² KYT m. 1/4.

da ilişkili taraf konusunda TMS 24'e atıfta bulunulmuştur. Bu açıdan ilişkili tarafın Türk hukukundaki tanımı, AB ve pek çok hukuk sistemiyle paraleldir.

İşlem konusunda ise Yönerge önemli ilişkili taraf işlemlerinin üye devletlerce tanımlanmasını şart koşturmuştur. Bu sebeple üye ülkelerin, kendilerinin belirledikleri belirli eşikleri aşan işlemlere prosedürün uygulanmasını öngördüğü ya da uygulanacak işlem türlerini sıraladığı görülmektedir. Türk hukukunda ise şirket ile ilişkili tarafları arasındaki varlık ve hizmet satışı ve alımı benzeri işlemler ile yükümlülük işlemlerinin, şirketin kamuya açıklanan son finansal tablolarındaki varlık veya oluşan hasılat toplamına ya da YK kararından önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlık ortalama fiyatlarının ortalamasına göre hesaplanacak şirket değerine oranı % 5'ten fazla olarak gerçekleşeceğinin öngörülmesi durumunda değerlendirme yaptırma, % 10'u aşması durumunda ise prosedürü uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Yönerge'de doğrudan önemli işlem eşiği belirtilmemiş sadece bu işlemlerin nasıl belirleneceğine ilişkin esaslar getirilmiştir. Yukarıda incelediğimiz ülkelerde ise önemli ilişkili taraf işlemleri için öngörülen oran en fazla % 5 olarak belirlenmiştir⁴²³. Türk hukukunda ise prosedürün uygulanacağı önemli işlemler için getirilen niceliksel oranın nispeten daha yüksek tutulduğu ifade edilmelidir. Yine bu oranın 2011 yılında ECGF'nin yayımladığı bildiride önerilen oranlardan (%1 ve % 5) da yüksek belirlenmiş olduğu göze çarpmaktadır.

Türk hukukunda işlemin değeri yukarıda anılan niceliksel kriterlere göre % 5'i aştığı hallerde değerlendirme raporu alınması zorunluluğu getirilmiştir. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c'de ise işlemin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından adil ve makul olup olmadığını değerlendiren bir raporun düzenlenmesini şart koşulabileceği düzenlenmiş ve üye devletlere bu konuda inisiyatif tanınmıştır. Rapor yükümlülüğü getirilmesi halinde, bu raporun bağımsız bir üçüncü taraflar, denetim komitesi veya bağımsız yöneticilerden oluşacak komite ya da şirketin yönetim veya gözetim organı tarafından hazırlanması öngörülmüştür⁴²⁴. Türk hukukunda değerlendirme

⁴²³ Örneğin Almanya % 1,5 kabul ederken, İtalya'da bu oran % 2.5 ve % 5 olmak üzere iki şekilde belirlenmiştir.

⁴²⁴ ECGF Bildirisi'nde ise % 1'i aşan işlemler yönünden bağımsız bir danışman tarafından onay alınması zorunluluğu önerilmekteydi.

raporu alınması zorunluluğu getirilmiş ve bu raporu hazırlayacak kişi de bağımsız üçüncü taraf olan değerlendirme kuruluşları olarak belirlenmiştir. Bu yönüyle Türk hukukunun AB düzenlemesi ile uyum gösterdiği şüphesizdir. Yine burada OECD'nin önerilerinin dikkate alındığı ifade edilmelidir.

Türk hukukunda % 10'u geçen işlemlerin esasına ilişkin alınacak yönetim kurulu kararının bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunca onaylaması ve işlem onaylanmaz ise KAP'ta açıklama yapılarak genel kurulun onayına sunulması öngörülmüştür. Yönerge'de üye devletlerin önemli ilişkili taraf işlemlerini genel kurulun onayına, yönetim veya gözetim kurulunun onayına veya yönetim veya gözetim kurulunun onayına ve onlar onaylanmazsa genel kurulun müteakip onayına tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda sonuncu seçeneğin seçilmiş olduğu görülmektedir. Yönerge'de bağımsız yönetim kurulu üyelerinin işlemi onay yükümlülüğüne vurgu yapılmamıştır; ancak Türk hukukunda bu hususta OECD Pilot Çalışması'nda getirilen önerilerinin nazara alınarak bağımsız yönetim kurulu üyelerine önem verildiği görülmektedir⁴²⁵. Yine Türk hukukunda ilişkili tarafların alınacak kararlarda oy kullanamayacağı hususu açıkça öngörülmüştür. Bu husus da AB düzenlemeleri ile uyum göstermektedir.

İşlemin yapılmasına karar verilmesi halinde, işlemin taraflarına ve işleme ilişkin bilgilerin KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/2'de üye devletlerin şirketlerin ilişkili taraflarla önemli işlemlerini en geç işlemin sonuçlandırılması sırasında kamuya duyurmasını sağlamaları gerektiği belirtilmiştir. Bu yönden de Türk hukukunun AB düzenlemesi ile uyumlu olduğu belirtilmelidir.

Yönerge'de herhangi on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde aynı ilişkili tarafla gerçekleştirilen önemsiz işlemlerin birlikte esas alınarak toplanması ve bu halde önemli işlem kategorisine giriyorsa m. 9c'de öngörülen gerekliliklere tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir. Türk hukukunda ise on iki aylık dönemde birden fazla yapılan işlemlere ilişkin prosedür KYT m. 10 "yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemleri" başlığı altında ele alınmıştır. Burada işlemlerin birlikte değerlendirilmesi

⁴²⁵ Bağımsız yönetim kurulu üyelerine önem atfedilmesinin sebepleri aşağıda üçüncü bölümde ayrıca ele alınmıştır (Bkz. aşı. § 3/I/A/2/c/(3)).

değil aynı tarafla birden fazla aynı nitelikte işlem yapılmasına farklı bir prosedür getirilmiştir. Buna göre, şirketin ilişkili taraflarıyla yapacakları yaygın ve süreklilik az eden işlemlerin kapsam ve şartlarına ilişkin YK kararı ile alınması, şirket ve bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen işlemlerin % 10 eşiğini aşması halinde YK kararına ek olarak YK tarafından işlemin piyasa şartları ve koşulları ile karşılaştırıldığı bir rapor hazırlanması gerekmektedir. Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu işlemi onaylamaz ise muhalefet gerekçelerinin KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Burada görüldüğü gibi on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde aynı ilişkili tarafla gerçekleştirilen işlemlere yönelik Yönerge'den farklı bir prosedür kabul edilmiştir. Ancak Yönerge'deki onay gerekliliklerine bakıldığında, KYT m. 10'da bu işlemler için YK kararının varlığını araması onay mekanizması açısından kâfi sayılabilecek niteliktedir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden muaf tutulan işlemler KYT m. 9 ve 10'da sayılmıştır. Türk hukukunda Yönerge'de muafiyet kapsamında sayılan yöneticilere verilen veya ödenecek ücretler veya bu yönetici ücretlerinin belirli unsurlarına ilişkin işlemler ve rüçhan hakkı (*bütün pay sahiplerine eşit muamelenin ve şirketin menfaatlerinin korunmasının sağlandığı aynı koşullarda bütün pay sahiplerine sunulan işlemler*) yönünden ve bankaların olağan faaliyetleri kapsamında sayılan işlemleri yönünden istisnalar tanınmıştır. Yönerge'de muafiyet tanınması imkânı verilen pek çok işlem Türk hukukunda muafiyet kapsamında sayılmamıştır. Örneğin, şirketin, tamamına sahip olunması şartıyla bağlı ortaklıkları ile yapmış olduğu işlemler yönünden herhangi bir istisna tanınmamış, tam tersine bu işlemlerin prosedüre tabi olduğu KYT'de açıkça ifade edilmiştir. Yine Yönerge'de öngörülen bütün pay sahiplerine eşit muamele sağlayan ve şirketin ve azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerinin özel olarak ele alınması ve yeterince korunması koşuluyla, genel kurul tarafından onaylanması gereken işlem türleri yönünden tanınan muafiyet de yine Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Bu yönüyle Türk hukukunda oldukça sınırlı bir işlem çevresinin muafiyet dışında tutulmuş olduğu belirtilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF VE İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

KAVRAMI

I. KAVRAMLARIN ELE ALINIŞI

İlişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri, terminolojik olarak hukuk sistemlerine nispeten yeni girmesine karşın esasen bu kişi ve işlemler şirketlerin ortaya çıkmasından beri vardır. Bu sebeple hukuk sistemlerinde, doğrudan ilişkili taraf işlemleri kavramı altında olmasa da şirketin üzerinde belirli etkisi olan kişilerin yapacağı işlemlere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan en yaygın olarak karşımıza çıkanı yöneticilere yönelik getirilen düzenlemelerdir. Bu sebeple kavramın ele alınışı incelenirken, doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili tarafları kapsamına alan düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda da ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri, doğrudan ya da dolaylı olarak birçok yasal düzenlemede ele alınmaktadır. Ancak her yasal düzenleme, ilişkili taraf kavramını – bu kavramı kullanarak ya da kullanmayarak – kendi amacı bakımından ele almıştır. İlişkili taraflar, Türk Ticaret Kanunu’nda şirketlerin malvarlığının korunması, Kurumlar Vergisi Kanunu’nda vergi düzenlemeleri; Sigortacılık Kanunu’nda sigorta şirketlerinin malvarlığının korunması; Bankacılık Kanunu’nda banka malvarlığının korunması bakımından düzenlenmiştir. Bu amacı doğrultusunda da her düzenlemede ilişkili tarafın tayininde farklılıklar olduğu görülmektedir.

Aşağıda yasal düzenlemelerde bulunan ilişkili taraf işlemi içinde değerlendirilebilecek kavramlar incelenmiştir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU’NDA

Türk Ticaret Kanunu’nda “ilişkili taraf” kavramı adı altında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kanun’da şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde etkisi olabilecek bazı kişiler yönünden çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nda ilişkili taraf olarak doğrudan bir tanım ya da kavram getirilmese de şirketin yönetim kurulu üyelerinin ilişkili taraf olarak ele alınmış olduğu

görülmektedir. Bu yönüyle TTK'da anonim şirketler yönünden konunun yönetim kurulu üyeleri bakımından ele alınmış olduğu ifade edilmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle yapacağı bazı işlemler yönünden çeşitli sınırlamalar veya prosedürel koruma mekanizmaları getirilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle yapacağı işlemler yönünden TTK m. 395/1'de genel kurulun izni şart koşulmuş, TTK m. 395/2'de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmaları yasaklanmış ve TTK m. 396'da da üyelerin şirketle rekabet oluşturacak çeşitli işlemleri genel kurulun iznine bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin kapsamı üçüncü bölümde etraflıca incelenecektir.

Anonim şirket üzerinde etkisi olan ve şirketle ilişkili sayılacak kişiler sadece yönetim kurulu üyeleri değildir. Ancak TTK'da anonim şirketler yönünden sadece yönetim kurulu üyeleri yönünden düzenleme getirildiği, şirketin üzerinde etkisi olabilecek hâkim pay sahipleri gibi diğer kişiler yönünden bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Pay sahiplerinin şirketlere yapacağı işlemler yönünden sadece borçlanmalarına ilişkin TTK 358'de bir düzenleme mevcuttur; ancak bu düzenlemede de pay sahipleri yönünden herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Bu sebeple anılan bu düzenlemenin de ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi özelinde bir düzenleme olmadığı belirtilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf olarak ele alınan diğer bir grup hâkim şirkettir. İlişkili taraf sayılabilecek diğer kişilere Kanun'un "Ticaret Şirketleri" kitabı altında "Genel Hükümler" kısmında yer alan "Şirketler Topluluğu" düzenlemelerinde yer verilmiştir. Bir ticaret şirketini TTK m. 195 uyarınca hâkimiyeti altında tutan şirket hâkim şirket, diğeri ise bağlı şirkettir. Şirket üzerinde haiz olunan kontrol gücü hâkimiyet olarak ele alınmıştır⁴²⁶. Hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirket tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı işlemler yönünden düzenlemeler getirilmiştir. Bu yönüyle TTK'da şirket üzerinde hâkimiyet kuran hâkim şirket bağlı şirketin ilişkili tarafı olarak nitelendirilmiş olduğu söylenebilir. Şirketle ilişkili olabilecek diğer şirketlere ise Kanun'da yer verilmemiş olduğu görülmektedir.

⁴²⁶ Bu husus Türk Ticaret Kanunu'nda Kontrol başlığı altında etraflıca ele alınmıştır. Bkz. aşa. §2/III/1/a.

III. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA

A. GENEL OLARAK

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ilişkili taraf kavramı tanımlanmamış, ilişkili taraf işlemlerini belirleme yetkisi SPK'ya verilmiştir. Kurul ise kavramları ayrıca tanımlamamış, KYT m. 3'te "ilişkili taraf" kavramı ile Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili tarafın; "işlem" kavramı ile Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf işlemleri kavramının kastedildiğini belirterek TMS/TFRS'ye atıfta bulunmuştur⁴²⁷. Bu göndermeyle, TMS 24'te yer alan tanım, sermaye piyasası mevzuatı için de geçerli ve önemli hale gelmiştir. Bu nedenle çalışmamız bakımından da TMS 24'ün önemli bir rol oynayacağı belirtilmelidir⁴²⁸.

Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, IFRS standartlarının set halinde Türkçe çevirilerini, bu standartlara paralel olarak "TFRS" ve "TMS" olarak yayımlamaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin "TMS 24 İlişkili Taraf Açıklamaları" Standardı da IAS 24'ten ufak değişikliklerle birebir tercüme edilerek aktarılmıştır. IAS 24'te yapılan değişikliklere paralel olarak TMS 24 de sürekli güncellenmektedir⁴²⁹. Ancak IAS 24 tercüme edilirken TMS/TFRS genelinde olduğu gibi tam olarak Türkçeleştirilememiş, kullanılan ifadeler çoğu halde anlaşılması güç şekilde kaleme alınmıştır⁴³⁰.

⁴²⁷ Böylelikle Türk hukukunda da AB Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde olduğu gibi "ilişkili taraf" ve "ilişkili taraf işlemleri" kavramlarının Uluslararası Muhasebe Standartlarıyla aynı anlamda kullanılması kabul edilmiştir.

⁴²⁸ İlişkili taraf kavramı ayrıca BOBİ FRS'de de tanımlanmıştır. BOBİ FRS, bağımsız denetime tabi olup Türkiye Finansal Raporlama Standartlarını uygulamayan büyük ve orta boy işletmelerin finansal tablolarını hazırlarken uygulamakla yükümlü oldukları finansal raporlama standardıdır. BOBİ FRS'de, TMS/TFRS'ler gibi ayrı ayrı standartlar yer almamaktadır; ancak TMS/TFRS'deki bazı düzenlemelerin sadeleştirilmiş şekillerine BOBİ FRS'nin bölümleri içinde yer verilmiştir. BOBİ FRS'de, sadeleştirilerek yer verilen bu TMS/TFRS'ler arasında TMS/24 de genel hatlarıyla bulunmaktadır. Bağımsız denetime tabi olup BOBİ FRS uyarınca finansal tablolarını hazırlamakla yükümlü olan veya isteğe bağlı olarak uygulayan işletmeler finansal tablolarını hazırlarken ilişkili taraf kavramını ve buna ilişkin yapacakları açıklamaları da bu BOBİ FRS'ye göre belirlemekle yükümlüdür. BOBİ FRS'de "ilişkili taraf" kavramı tanımlar maddesinde tanımlanmıştır ve TMS 24'teki tanımla son derece benzerdir. Burada da ilişkili taraf, TMS 24 gibi kişiler ve işletmeler şeklinde ayrı ayrı yapılarak tanımlanmıştır. İşletmeyle tanımda sayılan kişiler veya diğer işletmeler ilişkili sayılmıştır. BOBİ FRS'de yer alan ilişkili taraflara ilişkin TMS 24 ile paralel düzenlemelerin yine TMS 24'te kastedilmek istenen kapsam ve anlamı ile yorumlanarak kullanılması gerekmektedir. Çünkü bu düzenlemelerin ratio legisi IAS 24'tür ve doğal olarak maddenin özünün de buna göre ele alınması gerekir.

⁴²⁹ Biz IFRS'nin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin standardından bahsederken IAS 24, TMS/TFRS setindeki standardı ifade etmek için ise TMS 24 ifadesini kullanacağız.

⁴³⁰ TMS/TFRS Standartlarına ilişkin eleştirileri için bkz. Hasan Doğan, "6102 Sayılı T. Ticaret

IAS 24'te ilişkili taraf kavramının muhasebe terimleri ile ifade edilmesi, birçok terim için diğer standartlara iç atıf yapılması, kavramı çok karmaşık ve anlaşılması zor hale getirmektedir⁴³¹. TMS 24'te kullanılan kavramların şirketler hukukunda kullanılan kavramlardan oldukça farklı olması da bu zorluğu daha da artırmaktadır. Bu nedenle konuya başlamadan ve kavramları açıklamadan önce, hukuk literatüründe çok kullanılmamakla birlikte, TMS 24'te sıklıkla geçen bazı ibareleri açıklamamız gerekmektedir. Dolayısıyla bu kavramlara yeri geldikçe temas etmekte fayda görmekteyiz.

Kavramların TMS 24'te ele alınışına baktığımızda, ilişkili taraf kavramı, “Tanımlar” başlıklı 9. paragrafta “*finansal tablolarını hazırlayan raporlayan işletmeyle ilişkili olan kişi veya işletme*” olarak tanımlanmıştır. TMS 24 bağlamında ilk önce “işletme”⁴³² ve “raporlayan işletme” kavramlarını ele almak gerekmektedir. TMS/TFRS'de işletme kavramı, şirket ve bazı hallerde teşebbüs kavramını da içerecek şekilde oldukça geniş bir çevreyi içine alacak şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım, TMS 24'te kullanılan işletme terimi için de geçerlidir. TMS 24 bağlamında işletmeden bahsedilirken TMS/TFRS standartlarındaki “işletme” kavramının anlaşılması gerekmektedir⁴³³. TMS 24'te kullanılan diğer bir kavram ise “raporlayan işletme”dir. İşletme kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işletme ya da esnaf işletmesi olarak kullanılmakta ancak işletmenin doğrudan bir tanımı yer almamaktadır. Raporlayan işletme kavramı ise Türk Ticaret Kanunu'nda kullanılmamaktadır. Raporlayan işletme, finansal tabloları hazırlayan işletmeyi ifade etmektedir. Raporlayan işletmenin tüzel kişiliğinin olması zorunlu değildir ve tek bir işletme olabileceği gibi bir işletmenin bir kısmından ya da birden çok işletmeden oluşması mümkündür⁴³⁴. Raporlayan işletme kavramı, şirketleri de kapsayan oldukça geniş bir çevreyi içine

Kanununda Yer Alan Türkiye Muhasebe Standartları Ve Uygulanabilirliği”, 02 Aralık 2013, (Çevrimiçi), <https://maliyepostasi.com/turkiye-muhasebe-standartlari-ve-uygulanabilirligi-hasan-dogan#>, Erişim Tarihi: 12.12.2020.

⁴³¹ Bkz. Ralf Stollenwerk, **Geschäfte zwischen nahestehenden Personen: Begriff und Funktion im deutschen Steuer-, Handelsbilanz- und Insolvenzrecht**, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2014, s. 47-48.

⁴³² İşletme kavramı, TFRS 3 para. EK A'da, “*Müşterilere mal veya hizmet sunma, yatırım geliri elde etme (temettü veya faiz gibi) veya olağan faaliyetlerden diğer gelirleri elde etme amacıyla yürütülebilen veya yönetilebilen faaliyetler ve varlıklar bütünü*” şeklinde tarif edilmiştir.

⁴³³ İşletme kavramı aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

⁴³⁴ KGK, **Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve**, Ekim 2018, s. 18, para. 3.10.

almaktadır. Ancak biz konumuz kapsamında anonim şirketleri ele aldığımız için bu noktada aşağıda “raporlayan işletme” ile anonim şirketleri kastediyor ve sıklıkla da raporlayan işletme yerine şirket kavramını kullanıyor olacağız.

B. İLİŞKİLİ TARAF KAVRAMI

İlişkili taraf, TMS 24.9’da raporlayan işletme ile ilişkili olan kişi ve işletme olarak tanımlanmaktadır⁴³⁵. Standart, ilişkili tarafı öz ve kısa şekilde tanımladıktan sonra raporlayan işletmeyle ilişkili taraf sayılacak kişi ve işletmeleri sıralamıştır. Kişi ve işletme şeklinde yapılan bu ayrıma ilişkili taraf tanımının netleştirilmesi amacıyla gidilmiştir⁴³⁶. TMS 24.9(a)’da raporlayan işletme ile ilişkili sayılan gerçek kişiler ve bu kişilerin yakın aile üyeleri belirtilirken TMS 24.9(b)’de ise raporlayan şirketle bir işletmenin ilişkili olduğu çeşitli durumlar sıralanmıştır.

İlişkili tarafların tespitinde, “kontrol”, “ortak kontrol”, “önemli etki” ve “yönetimde kilit konuma sahip olma” kavramları birer ölçüt olarak kullanılmıştır⁴³⁷. İlişkili tarafların belirlenmesinde, “kontrol”, “ortak kontrol”, “önemli etki” ve “kilit yönetici personel” olmak üzere birbirinden farklı ve ayrı tanımlara sahip bu dört kavramın kullanılması, standardın amacı ile ilgilidir. Standardın amacı, ilişkili taraf

⁴³⁵ TMS 24’ün 2005 yılında yürürlüğe giren versiyonunda ilişkili taraf tanımına yer verilmiyor, kişi ve işletme şeklinde bir ayırım yapılmaksızın ilişkili taraf sayılanlar sıralanıyordu. 2005 yılında yürürlüğe giren TMS 24.9’daki tanım şu şekildedir: “Bir tarafın bir işletme ile ilişkili sayılması için: (a) Söz konusu tarafın, doğrudan ya da dolaylı olarak bir veya birden fazla aracı yoluyla: (i) İşletmeyi kontrol etmesi, işletme tarafından kontrol edilmesi ya da işletme ile ortak kontrol altında bulunması (ana ortaklıklar, bağlı ortaklıklar ve aynı iş dalındaki bağlı ortaklıklar dahil olmak üzere); (ii) İşletme üzerinde önemli etkisinin olmasını sağlayacak payının olması; veya (iii) İşletme üzerinde ortak kontrole sahip olması; (b) Tarafın, işletmenin bir iştiraki olması (“TMS 28 İştiraklerdeki Yatırımlar” Standardında tanımlandığı gibi); (c) Tarafın, işletmenin ortak girişimci olduğu bir iş ortaklığı olması (bakınız: “TMS 31 İş Ortaklıklarındaki Paylar”); (d) Tarafın, işletmenin veya ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması; (e) Tarafın, (a) ya da (d) de bahsedilen her hangi bir bireyin yakın bir aile üyesi olması; (f) Tarafın; kontrol edilen, ortak kontrol edilen ya da önemli etki altında veya (d) ya da (e) de bahsedilen her hangi bir bireyin doğrudan ya da dolaylı olarak önemli oy hakkına sahip olduğu bir işletme olması; veya (g) Tarafın, işletmenin ya da işletme ile ilişkili taraf olan bir işletmenin çalışanlarına işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planları olması, Gerekir”.

⁴³⁶ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 47.

⁴³⁷ TMS 24.9’da kilit yönetici personel kavramı tanımlanırken “kontrol”, “ortak kontrol” ve “önemli etki” kavramları tanımlanmamış, kavramların sırasıyla “TFRS 10”, “TFRS 11” ve “TMS 28” standartlarındaki anlamları ile kullanılmış olduğu belirtilmiştir. Esasen TMS 24’ün ilk halinde “kontrol”, “ortak kontrol” ve “önemli etki” terimleri 9. paragrafta tanımlanıyordu. Daha sonra buradaki tanımlar silinmiş ve getirilen ek hükümle terimlerin belirtilen TFRS’lerdeki anlamı ile kullanıldığı belirtilmiştir. Öğretide bir yazar, bu dört kavramı ifade etmek için “yönetimsel yeti” tabirini tercih etmiştir. (Bkz. Rifat Cankat, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 25).

işlemlerini mümkün olduğu kadar şeffaf bir şekilde ortaya koymak ve denetlenmesini sağlamaktır. Bu sebeple ilişkili tarafı belirlerken tek bir kavramla yetinilmemiş, daha geniş yorumlamayı ve ihtimalleri içeren dört farklı kavramdan yararlanılmıştır. Aşağıda bu kavramlar ilişkili kişiler bahsinde etraflıca açıklanmıştır.

1. İlişkili Taraf Sayılan Kişi ve İşletmeler

a. İlişkili Kişiler

TMS 24'e göre, raporlayan şirket ile bu şirketin üzerinde kontrol veya ortak kontrol gücüne sahip olan, önemli etkisi olan veya raporlayan şirketin veya bu şirketin bir ana şirketinin yönetiminde kilit konuma sahip olan tüm gerçek kişiler ve bu kişilerin yakın aile üyeleri ilişkili sayılır.

(1) Kontrol Gücüne veya Ortak Kontrol Gücüne Sahip Olunması

Kontrol, yönetim üzerinde kurulan hâkimiyeti; yönetimi yönlendirebilme gücünü ifade eder⁴³⁸. Kontrol, şirketin işleyişi ile ilgili önemli kararları etkileme gücüdür⁴³⁹ ve sahip olunan bu güce dayalı olarak şirketin faaliyetlerinin belirli bir yönde yürütülmesini sağlar⁴⁴⁰. Anonim şirketlerde karar alma ve uygulama gücü yönetim kavramını ifade ederken, bu güç üzerindeki hâkimiyet ise anonim ortaklığın kontrolünü ifade eder⁴⁴¹. Bir şirketin yönetimiyle ilgili kararların kendi isteği ya da politikası doğrultusunda alınmasını sağlayan hukuki araçlara sahip olan kişilerin, şirket üzerinde kontrolü olduğu kabul edilir⁴⁴². Kontrol eden, kontrol edilen şirketi operasyonel ve stratejik iş faaliyetleri açısından yönlendirme gücüne⁴⁴³ ve şirketin malvarlığının iktisadi kaderini belirleme imkânına sahip olan kişidir, şirketin malvarlığının ekonomik olarak sahibi durumundadır⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Ali Paslı, "Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", **İÜHFM**, 2008, C. 66, S. 2, s. 345.

⁴³⁹ Hans Christoph Grigoleit, **Aktiengesetz Kommentar**, 2. Auflage, Deutschland, C. H. Beck 2020, Rn. 41.

⁴⁴⁰ Paslı, **Anonim Ortaklıkta Kontrol**, s. 346.

⁴⁴¹ Ali Paslı, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 35.

⁴⁴² Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1548.

⁴⁴³ Thomas Senger, André Prengel, **Beck'sches IFRS-Handbuch**, 6. Auflage, C. H. Beck, 2020, Rn. 9.

⁴⁴⁴ Paslı, **Anonim Ortaklıkta Kontrol**, s. 346.

Anonim şirketlerin kontrolü, sahip olunan kontrol gücünün bir üçüncü kişi ile paylaşılıp paylaşılmamasına göre “tek başına kontrol” ve “ortak kontrol” şeklinde ikili ayrıma tabi tutulur⁴⁴⁵. Kontrol gücünün bir kişide olduğu durumda tek başına kontrol, birden fazla kişinin kontrolü paylaşması durumunda ise ortak kontrol söz konusu olur. Ortak kontrolün var olabilmesi için kontrolü paylaştanların şirketin yönetimi konusunda ortak bir politikada uzlaşmaları gerekir⁴⁴⁶. Ortak kontrolde ortaya çıkan irade, müşterek kontrol eden tarafların her birinin münferit iradesinden bağımsız, tarafların mutabakata varması sonucunda meydana gelen ve tekil nitelikteki bir iradeyi ifade eder. Bu iradenin oluşabilmesi için kontrolü paylaştanlardan hiçbirinin iradesinin münferiden diğerlerinin iradesinden üstün olmaması ve kontrolü paylaşan tarafların hepsinin iradesinin ortak kontrol iradesinin oluşumunda etkili olması gerekir⁴⁴⁷.

i. Türk Hukukunda Kontrol Kavramına İlişkin Düzenlemeler

Türk hukukunda “kontrol” kavramının bazı düzenlemelerde ifade edildiği görülmektedir. Bu nedenle öncelikle Türk hukukunda kontrol kavramının ele alınışına değinilecek ve daha sonra muhasebe standartları yönünden kontrol ve ortak kontrol kavramına yer verilecektir.

(a) Türk Ticaret Kanunu’nda Kontrol

Türk Ticaret Kanunu’nda kontrol kavramı yerine kullanılan kavram, “hâkimiyet” kavramıdır. Her ne kadar Kanun metninde, kontrol kavramı geçmese de Kanun’un gerekçesinde bu kavram hâkimiyet kavramının yerine kullanılmıştır⁴⁴⁸. Ancak Kanun’da hâkimiyet/kontrol kavramı sadece şirketler topluluğu kısmında hâkim ve bağlı şirketlerin belirlenmesinde bir ölçüt olarak düzenlenmiştir⁴⁴⁹. Maddede kontrol tanımlanmamış olmakla birlikte hâkimiyet imkânı veren hangi araçlarla kontrolün

⁴⁴⁵ Paslı, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, s. 64; Yusuf Ziyaeddin SÖNMEZ, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması Ve Buna Bağlı Sonuçlar”, *TFM*, C. 4, S. 2, 2018, s. 270.

⁴⁴⁶ Paslı, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, s. 67.

⁴⁴⁷ Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 433.

⁴⁴⁸ Bkz. TTK m. 195 gerekçesi.

⁴⁴⁹ TTK m. 195’te “kontrol” kavramı, hâkim şirketin bağlı şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu kabul edilen hâkimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır (bkz. TTK Madde Gerekçeleri - Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar)).

sağlanacağı belirtilmiş ve bunlara sonuç bağlanmıştır⁴⁵⁰. Bu maddeye göre kontrol, bir şirkette karar alma mekanizmaları üzerinde etki edebilme imkânını veren araçlara sahip olmaktır⁴⁵¹. Kontrolü sağlayan bu hukuki durumların varlığı şirketler topluluğunu oluşturmakta ve bu hükümlerin uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Kanun'da, hâkimiyet kavramı bir şirketin başka bir şirket üzerinde etki etme imkânı veren araçlara sahip olunması anlamında kontrol kavramını da içerecek şekilde kullanılmıştır⁴⁵². Hâkimiyet karinelere de sonuç bağlarken, kontrol kesin bir ölçüt verir. “Kontrol” sistemini benimseyen düzenlemelerde “*sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu*” gibi kontrol araçları tek tek sayılır. Bir şirketin başka bir şirketi etkileme olanağı veren araçlara sahip olması halinde, o şirketi kontrol etme gücüne de sahip olduğu varsayılır. Kontrolün varlığı için hâkimiyetin uygulanıp uygulanmadığı önem taşımadığı gibi hâkimiyetin uygulanmadığının ispat edilmesi de bir sonuç doğurmaz⁴⁵³. Hâkimiyet esasen bir şirketin başka bir şirket üzerinde ya da sözleşme ile bir etki icra edebilme gücüne fiilen sahip olmasıdır. Hâkimiyet sahip olunan sermaye çoğunluğu ya da oy çoğunluğunun fiili durumdaki etkisini de nazara alır. Fiili hâkimiyetin varlığının ispatı için bir şirketin başka bir şirketin karar alma mekanizması üzerinde etki etme imkânı veren hukuki durumlara sahip olup olmadığına bakılmakta ve bazı karineler öngörülerek belirli araçlara sahip olanın hâkim konumda olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁵⁴. Bu nedenle hâkimiyet ile kontrol kavramı birbiriyle örtüşür. Kontrol kavramı, fiili hâkimiyet durumlarını da kapsayacak şekilde kullanılması halinde, hâkimiyet ve kontrol kavramları aynı kavram haline gelir⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Şirketler topluluğu düzenlemesinde üç farklı kavram ortaya çıkar: Hâkimiyet, kontrol ve tek elden yönetim. Hâkimiyet ve tek elden yönetim ya da hâkimiyet ve kontrol bileşiminde olduğu gibi bu kavramlar kimi zaman iç içe veya birlikte uygulanmakta veya bu kavramlar aynı anlamlarda kullanılmaktadır. (Bkz. Zühtü Aytaç, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. XXIX, S. 4, 2013, s. 14. Ayrıca “Hâkimiyet, kontrol ve tek elden yönetim” kavramlarının karşılaştırması için bkz. Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 81-83.

⁴⁵¹ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁵² **A.e.**

⁴⁵³ İlgili açıklamalar için bkz. TTK Madde Gereççeleri - Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar).

⁴⁵⁴ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 81-82.

⁴⁵⁵ **A.e.**, s. 83.

Kanun'da kontrolün varlığına neden olan (TTK m. 195/1) ve kontrolün varlığına karine teşkil eden hukuki durumlara (TTK m. 195/2) yer verilmiştir⁴⁵⁶. TTK m. 195/1'de sayılan hukuki durumlardan birinin varlığı halinde kontrol var sayılır ve bunun aksini ispat etme olanağı bulunmaz⁴⁵⁷. Kontrolün varlığına karine teşkil eden olgular ise payların çoğunluğuna veya şirketi yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara sahip olunmasıdır. Bunlara sahip olunması, hâkimiyetin varlığına karinedir ancak bunun aksini ispat etmek mümkündür. Payların çoğunluğuna sahip pay sahibi, ancak oy haklarının çoğunluğuna da sahip olması durumunda hâkimiyet söz konusu olur.

TTK m. 195'teki kontrol kavramı, sadece şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanını tespit etmek için getirilmiş düzenlemelerdir. Bu itibarla TTK m. 195'teki kontrol kavramı, şirketler hukukunda anladığımız kontrol kavramından daha dar düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında anonim şirketlerde kontrol için mutlaka TTK m. 195 anlamında bir şirketler topluluğunun bulunmasına gerek yoktur, bir şirketi kontrol eden bir gerçek kişi de kontrol gücüne sahiptir. Bu nedenle TTK m. 195'teki kontrole ilişkin düzenleme, anonim şirketlerdeki kontrolün tespiti bakımından eksik kalmaktadır. Tez konumuz kapsamında ele aldığımız kontrol kavramı şirketler topluluğunu da içine alan ama ondan daha geniş bir kavramdır. Ancak yine de bu

⁴⁵⁶ Kontrolün varlığına neden olan hukuki araçlar, oy haklarının çoğunluğuna sahip olma, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturacak sayıda üyeyi seçme/seçtirme hakkına sahip olma, oy sözleşmesiyle oy hakkının çoğunluğuna sahip olma ve son olarak bir sözleşme ile ya da başka bir yol ile kontrolün sağlanmasıdır (TTK m. 195/1). Burada oy haklarının ve yönetim organının üyelerinin çoğunluğu ile veya oy hakları ile sağlanan çoğunluk ifade edilmiş, doğrudan sermayenin çoğunluğuna sahip olmak kontrol aracı olarak kabul görmemiştir (Bkz. TTK m. 195 gerekçesi). Kontrol edilecek şirketin genel kurulunun ya da yönetim kurulunun alacağı tüm kararların, kontrol edenin isteği doğrultusunda alınmaması kontrolün olmadığı anlamına gelmemektedir. Kontrol eden, şirketi işletme konusu kapsamında faaliyetinin yürütülebilmesi için gerekli olan olağan işlemlerle ilgili kararların alınmasını sağlıyorsa kontrol var demektir. (Bkz. Tekinalp, **Kontrol İlkesi**, s. 1551). Ayrıca alınması sağlanan kararların şirketin yönetiminde bir etkisinin olması gereklidir. Bu nedenle bir şirkette ağırlaştırılmış nisabın gerekli olduğu birleşme, bölünme, tür değiştirme, tahvil çıkartma, esas sözleşme değişikliği, sermaye artırımı, azaltılması, önemli nitelikteki mal varlığının devri gibi kararların alınmasının sağlanamıyor olması kontrolün olmadığı anlamına gelmez. Çünkü bu kararların şirketin yönetimiyle ya da yönetiminde bir etkisi bulunmamaktadır (Bkz. Tekinalp, **Kontrol İlkesi**, s. 1551-1552).

⁴⁵⁷ Madde gerekçesinde de ilk fıkrada sayılan olguların hukuki faraziye olduğu ve aksinin ispat edilemeyen kanuni bir varsayım olarak kabul edildiği belirtilmiştir. TTK m. 195/2'de ise bir karine öngörülmüştür.

durum kontrolün belirlenmesinde Kanun’da sayılan kontrole yol açan bu olgulardan yararlanmasına mâni değildir.

(b) Bankacılık Kanunu’nda Kontrol

Banka hukukunda, bankaların güven kurumu niteliğinde olması ve bankanın mali yapısının bozulmasının kamu menfaatine önemli ölçüde zarar vermesinden dolayı banka üzerindeki kontrol ilişkileriyle ilgilenilir⁴⁵⁸. Banka üzerindeki kontrol ilişkisinin tespit edilmesi, bankanın faaliyet gösterirken bankaya hâkim olan kişilerin bankanın kaynaklarını kötüye kullanmasının önlenmesi ve bankanın mali durumunun bozulması durumunda sorumluların çevresinin belirlenmesi ve bu kişilerin malvarlığına başvurulması amacına hizmet eder⁴⁵⁹. Bu nedenle Bankacılık Kanunu’nun⁴⁶⁰ birçok hükmünün ve özellikle banka yöneticileri ve pay sahiplerinin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için bir bankayı kimin kontrol ettiğinin belirlenmesi önem taşır⁴⁶¹.

Hâkim ortak kavramı, bir şirketi tek başına veya birlikte doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol eden kişi olarak tanımlanmıştır. Kontrol kavramı “*Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufla bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması*” olarak ifade edilmiştir⁴⁶². Maddede yer alan “veya herhangi bir suretle” ifadesi ile de kontrolü sağlayan araçların sınırlı olarak sayılmadığı anlaşılmaktadır. Böylelikle uygulamanın ortaya çıkardığı ya da oluşturacağı başka araçlarla da kontrolün sağlanmasına olanak tanınmıştır⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Altay, **a.g.e.**, s. 427.

⁴⁵⁹ **A.e.**, s. 427.

⁴⁶⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 01.11.2005 tarih ve 25083 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁴⁶¹ Yaşar Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 75.

⁴⁶² BankK m. 3. Bankacılık Kanunu’nda sorumlular çevresinin belirlenmesinde hâkim ortak ve kontrol kavramlarına önem verilmiştir. Bu maddede kontrolün, bankanın sermayesinin çoğunluğuna doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olunması, sermayenin çoğunluğuna sahip olunmasa da imtiyazlı paylarla ya da pay sahipleri sözleşmesi ile elde edilebileceği belirtilmiştir.

⁴⁶³ Altay, **a.g.e.**, s. 386-387.

Bankacılık Kanunu kapsamında doğrudan kontrol, hâkim ortak durumundaki pay sahibi ya da pay sahiplerinin ilgili şirketin ortağı olduğu durumu, dolaylı kontrol ise dolaylı pay sahipliği ile gerçekleşen kontrolü ifade eder⁴⁶⁴. Dolaylı pay sahipliği ise 5. maddede düzenlenmiştir. Buna göre dolaylı kontrol, dolaylı olarak sahip olunan paylarla şirketin kontrol edilmesi durumunda söz konusu olmaktadır⁴⁶⁵.

Kontrolün sağlanması için “*yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması*” gücünün olması şart koşulmuştur. Bu husus, BankK’da kontrolün YK üzerinde etki edebilme gücü olarak ele alındığını göstermektedir. Bankanın kontrolü, tanımda sayılan şekillerde veya başka bir surette YK üyelerinin karara esas olan çoğunluğunu belirleme veya görevden alınması gücüne sahip olunduğu takdirde söz konusu olacaktır⁴⁶⁶. Kanun’da YK üyelerinin atanması ve azli birbirine alternatif kontrolü sağlayan olgular olarak ifade edilmiştir. Ancak bu şekilde nitelendirme yerinde değildir⁴⁶⁷. Zira her iki olgunun bir arada olması kontrolün varlığı için aranmalıdır. Anonim şirketin kontrolü, yönetim üzerinde hâkimiyet kurulması ile sağlanırken; şirket yönetimi üzerindeki hâkimiyet ise

⁴⁶⁴ Ayrıca belirtelim BankK’da tanımlanan, nitelikli paya sahip olan ortak kavramı, hâkim ortak kavramından farklıdır. Nitelikli pay bir şirketin sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını sağlayan paylar veya yüzde onun altında olsa bile YK üyelerini belirleme imtiyazı veren paylar şeklinde tanımlanmıştır (BankK m. 3). Kanun koyucu nitelikli paylara sahip olan ortakların diğer ortaklara göre bankanın yönetim ve denetiminde daha etkili olma imkânına sahip olmaları nedeniyle nitelikli pay sahibi kategorisi oluşturarak Kanun’da onlara ilişkin özel hükümler tesis etmiştir. Nitelikli paya sahip ortak şirketi kontrol etme gücüne sahip olabilir; ancak nitelikli paya sahip olunması ona doğrudan şirketi kontrol etme gücü vermez. Bunun için nitelikli paya sahip ortağın şirketi Kanun’da verilen tanımdaki gibi kontrol etmesi gerekir. (Nitelikli pay kavramı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 150, N. 16-07 vd.; Seza Reisoğlu, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. 1, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2015, s. 261 vd.; Tekin Memiş, “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (DEÜHF Dergisi Özel Sayı 2014)**, 2015, C. 16, 2014, s. 3112 vd.; Alıcı, **a.g.e.**, s. 80-81).

⁴⁶⁵ Bankacılık Kanunu kapsamında doğrudan kontrol, hâkim ortak durumundaki pay sahibi ya da pay sahiplerinin ilgili şirketin ortağı olduğu durumu, dolaylı kontrol ise dolaylı pay sahipliği ile gerçekleşen kontrolü ifade eder. Dolaylı pay sahipliği BankK m. 5’te düzenlenmiştir. Maddeye göre dolaylı pay sahipliği belirlenirken “*bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar*” birlikte dikkate alınması, tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenirken ise “*onlara kişilere ait paylar ile bunların kontrol ettikleri şirketlere ait paylar*” birlikte hesaplanması gerekecektir. İşte dolaylı kontrol, bu şekilde dolaylı olarak sahip olunan bu paylarla şirketin kontrol edilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. (İlgili açıklamalar için bkz. Alıcı, **a.g.e.**, s. 78).

⁴⁶⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁶⁷ Altay, **a.g.e.**, s. 388.

yönetim organı üzerindeki etki etme gücü ile sağlanır. Bu güç ise YK üyelerinin seçilmesi ve azledilmesi üzerindeki güçtür⁴⁶⁸. Bu bakımdan bir kişi anonim şirket YK üyelerini belirleme ve azletme imkânına sahip ise ortaklığın da kontrolüne sahip sayılır.

Bankacılık Kanunu'nda yer alan kontrol tanımında ortak kontrolden bahsedilmemiştir. Ancak Bankacılık Kanunu'nda hâkim ortak tanımlanırken kontrolün birlikte gerçekleştirilebileceği açıkça ifade edilmiştir⁴⁶⁹. Kontrol tanımında da kontrolün sadece tek başına gerçekleştirileceğine işaret edilmemektedir. Maddede sayılan sermayenin çoğunluğuna sahip olma, imtiyazlı payların elde bulundurulması, oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması gibi haller hem tek bir kişiyi hem de birden fazla kişiyi kapsayacak niteliktedir⁴⁷⁰.

Bankacılık Kanunu'nda sadece hangi olguların varlığı halinde kontrolün var olacağı belirlenmekle yetinilmiş olup kontrol kavramsal açıdan ele alınmamıştır. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nda yer alan kontrole ilişkin düzenlemenin, kontrolün kavramsal yapısı ve içeriğinin belirlenebilmesi açısından yeterli olmadığı ve şirketler hukuku anlamında kontrol kavramı açısından yol gösterici nitelikte olmadığı öğretide haklı olarak vurgulanmaktadır⁴⁷¹. Diğer yandan bankalar, finansal kuruluşlar olduğu için BankK'da bankalarla ilgili çok sıkı koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'da yer alan kontrol düzenlemesi de bankaların ekonomik kaynaklarının kötüye kullanılmaması amacına hizmet etmek içindir. Bu sebeple kanun koyucu, bankaların kontrolünü elinde tutanlara belirli hallerde ağır yaptırımlar öngörmüştür. Bu açıdan finansal kuruluş olmayan diğer şirketler yönünden Bankacılık Kanunu'ndaki kontrole ilişkin bu düzenlemelerin uygulama alanı bulması mümkün değildir.

(c) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Kontrol

Rekabet hukukunda kontrol kavramı yoğunlaşma işlemleri kapsamında düzenlenmektedir⁴⁷². Yoğunlaşma, Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü'nde iki veya daha

⁴⁶⁸ Paslı, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, s. 43.

⁴⁶⁹ Hâkim ortak “*bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır (BankK m. 3).

⁴⁷⁰ Reisoğlu, *a.g.e.*, s. 260.

⁴⁷¹ Alıcı, *a.g.e.*, s. 393.

⁴⁷² Yoğunlaşmanın olması ticari hayatın gereği olsa da yoğunlaşma belli sınırları aşması halinde,

fazla teşebbüsün birleşme veya devralma işlemleriyle hukuki olarak birleşimi neticesinde teşebbüslerin karar mekanizmalarında meydana gelen kalıcı kontrol değişikliği olarak tanımlanmaktadır⁴⁷³. Türk hukukunda yoğunlaşma kavramı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Bundan sonra "RKHK" diye anılacaktır) "Birleşme veya Devralma" başlıklı 7. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak uluslararası rekabet hukukunda esasen "birleşme ve devralmalar" terimi yerine "yoğunlaşma" terimi tercih edilmektedir⁴⁷⁴. Bizde ise RKHK'da ve bu Kanun kapsamında çıkarılan ikincil düzenlemelerde "yoğunlaşma" kavramı yerine "birleşme ve devralma" terimi kullanılmaktadır⁴⁷⁵.

Birleşme ve devralmalar TTK'da şirketler özelinde düzenlenirken, RKHK'da teşebbüs kavramı kullanıldığı için hem şirketler hem de işletmeler bu kapsama girmektedir. Bu nedenle Rekabet hukukunda "birleşme ve devralma" kavramı oldukça

pazardaki rakip teşebbüslerin faaliyetlerini güçleştiren, piyasaya girişlerini engelleyen ya da tüketicileri sömüren bir hale bürünebilmektedir; bu da rekabetin ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Böyle bir durumda yoğunlaşma işlemini gerçekleştiren teşebbüslerin yapısı, bu işlemten etkilenmekte ve bu işlemden sonra değişiklik gösterdiği gibi pazarın yapısında da değişikliğe sebep olabilmektedir. Bu nedenle yoğunlaşmalar, dikkatle takip edilen, rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan birini oluşturmaktadır (Bkz. Metin Topçuoğlu, Nilgün Dolmacı, "Yoğunlaşmaların (Birleşme Veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin ve 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler", **SDÜHF Dergisi**, C.I, S.1, 2011, s. 93-94).

⁴⁷³ 139/2004 sayılı Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü, m. 3.1. (139/2004 sayılı Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>, (Erişim tarihi: 04.10.2020).

⁴⁷⁴ Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda ise yoğunlaşma kavramı 139/2004 sayılı Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü ile ele alınmıştır. Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü'nde birleşme kavramı yerine "yoğunlaşma" (concentration) kavramı kullanılmaktadır. Ancak daha anlaşılır olması için Tüzük'ün başlığında yine de parantez içinde "merger (birleşme)" kavramına yer verilmiştir.

⁴⁷⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne 24.01.2014'te sunulan "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nda RKHK m. 7 başlığında yer alan "birleşme ve devralma" ibaresi yerine "yoğunlaşma" ibaresinin kullanılması önerilmiştir. Tasarıda önerilen 7. maddenin başlığı "Yoğunlaşma İşlemleri, Bildirimleri ve İncelenmesi" şeklindedir. (Tasarı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>, erişim tarihi 02.10.2020). Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde birleşme ve devralma işlemleri kavramı yerine yoğunlaşma işlemleri kavramına yer verilerek maddenin lafız olarak da Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaştırılmış olacağı belirtilmiştir (Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı madde 3 gerekçesi). RKHK m. 7 ile 2010/4 sayılı Tebliğ'de, birleşme ve devralmaların kapsamının Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hukuki anlamdaki birleşme ve devralmaya göre daha geniş tutulmuş ve bunların belirli bir yapı içerisindeki ekonomik gücün yoğunlaşması olarak ifade edilmiştir. "Birleşme ve devralma" kavramlarının RKHK'da ve 2010/4 sayılı Tebliğ'de geniş düzenlenmiş olması nedeniyle, hukuki ve ekonomik durumu tam yansıtmayan "birleşme ve devralma" terimleri yerine "yoğunlaşma" kavramının kullanılması daha isabetli bulunmaktadır (Bkz. Topçuoğlu/Dolmacı, **a.g.m.**, s. 95-96; Adem Kara, "Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetiminde Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2020, s. 10).

geniş bir kapsama sahiptir⁴⁷⁶. Örneğin, TTK uyarınca birleşme kapsamında sayılmayan pay devri veya malvarlığının satın alınması⁴⁷⁷ gibi hususlar da RKHK kapsamında birleşme olarak kabul edilebilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde sadece şirketler konu alındığı ve işletmeler bu kapsamda sayılmadığı için malvarlığın devri gibi hususlar kontrole yol açan bir araç olarak sayılmamıştır⁴⁷⁸.

Kanun'da ve 2010/4 sayılı Tebliğ'de kontrol kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Tebliğ'de kontrolün, birlikte ya da ayrı ayrı olarak, hukuken ya da fiilen bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı veren haklar, sözleşmeler veyahut da başka araçlarla sağlanabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle bir teşebbüsün diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etkiye sahip olması durumunda kontrolün söz konusu olacağı ifade edilebilir⁴⁷⁹. Kontrolün varlığı için bir teşebbüs üzerinde

⁴⁷⁶ “Birleşme veya Devralma” başlıklı 7. madde, hukuka aykırı ve yasak olan birleşme devralmaları düzenlemektedir ve burada ifade edilen birleşme ve devralmaların hukuken geçerli olabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gerekmektedir. İzin alınması gereken birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de belirtilmiştir. Birleşme ve devralma kabul edilen haller, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde düzenlenmektedir. Tebliğ'in 5. maddesine göre, birleşme ve devralma olarak sayılan hallerin tespitinde esaslı unsur “teşebbüsün kontrolünde meydana gelecek kalıcı değişiklik” oluşturur. Bu düzenlemeye göre Rekabet Hukuku, yoğunlaşmanın ortaya çıkması için ilgili teşebbüsler üzerindeki kontrol ilişkilerinin değişikliğe uğramasını şart koşturmakta ve bu anlamda kontrolün varlığı için yoğunlaşmaya önemli bir rol vermektedir (Bkz. Altay, **a.g.e.**, s. 428). Bunun nedeni ise ancak bu nitelikteki işlemlerin pazarın yapısında kalıcı bir değişiklik meydana getirebilmesidir. Bu itibarla, RKHK m. 7 anlamında birleşme veya devralma işlemleri ancak kontrolde kalıcı değişiklik oluşturan işlemleri içerir. Bu bakımdan geçici kontrol değişikliğiyle sonuçlanan işlemler bu kapsamda sayılmaz. (Bkz. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz (Kontrol Kılavuzu), m. 1.(3), (Kabul Tarihi:05.04.2018 Karar Sayısı:18-10/195-RM(2)),<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/birlesme-ve-devralma-sayilan-haller-ve-kontrol-kavrami-kilavuz1-20180406171222823.pdf>, (erişim tarihi 04.10.2020). 139/2004 sayılı Avrupa Yoğunlaşma Tüzüğü'nde de “Kontrolün kalıcı olarak el değiştirmesi” yoğunlaşmanın koşulu olarak kabul edilmiştir (m. 3.1). (Bkz. “COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>, (Erişim tarihi: 04.10.2020).

⁴⁷⁷ Malvarlığının devri, işletilebilir malvarlıklarının devralınmasını ifade eder. Bu madde uygulanması için mutlak surette şirketler hukuku bağlamında geçerli bir devralma aranmaz. Burada, hukuki anlamda devir gerçekleşmesi de malvarlığının fiilen devralınmış olduğu durumlarda nazara alınır ve bu devralma yasaklanabilir. Detaylı açıklamalar için bkz. Ali Hamza Şahin, “**Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar**”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, 2010, s. 38.

⁴⁷⁸ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 94.

⁴⁷⁹ Kontrol, bir teşebbüsün, başka bir teşebbüs üzerinde belirli bir etkide bulunmasını zorunlu kılar ve bu nedenle de kontrolün maddi içeriğini “belirleyici etki” kavramı oluşturur. Bu yönüyle belirleyici etki kavramı, rekabet hukukunda kontrol kavramını karakterize eden bir öge olarak karşımıza çıkar (Bkz. Altay, **a.g.e.**, s. 411)

belirleyici etkinin uygulama olanağının bulunması yeterli olup belirleyici etkinin gerçekten uygulamaya konulması aranmaz⁴⁸⁰.

Rekabet hukukunda kontrol tek başına veya ortak olabilir⁴⁸¹. Rekabet hukukunda, ortak kontrolden söz edebilmek için hâkim teşebbüsün veya teşebbüslerin kararların alınmasında ortak belirleyici etkiye sahip olmaları gerekir. Buradaki belirleyici etki; alelade bir etkiyi içermez, burada bu kararları şekillendiren ve tek başına bu gücü içeren bir etkiyi ifade eder. Tekil kontrolde, hâkim teşebbüsün icra etme olanağını elinde tuttuğu belirleyici etki, kontrol edilen teşebbüsün stratejik kararlarını belirleme imkânına tek başına sahip olunurken; ortak kontrolde, hâkim teşebbüslerden hiçbiri tek başına bu imkânı sahip olamaz⁴⁸².

Son olarak ifade edelim ki rekabet hukukunun süjesini “teşebbüs” oluşturmaktadır⁴⁸³. Teşebbüslerin ekonomik yönden bağımsız karar verebilmesi, teşebbüsün belirleyici unsurunu oluşturur. Bu itibarla bağımsız karar alamayan ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden aynı gruba dâhil teşebbüsler arasındaki işlemler, RKHK m. 4 kapsamında rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirilemez ve grup içindeki yoğunlaşmalar denetlenmeyi gerektirmez⁴⁸⁴. Bu açıdan bakıldığında, bir şirketler topluluğunda birbirinden farklı dört şirket ve dört tüzel kişilik bulunabilirken, RKHK anlamında tek bir ekonomik birim bulunmaktadır. Bu nedenle, topluluk şirketleri arasında yapılan anlaşma ve uyumlu eylem, anlaşma olarak kabul edilemez. Yine bunlar arasındaki birleşme ve devralma da 7. madde anlamında bir birleşme ve devralma sayılmaz. TTK m. 195 ve devamı maddeleri ile esas itibarıyla grup içi işlemleri denetleme amacı güdüldüğünde, RKHK kapsamında grup içi işlemler tek bir işlem saymakta ve topluluk şirketleri arasındaki işlemleri bu bağlamda kontrol

⁴⁸⁰ Kontrol Kılavuzu, m. 3.1.2.(11)

⁴⁸¹ Ortak kontrol, iki ya da fazla teşebbüsün diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağına sahip olmaları ve birlikte etkide bulundukları teşebbüsün stratejik kararlarının alınmasında, o kararlar üzerinde anlaşmaya varmalarının gerekmesi halinde söz konusu olur (bkz. Ağu Ayanoğlu Morali, “Avrupa Birliğı Rekabet Hukuku’nda Teşebbüsler Arası Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)”, **GSÜHFD**, C. 3, S. 2, Temmuz 2004, s. 410).

⁴⁸² Altay, **a.g.e.**, s. 412-413.

⁴⁸³ Teşebbüs kavramı RKHK’nin tanımlar başlıklı 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” teşebbüstür.

⁴⁸⁴ Ayanoğlu Morali, **a.g.m.**, s. 405; Metin Topçuoğlu, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, **AÜHFD**, C. 50, S. 4, Aralık 2001, s. 133.

olarak değerlendirmemektedir. Bu yönüyle Rekabet hukukundaki kontrole ilişkin düzenlemeler, TTK m. 195'teki kontrol düzenlemesinden ayrılmaktadır.

Esasen RKHK'da kontrol ve teşebbüs kavramı, rekabet hukukunun kendi amacını gerçekleştirmesine yönelik olarak şekillendirilmiştir. Dolayısıyla buradaki kavramların yaklaşımının şirketler hukuku yönünden benimsenmesi mümkün değildir.

(d) Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kontrol

Sermaye Piyasası Kanunu'nda kontrol kavramı, 26. maddede “pay alım teklifi zorunluluğu” başlığı altında düzenlenmiştir⁴⁸⁵. Bu madde gereğince, halka açık anonim şirketlerde yönetim kontrolünü sağlayan oy haklarının ya da payların iktisap edilmesi durumunda, alım işlemini gerçekleştiren alıcının diğer pay sahiplerinin paylarının satın alınması için teklifte bulunması zorunludur (m. 26/1)⁴⁸⁶. Zorunlu pay alım teklifinde, yönetim kontrolü kavramı esas alınmıştır. Yönetim kontrolü kavramı, SerPK'da ve II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde⁴⁸⁷ tanımlanmamıştır. Ancak SerPK m. 26/2'de hangi hallerde halka açık anonim şirketlerde yönetim kontrolünün ele geçirilmiş kabul edileceği belirtilmiştir⁴⁸⁸. Kanun'da yönetim kontrolünün elde

⁴⁸⁵ Yönetim kontrolüne sahip olmaya sermaye piyasası mevzuatında yalnızca pay alım teklifi zorunluluğu kapsamında sonuç bağlanmamıştır. Bunun dışında, yönetim kontrolüne sahip olmaya, pay devrinde onay alma, kamuyu açıklama yapma (II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği m. 12 ve 22), bazı durumlarda belirli sürelerle borsada satış yapmama (VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m. 8) gibi sonuçlar da bağlanmıştır. Ancak bu hususlar yönetim kontrolü tanımına ilişkin açıklamalarımıza bir etki etmediği için bu konulara girme gereği duymamaktayız. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Sönmez, **Kontrol**, s. 278-279.

⁴⁸⁶ Kanun koyucu bu imkân ile yönetim kontrolünün değişikliğinden tedirgin olan, almış olduğu karardan pay alım teklifi sırasında memnun kalmayan ya da kontrol değişikliğinin bilincinde olmayan diğer pay sahiplerine bir şans daha tanımıştır (Bkz. Tekinalp/Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Kanunu**, s. 37). Böylelikle kontrolün ele geçirilmesi durumunda, kontrolü elinde bulundurmayan diğer pay sahiplerine şirketten çıkma imkânı tanınarak azınlıkta kalan bu pay sahipleri korunmak istenmiştir (Bkz. Murat Balcı, Sinem Turan, **Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Md. 1-73**, C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 551; Ozan Oran, “Halka Açık Anonim Şirketlerde Zorunlu Pay Alım Teklifi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, s. 412).

⁴⁸⁷ II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği, 23.1.2014 tarihli ve 28891 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Pay Alım Teklifi ile halka açık anonim şirketlerde, gönüllü ve zorunlu pay alım teklifinde bulunulması ve zorunlu pay alım teklifinden muafiyete ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir.

⁴⁸⁸ Bu maddeye göre, yönetim kontrolü “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” durumunda elde edilmiş sayılmaktadır. Yönetim kontrolünün elde edileceği durumlar, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde de aynı şekilde sayılmıştır (m. 12).

edileceği haller sınırlı sayıda sayılmıştır⁴⁸⁹. Bu maddede yönetim kontrolü, oransal güç “genel kurulda oy haklarının % 50’sinden fazlasına sahip olma” veya imtiyaz gücü “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya üyelik için aday gösterme imtiyazı veren paylara sahip olma” şeklinde birbirinden bağımsız iki unsurun varlığına dayandırılmıştır⁴⁹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, maddenin hatalı ifade şeklinden iki unsurun bir arada arandığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Hâlbuki bu iki halden birinin varlığı yönetimin kontrolünün sağlanması için yeterli kabul edilmelidir⁴⁹¹.

Yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için oransal güç olarak oy haklarının % 50’sinden fazlasına sahip olunması aranmıştır. Kanun ve Tebliğ’de yönetim kontrolüne sahip olmak için toplam oy haklarının % 50’sinden fazlasına sahip olunması faraziye olarak kabul edilmiştir⁴⁹². Bu nedenle, halka açık anonim şirketlerde esas sözleşmeye koyulacak bir hükümle bu eşiğin değiştirilmesi mümkün değildir⁴⁹³. Ancak belirtmek gerekir ki, halka açık anonim şirketlerde yönetim kontrolünün % 50’nin altında bir oransal güçle de elde edilmesi mümkündür. Halka açık anonim şirketlerde, halka açıklık oranına göre yönetim kontrolünün belirlenmesi de değişiklik göstermektedir⁴⁹⁴. Bu açıdan halka açık şirketlerde yönetim kontrolünün sağlanması için, oy haklarının % 50’sinden fazlasının kabul edilmesi, kontrole sahip olmayan küçük pay sahiplerini korumasız bırakmakta ve zorunlu pay alım teklifinin de uygulama alanını daraltmaktadır⁴⁹⁵. Bu hususta öğretide, sermaye piyasasının yapısal özellikleri ve TTK’daki karar nisaplarına dikkat çekilerek, oy haklarının % 30 veya

⁴⁸⁹ İsmail Türkyılmaz, **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi SBE 2014, s. 31.

⁴⁹⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 358.

⁴⁹¹ II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği’nde ise isabetli olarak, yönetim kontrolü başlıklı 12. maddede tanımlanmıştır. Tebliğ’de, oy haklarının çoğunluğuna sahip olup olunmadığına bakılmaksızın YK üyesinin salt çoğunluğuna veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelik için aday gösterme imtiyazlı paylarına sahip olunması halinde de yönetimin kontrolü elde edilmiş olacağı düzenlenmiştir. Kanun’daki hatalı ifade şeklinin II-26.1 sayılı Tebliğ’deki gibi düzeltilmesi isabetli olacaktır.

⁴⁹² Türkyılmaz, **a.g.e.**, s. 41.

⁴⁹³ Oran, **a.g.m.**, s. 416.

⁴⁹⁴ Halka açık anonim şirketlerde, halka açıklık oranına göre yönetim kontrolünün belirlenmesi de değişiklik göstermektedir. Şirketin halka açıklık oranı arttıkça yönetim kontrolünün elde edilmesinde belirleyici olan oransal güç azalır. Bir şirketin halka açıklık oranının büyümesi, o şirketteki pay sahipliğinin yaygın olduğunu gösterir. Bu gibi şirketlerde yönetimin kontrolü, göreceli olarak daha düşük oy hakkına sahip olunarak ele geçirilebilmektedir (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 359).

⁴⁹⁵ Türkyılmaz, **a.g.e.**, s. 41; Manavgat, **Halka Arz**, s. 359.

daha fazlasına sahip olunmasının⁴⁹⁶ veya sözleşmesel haklarla kullanma hakkına sahip olunmasının yönetim kontrolünün ölçütü olarak belirlenmesi bakımından daha yerinde olacağı belirtilmiştir⁴⁹⁷. Maddede belirtilen % 50’lik orana hangi şekilde ulaşıldığının ise bir önemi yoktur. Bu itibarla, pay devri, birleşme veya devralma gibi her türlü işlem neticesinde bu orana doğrudan ya da dolaylı olarak ulaşmak, yönetim kontrolünün elde edilmesi için yeterlidir⁴⁹⁸.

İmtiyaz gücüyle yönetim kontrolünün elde edilmesi, imtiyazın YK üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkına veya bu üyelikler için genel kurulda aday gösterme hakkına sahip olunmasına bağlanmıştır⁴⁹⁹. Burada sadece imtiyazlı paya sahip olunması, kontrolü ele geçirilmesi için yeterli kabul edilmemektedir. Sahip olunan imtiyaz hakkıyla, YK üyelerinin salt çoğunluğunu oluşturan üyelerin seçimine yönelik bir üstünlük sağlanmalıdır. İkinci halde ise aday gösterme imtiyazına sahip olmak gerekir⁵⁰⁰ ve bu aday gösterme imtiyazına sahip grup içinde hâkim durumda olan pay sahipleri yönetimin kontrolüne sahip kabul edilirken, grup içindeki etkisi olmayan diğer pay sahipleri ise yönetim kontrolüne sahip olamazlar⁵⁰¹. Öte yandan imtiyaza dayalı kontrol bakımından yönetim kurulundaki üyelerin seçimi açısından göreceli olarak salt çoğunluğun kabul edilmesi isabetli olmuştur⁵⁰².

⁴⁹⁶ Zorunlu pay alım teklifinin hukukumuzda girmesinden bu yana Sermaye Piyasası Kurulu farklı oranlarda kontrol oranları yayımlamıştır. Kontrol oranı, “Seri: IV No: 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği”nin 17. maddesinin ilk halinde %35 olarak öngörülmüştü, bu oran daha sonraki bir değişiklikle %25’e indirilmiştir. Seri: IV No: 44 sayılı Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 5. maddesinde ise kontrol oranı “*ortaklığın sermayesinin veya oy hakkının %50 ve daha fazlasına*” sahip olunması şeklinde belirlenmiştir. 6362 sayılı yeni SPK ve II-26.1 sayılı Tebliğ ise kontrol oranı ortaklığın oy haklarının %50’den fazlasına sahip olunması şeklinde kabul edilmiştir.

⁴⁹⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 361.

⁴⁹⁸ Oran, **a.g.m.**, s. 416.

⁴⁹⁹ Yönetim kontrolünde imtiyaz gücü ile ilgili açıklamalar için bkz. Türkyılmaz, **a.g.e.**, s. 48-52.

⁵⁰⁰ TTK m. 360’de yönetim kurulunda temsil edilme hakkının YK üye sayısının yarısını aşamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile SPK m. 26 birlikte ele alındığında bu yol ile yönetimin kontrolünün nasıl elde edileceği konusunda tereddüt oluşmaktadır. TTK m. 360 kapsamında imtiyaz hakkı ile yönetimin kontrolünün oluşabilmesi için Kanun’da ve Tebliğ’de belirtilen salt çoğunluk sınırına ulaşma imkânı verecek kadar farklı pay gruplarına ilişkin payların birlikte iktisap edilmesi halinde mümkün olabilir (Oran, **a.g.m.**, s. 420). Ancak belirtelim ki, farklı varyasyonlarla yönetimde kontrol sağlanabilir, mutlak surette farklı paylar gruplarına ilişkin payları iktisap etmesine gerek bulunmamaktadır.

⁵⁰¹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 358.

⁵⁰² **A.e.**, s. 361.

Halka açık anonim şirketlerde, yönetim kontrolünün ele geçirildiği hallerin sayıldığı SerPK m. 26/2’de, sözleşmesel haklarla kontrolün ele geçirilmesine yer verilmemiştir⁵⁰³. Ancak kanun koyucu, pay devri olmaksızın pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalar ile de yönetim kontrolünü ele geçirebileceğini dikkate almış ve bu hallerde de zorunlu pay teklifi yükümlüğünün doğacağını maddenin üçüncü fıkrasında düzenlemiştir⁵⁰⁴. Bu anlaşmaların yönetim kontrolünün ele geçirilmesi için pay devri veya yönetim gücünün kullanılma şeklini düzenleyen bir anlaşma olması gereklidir⁵⁰⁵. Örneğin sadece bir defaya mahsus belirli bir konuda oy kullanılmasına yönelik oy sözleşmeleri nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilmesi olanağı bulunmayıp o sözleşme yönetim kontrolünü ele geçirmek için yapılmış olmalıdır⁵⁰⁶.

Kanun’da ve II-26.1 sayılı Tebliğ’de ifade edilen kontrol kavramı ile TTK m. 195’te kontrolü sağlayan hukuki olguların paralel olduğu görülmektedir. Buradaki düzenlemeler her ne kadar halka açık şirketlere özgü olsa da şirketler hukuku yönünden kontrol olgusunun belirlenmesinde de yol gösterici nitelikte olduğu kabul edilebilir.

ii. Türkiye Muhasebe Standartları’nda Kontrol Kavramı

İlişkili tarafların tespitinde kontrolün ve ortak kontrolünün varlığının Türkiye Muhasebe Standartlarına göre tespiti gerekmektedir. Zira TMS 24.9’da kontrol ve ortak kontrol kavramlarının sırasıyla TFRS 10⁵⁰⁷’da ve TFRS 11’de belirtilen anlamları ile kullanılacağı belirtilmiştir. Her ne kadar yukarıda ele aldığımız üzere kontrol kavramı için yararlanılabilecek başka düzenlemeler olsa da TMS 24’ün açık atfı gereği TMS/TFRS’de tanımlanan kontrol kavramlarının uygulanması gerekir.

⁵⁰³ Manavgat, **Halka Arz**, s. 356; Oran, **a.g.m.**, s. 430.

⁵⁰⁴ SerPK m. 26/3, II-26.1 sayılı Tebliğ m. 11/2. Burada özel yazılı anlaşma ile pay sahipleri arasında akdedilen, pay sahibi sözleşmeleri ya da oy sözleşmeleri gibi anlaşmalarla yönetimin kontrolün elde edilmesi kastedilmektedir (Bkz. Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 117; Türkyılmaz, **a.g.e.**, s. 53; Manavgat, **Halka Arz**, s. 357).

⁵⁰⁵ Manavgat, **Halka Arz**, s. 357.

⁵⁰⁶ Türkyılmaz, **a.g.e.**, s. 54-55.

⁵⁰⁷ “TFRS 10 - Konsolide Finansal Tablolar” Standardı 28.10.2011 tarih ve 28098 sayılı RG’de yayımlanmış ve 31.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(a) TFRS 10 Uyarınca Kontrol Kavramı

Kontrol kavramını TFRS 10'daki detaylı olarak ele alınmıştır⁵⁰⁸. TFRS 10'un yapısını kontrolün tanımlanması oluşturur. Bir yatırımcının yatırım yapılan şirket üzerinde kontrol sahibi olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin olarak TFRS 10 ayrıntılı bir başvuru kılavuzu sağlar.

TFRS 10'da, bir veya daha fazla varlığı potansiyel olarak kontrol eden bir raporlama kuruluşuna atıfta bulunmak için “yatırımcı işletme” ve bir raporlama kuruluşunun bağlı kuruluşu olan veya potansiyel olarak olabilecek bir işletmeye atıfta

⁵⁰⁸ Kontrol kavramı TFRS 10 yürürlüğe girmeden önce, hem TMS 24'te tanımlanmakta hem de hangi hallerde kontrolün var olacağına ilişkin esaslar TMS 27 Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolar Standardı'nda yer almaktaydı. TMS 27'de “*bir ana ortaklığın kontrolü altında bulunan bir grup işletmenin konsolide finansal tablolarının hazırlanmasına ve sunulmasına ilişkin esasları*” düzenlenmekte ve kontrol ana ortaklık ve bağlı ortaklıklar temelinde ele alınmaktaydı. TFRS 10'un yürürlüğe girmesiyle birlikte kontrol kavramını düzenleyen TMS 27, yürürlükten kaldırılmış ve yine TMS 24'te yer alan aynı tanım da silinmiştir. TFRS 10'da yer verilen kontrol kavramı TMS 27'den farklı bir tanım içermekte ve konuyu oldukça kapsamlı olarak ele almaktadır. (Bkz. TMS 27 uyarınca kontrol kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 90-92; Murat Yüksel, “**Tms 27'ye Göre Konsolide Finansal Tablolar Ve Düzenlenmesi**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi SBE, 2008, s. 25-26). TMS 27'de ve TMS 24'te kontrol, “*bir işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla söz konusu işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücü*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Bu tanıma göre bir kişi, kontrol edilen şirketi operasyonel ve stratejik iş faaliyetleri açısından yönlendirme gücüne sahip olduğunda bu şirketi de kontrol etmiş sayılmaktaydı (Bkz. Senger/Prengel, **Beck'sches IFRSHandbuch**, Rn. 18). Bu tanımdan hareketle kontrol gücü kavramının şirketin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücü ve bu faaliyetlerden yarar sağlama yeteneği olmak üzere iki bileşenin olduğu ifade edilmekteydi (Bkz. Yüksel, **a.g.e.**, s. 25). TMS 27.13'te, aksi delillerle ispat edilmediği sürece bir ana ortaklığın doğrudan veya bağlı ortaklıkları vasıtasıyla dolaylı olarak bir şirketteki oy haklarının yarısından fazlasının kontrolüne sahip olunması halinde kontrolün varlığının kabul edileceği belirtilmekteydi. Bu düzenleme, TTK m. 195/2 ile benzerlik göstermektedir. TMS 27'de oy haklarının yarısından fazlasının kontrol altında tutulması durumunda kontrolün varlığı karine olarak kabul edilmiş ve aksini ispat etme olanağı da tanınmıştır. Ana ortaklığın diğer şirkette oy haklarının yarısına ya da daha azına sahip olması durumunda ise 13. paragrafta belirtilen hallerde kontrolün kabul edileceği belirtilmiştir. Burada sayılan hukuki araçların, TTK m. 195'te yer alan kontrolü sağlayan hukuki araçlarla oldukça benzer olduğu açıkça görülmektedir. (Aynı yönde bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 100. Ayrıca burada belirtilen haller, aynı zamanda şirketin kontrol edilmesi imkânını veren hukuki araçlardır (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 92). Bu paragraf, kontrol kavramının TMS 27'de fiili durum dikkate alınmaksızın kontrolün elde edilmesini sağlayan olguların varlığına sonuç bağlanarak açıklandığını göstermektedir. Ancak yine de bu durum Standardın, içeriğinde yer almayan ancak uygulamada kontrolün elde edilmesine yol açan durumları da kapsamadığı anlamına gelmemektedir. Zira TMS 27'nin amacı kontrole ilişkin değişmez sabit bir tanım getirmekten daha fazlasıdır (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 92). Zira TMS 27'nin amacı kontrole ilişkin değişmez sabit bir tanım getirmekten daha fazlasıdır (Bkz. Steven E. Shamrock, **IFRS and US GAAP A Comprehensive Comparison**, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2012, s. 130). TFRS 10'da ise TMS 27'deki eksiklikler dikkate alınmış, kontrol kavramı daha farklı tanımlanmış ve kontrol açıklanırken her olasılık düşünülerek örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu açıdan TFRS 10 ile kontrol gücü konusunda TMS 27'ye nazaran daha kapsamlı bir düzenleme getirilmiş olduğu en başta söylenmelidir.

bulunmak için ise “yatırım yapılan işletme” terimleri kullanılmıştır⁵⁰⁹. Burada ifade edilen “yatırımcı işletme” kavramı kontrol edeni, “yatırım yapılan işletme” kavramı ise kontrol edileni karşılamaktadır.

Kontrol kavramı, yatırım yapılan şirketle olan ilişkiden dolayı değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilere hak sahibi olunması, aynı zamanda bu getirileri yatırım yapılan şirket üzerindeki güçle etkileme olanağına sahip olunması şeklinde tanımlanmıştır⁵¹⁰.

Kontrolün üç bileşeni vardır⁵¹¹:

- Yatırım yapılan işletme üzerinde güce sahip olma
- Değişken getirilere maruz kalma veya bu getirilere hak sahibi olma⁵¹²
- Getirilerin değişkenliğini etkileyebilmek için işletme üzerindeki gücü kullanma imkânına sahip olma

Kontrolün varlığı için bu üç bileşenin bir arada olması şarttır. Bu bileşenlerden birinin eksikliği halinde, şirket üzerinde kontrolün varlığından söz edilemez. Bu itibarla, kontrole sahip olunabilmesi için şirket üzerinde güce sahip olunması, değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunması ve getiri elde etmede bu gücün kullanılabilmesi şarttır.

⁵⁰⁹ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 377.

⁵¹⁰ TFRS 10.6.

⁵¹¹ TFRS 10.7.

⁵¹² Değişken getirilerle yatırımcının bir kazanç sağlamış olduğu durumlarda bu getirilerde hak sahibi olduğu için getirilerde hak sahibi olma, getiriler yatırımcının zarar etmesine yol açtığında yatırımcı bu riske de katlanmak zorunda kalır. Bu nedenle kontrolün sağlanabilmesi için belirtilen bu koşul ifade edilirken sadece getirilerde hak sahibi olma ifadesi kullanılmamış, “değişken getirilere maruz kalma” ifadesi kullanılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, burada kullanılan “maruz kalma” ifadesi kelime anlamı olarak “*bir olay veya bir durumla karşı karşıya olmak*” anlamına gelmektedir (Bkz. (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 29.10.2020). Bu açıdan Standart’ta bu kelimenin tercih edilmesi hukuki olarak uygun bir ifade olmamıştır.

TFRS 10’da kontrolün belirlenmesinde yargı kullanımı⁵¹³ getirilmiştir⁵¹⁴. Yargı kullanımı yukarıda sayılan üç bileşenin (“sahip olunan güç”, “değişken getirilere maruz kalma” ve “getiri elde etmede gücü kullanma”) var olup olmadığını belirlemek için kullanılır. Bu itibarla bu unsurlarının herhangi birinde değişiklik olması halinde, kontrol edenin şirketi kontrol edip etmediğinin yeniden değerlendirilmesi gerekir⁵¹⁵.

Sırasıyla bu üç bileşen aşağıda incelenecektir.

(i) Şirket Üzerinde Güce Sahip Olunması

Şirket üzerinde sahip olunan güç kavramı TFRS 10’da “*ilgili faaliyetlerin hâlihazırda yönetilmesi imkânını sağlayan mevcut haklar*” şeklinde tanımlanmıştır. İlgili faaliyetler ise yatırım yapılan şirketin, getirilerini önemli ölçüde etkileyen faaliyetler şeklinde ifade edilmiştir⁵¹⁶. Bu gücün varlığından bahsedebilmek için kişinin yatırım yaptığı şirketle ilgili faaliyetleri yönetme olanağı sağlayan haklara sahip olması gerekir (Para. B9). Yatırım yapılan şirketin ilgili getirilerini önemli ölçüde etkileyen faaliyetlerini yönetme imkânını hâlihazırda tanıyan mevcut haklara sahip olunması durumunda, bu şirket üzerinde güce sahip olunur (Para. 10). Bu tanımlardan yola çıkarak güç kavramının, “etki alanı” ve “kaynak” olmak üzere iki unsura dayandırıldığı söylenebilir⁵¹⁷.

Gücün etki alanı, ilgili faaliyetin işletmenin getirilerini⁵¹⁸ önemli ölçüde etkileyip etkilemediğine göre belirlenir⁵¹⁹. İşletmenin getirilerini önemli ölçüde etkileyecek ilgili faaliyetlere örnekler verilmiştir. Bunlar “*mal ve hizmetlerin alımı ve satımı, finansal*

⁵¹³ Muhasebe Standartlarında sıklıkla geçen “yargı kullanımı” ifadesi mesleki yargıyı ifade eder. İlgili mesleğin deneyimli meslek mensubu tarafından, standart ve kuralları çerçevesinde, gerekli özeni göstererek, tarafsız ve bağımsız olarak, dürüstlük gibi etik ile ve kurallara bağlı kalarak varılan hükümler mesleki yargıyı ifade eder. Muhasebe Standartlarında bu durum “yargı kullanımı” şeklinde ifade edilmektedir (İlgili açıklamalar için bkz. Yusuf Sürmen, Yaşar Bayraktar, “Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Mesleki Yargı Kullanımının Değerlendirilmesi: Borsa İstanbul (BIST) 100 Endeksi’ndeki Şirketler Üzerine Bir Araştırma”, **Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi**, S. 9, Ocak 2015, s. 114 vd.

⁵¹⁴ Yargı kullanımı aynı zamanda TFRS 10’u TMS 27’den ayıran önemli özelliklerden birini oluşturur (Bkz. Demet Emine Savaşkan, “Konsolide Finansal Tablolar Standardının (TFRS 10) İncelenmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE**, , 2015, s. 43).

⁵¹⁵ Savaşkan, **a.g.e.**, s. 44.

⁵¹⁶ TFRS 10 Para. EK A.

⁵¹⁷ Sönmez, **Kontrol**, s. 273-274.

⁵¹⁸ Getiri terimi bir yatırımdan elde edilmesi beklenen kazancı ifade eder.

⁵¹⁹ Sönmez, **Kontrol**, s. 274.

varlıkların elde tutma süresince yönetimi, varlıkların seçimi, edinimi veya elden çıkarılması, yeni ürün ve süreçlerin araştırılması ve geliştirilmesi ve finansman yapısının belirlenmesi veya fon edinimi”dır (Para. B11). Bu örnekler tahdidi olarak sayılmamıştır. Kontrol gücünün kaynağını ise haklar oluşturur ve kontrol gücü bu haklardan doğar (Para. 11). Kontrol gücünün belirlenmesinde, sadece asli haklar ve koruyucu nitelikte olmayan haklar nazara alınır (Para. B9). Asli ve koruyucu nitelikteki hak ayrımı, sahip olunan hakların hali hazırda kontrol gücü sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi için yapılmıştır⁵²⁰. Standarda göre asli haktan söz edebilmek için ilgili faaliyetlerin yönetimi konusunda kararların alınmasına ihtiyaç duyulduğunda bu hakların kullanılabilir olması gereklidir (Para. B24). Daha açık bir ifadeyle bir hakkın asli hak olarak kabul edilebilmesi için fiili olarak kullanılabilir olması aranmaktadır. Örneğin, bir şirketteki oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması halinde gerektiğinde şirketin ilgili faaliyetlerinin yönetilmesine ilişkin kararların alınmasında bu oy hakları kullanabiliyor ise oy haklarının TFRS 10 anlamında asli bir hak olduğu kabul edilir. Bir hakkın asli hak olup olmadığının belirlenmesi için tüm durum ve koşulların dikkate alınarak yargı kullanımında bulunulması gerekmektedir⁵²¹. Koruyucu nitelikteki haklar ise ilgili işletme üzerinde güç sağlamayan ve sadece bu hakları elinde bulunduranların çıkarlarının korunması amacını taşıyan haklardır (Para. Ek A). Dolayısıyla sahibine kontrol gücü vermediği için koruyucu nitelikte olan haklar kontrol gücü değerlendirmesinde dikkate alınmazlar⁵²².

TFRS 10’da bu gücün var olup olmadığının bazı durumlarda kolay ve açık bir şekilde belirlenebileceği belirtilmiştir. Örneğin yatırım yapılan şirket üzerindeki gücün oy hakları ile elde edildiği durumlarda, gücün var olup olmadığı kolay ve açık bir şekilde belirlenebilecektir. Diğer durumlarda ise gücün var olup olmadığının belirlenmesi bu kadar kolay olmamaktadır. Örneğin gücün bir veya daha fazla sözleşmeye bağlı anlaşmadan kaynaklandığı bir durumda, gücün var olup olmadığı

⁵²⁰ Güç sağlayan haklar sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmıştır (Para. B15). Ayrıca belirtelim burada örnek kabiline sayılan haklar, yukarıda yer verdiğimiz TTK ve diğer mevzuatlardaki kontrol düzenlemelerinde kontrolü sağlayan hukuki araçlar olarak sayılan durumlarla paralellik göstermektedir.

⁵²¹ Asli hak değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması gereken faktörler sınırlı olmayacak şekilde TFRS 10 Para. B23’te sıralanmıştır.

⁵²² Koruyucu haklar, genellikle işletmenin faaliyetlerine ilişkin temel değişiklikler veya istisnai durumlarla ilgili olurlar. (Bkz. TFRS 10 B28).

değerlendirmesinde birden fazla unsurun göz önünde bulundurulması gerekecektir (Para. 11).

Bir şirket üzerinde kontrol gücünü sağlayan hak, genellikle oy haklarıdır (Para. B34). TFRS 10'da oy haklarının hangi hallerde güç sağlayacağı detaylı olarak ele alınmıştır. Bu konu ele alınırken “oy haklarının çoğunluğu” kavramı esas alınmış ve bu kavram üzerinden kontrol gücünün hangi hallerde var olacağı ve olamayacağı açıklanmaya çalışılmıştır⁵²³. Genellikle bu güç, genel kurulda oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinde olmaktadır. Bunun temel sebebi ise anonim şirketi idare eden YK üyelerini seçme ve azletme gücünün onlarda olmasıdır⁵²⁴. Ancak belirtelim ki oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak doğrudan kontrol gücü sağlamaz, bunun için sahip olunan oy haklarının asli nitelikte olması ve bu oy haklarının ilgili faaliyetleri yönetme olanağını veriyor olması da gerekir⁵²⁵. Oy haklarının yarısından fazlasına sahip olmanın her durumda kontrol gücü vermeyeceğinin öngörülmesi yerinde olmuştur. Nitekim genel kurulun toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış olduğu hallerde, şirketlerde doğrudan oy haklarının yarısından fazlasına sahip olmak kontrol gücü sağlamayacaktır. TFRS 10 da bu hususu nazara almış, oy haklarının yarısından çoğunu elde bulundurmaya doğrudan sonuç bağlamamış, sahip olunan oy hakları ile hâlihazırda şirketin yönlendirilebiliyor olması gerektiğini belirtmiştir⁵²⁶.

⁵²³ Bir şirkette oy haklarının yarısından çoğunu elinde bulunduran kişinin, ilgili faaliyetleri elinde bulundurduğu oy ile yönetebilmesi veya yönetim organının üyelerinin çoğunluğunun elinde bulundurduğu oyu ile atayabiliyor olması durumunda bu güce sahip olduğu kabul edilir. (Para. 35). Bu düzenlemenin TTK m. 195/1 ile paralel olduğu görülmektedir. TTK m. 195/1'de de oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak ve yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu seçme yetkisine sahip olmak kontrolü sağlayan araçlar olarak sayılmıştır.

⁵²⁴ Paslı, **Anonim Ortaklıkta Kontrol**, s. 346.

⁵²⁵ TFRS 10.B36. TFRS 10, bir işletmenin oy haklarının yarısından fazlasına sahip olma durumunu detaylı olarak ele almıştır. Ancak oy haklarının asli nitelikte olmaması durumunda, yatırım yapılan şirketteki oy haklarının çoğunluğuna sahip olursa dahi bu şirket üzerinde güç sağlanamaz (Para. B37). Böyle bir duruma, bir yönetim sözleşmesi veya yönetime yetkili kişilerin seçilmesinin belirlenmesi imtiyazı gibi bir esas sözleşme hükmü gereği yönetimi yönlendirme gücünün başkasında olduğu durumlar örnek verilebilir.

⁵²⁶ TTK m. 195'te payların çoğunluğa sahip olunması durumu hâkimiyetin varlığına karine olarak düzenlenirken, oy haklarının çoğunluğa sahip olmak faraziye olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan TTK m. 195 ile TFRS 10'un farklı olduğu görülmektedir. Bu farklılık esasen TFRS 10'un kontrolü belirleme amacını taşıması ve somut durumları da nazara alırken, TTK m. 195'in ise somut durumdan ziyade maddede sayılan hukuki durumların varlığı halinde topluluk hükümlerinin uygulanması amacını taşınmasından kaynaklanır.

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olunmamasına rağmen kontrol gücüne sahip olunabileceği durumlar da belirtilmiştir⁵²⁷. Buna göre, işletmenin oy haklarının çoğunluğuna sahip olmayan bir kişi, diğer oy sahipleri ile arasındaki sözleşmeye bağlı bir anlaşma ile veya sözleşmeye bağlı diğer haklardan kaynaklanan haklar ile veya kendi oy hakları ile ya da potansiyel oy hakları ile de bu güce sahip olabilecektir⁵²⁸. Buraya oyda imtiyaz (TTK m. 479) veya YK üyeliğine aday gösterme imtiyazı tanınması (TTK m. 360) veya TTK m. 334 bağlamında yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkının verildiği durumlar örnek gösterilebilir. Yine TTK m. 195/1(b)’de dile getirilen “hâkimiyet sözleşmesi” bunun örneğini teşkil eder.

TFRS 10.38’de yer alan “*potansiyel oy hakları*” ifadesi ile yatırım yapılan işletmede oy hakkı elde edilmesine imkân veren haklar kastedilmektedir. Bu haklar forward sözleşmeleri⁵²⁹ dâhil olmak üzere, dönüştürülebilir araçlardan veya opsiyonlardan kaynaklanan potansiyel oy hakları gibi hakları ifade eder⁵³⁰. Söz konusu potansiyel oy haklarının yalnızca asli olması durumunda göz önünde bulundurulması gerekir. Yani potansiyel oy hakkına sahip kişinin hâlihazırda bu hakkını kullanarak kontrol gücüne sahip olabilecek durumda olması gerekir. Örneğin gelecek yıl için tanınan bir opsiyon hakkı halihazırda asli hak niteliğinde olmayacağı için yatırımcıya kontrol gücü vermez⁵³¹.

Güç sağlayan bu haklar, yatırım yapılan şirkete göre farklılık gösterebilir (Para. B14). Yatırım yapılan şirket üzerinde kontrol gücüne sahip olup olunmadığına ilişkin değerlendirme, ilgili faaliyetlere ve bu faaliyetlere ilişkin kararların alınış şekillerine ve yatırım yapılan şirketle ilgili olarak diğer tarafların sahip oldukları

⁵²⁷ Bkz. TFRS 10 B38.

⁵²⁸ Burada yer alan “*oy haklarını elinde bulunduran diğer kişilerle yapılan sözleşmelere bağlı anlaşma*” ifadesi ile yeteri kadar oy hakkı olmayan bir kişiye güç sahibi olmasına yetecek kadar oy hakkı kullanma hakkının, bir anlaşma ile verilebileceği durumlar kastedilmektedir (Para. B39). Bu duruma hissedarlar ya da oy sözleşmeleri ile genel kuruldaki oy çoğunluğu sağlanarak kontrol gücünün sağlandığı haller örnek teşkil eder. Burada yer alan “sözleşmeye bağlı diğer anlaşmalardan sağlanan haklar” ifadesi ile ise şirketin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânı veren haklara işaret edilmektedir.

⁵²⁹ Forward sözleşmeleri, emtia, döviz, menkul kıymet, altın gibi belirli bir varlığın daha önceden belirlenmiş fiyat üzerinden sonraki bir tarihte alınmasını veya satılmasını öngören sözleşmelerdir (Detaylı açıklama için bkz. Birsal Sabuncu, **Tms-Tfrs Kapsamında Türev Araçlar**, Ankara, Ekin Yayınevi, 2016, s. 14 vd.

⁵³⁰ TFRS 10 B 47.

⁵³¹ Standart’ta bu durum çeşitli örneklerle açıklanmıştır (Bkz. TFRS 10 Para. 50).

haklara göre yapılmalıdır (Para. B10). Kontrol gücünün değerlendirilmesinde, kontrol edilen şirketin amacının ve kontrol yapısının da dikkate alınması gerekir. İşletmenin kontrol yapısının tasarımı, ilgili faaliyetlerin en önemli kısmını hangi tarafın kontrol ettiğini anlamak için önemlidir. Bir işletmede başka kişiler de güce sahip olabilir ancak en fazla gücü uygulayabilen taraf kontrole sahip olur⁵³².

(ii) Değişken Getirilere Maruz Kalınması veya Bu Getirilerde Hak Sahibi Olunması

TFRS 10 kapsamında kontrolün kabul edilebilmesi için aranan ikinci koşul, yatırım yapılan şirketle olan ilişkiden dolayı değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunmasıdır. Bir yatırımcı işletmenin, yatırım yapılan işletme üzerinde kontrole sahip olup olmadığı değerlendirilirken değişken getirilere maruz kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir⁵³³.

Değişken getiriler, “*sabit olmayan ve yatırım yapılan işletmenin performansına bağlı olarak değişkenlik gösterme potansiyeline sahip olan getiriler*”dir⁵³⁴. Getirilerin değişken olup olmadığı ve getirilerin ne oranda değişkenlik gösterdiği değerlendirilirken, getirilerin yasal biçimine bakılmaksızın anlaşmanın özünün nazara alınması gerekir. Örneğin, sabit faiz ödemelerine sahip bir tahvile sahip olduğunda, bu sabit faiz ödemeleri değişken nitelikli getiridir. Çünkü faiz ödemeleri belirli olsa da temerrüt riski taşır ve yatırımcı işletme, tahvil ihraççısının kredi riskine maruz kalmış olur. Değişkenlik miktarı ise tahvilin kredi riskine göre ortaya çıkar (Para. 56).

(iii) Gücü Kullanma İmkânına Sahip Olma

Yatırım yapılan işletme üzerinde güce sahip olunması ve değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunması bu işletme üzerinde kontrole sahip olunması için yeterli görülmemiştir. Yatırım yapılan işletme üzerinde kontrol sahibi olunabilmesi için üçüncü ve son koşul olarak yatırım yapılan şirket üzerindeki gücün kullanılması imkânına da sahip olunması gerekir⁵³⁵. Bu yönünle TFRS 10’un

⁵³² Shamrock, **a.g.e.**, s. 131.

⁵³³ TFRS 10 B55.

⁵³⁴ TFRS10.B56. Ayrıca getiri örnekleri için bkz. TFRS 10.B57.

⁵³⁵ Bu imkâna sahip olup olmadığı belirlenirken ise yatırımcı işletmenin yatırım yaptığı işletmede bir vekil mi yoksa asil mi olduğunun belirlenmesi gerekir. Çünkü vekil konumunda olan yatırımcı,

kontrol gücünün belirlenmesinde güç ve getiriler arasındaki ilişkiyi temel aldığını söylemek mümkündür⁵³⁶.

(b) TFRS 11 Uyarınca Ortak Kontrol Kavramı

Bir gerçek kişi ve bu kişinin yakın aile üyesi, söz konusu kişinin raporlayan şirket üzerinde müşterek kontrol gücüne sahip olması durumunda, raporlayan şirket ile ilişkili taraf sayılır. Bir işletmenin yatırım yapılan şirketi kontrol etmediği sonucuna varıldığında, ilişkili taraf olup olmadığının belirlenmesi için yatırım yapılan şirket üzerinde ortak kontrole sahip olup olmadığının incelenmesi gerekir.

TMS 24'te "ortak kontrol" konusunda TFRS 11'e göndermede bulunmaktadır⁵³⁷. Ancak kavram, TMS 24'te ortak kontrol olarak ifade edilirken, TFRS 11'de "müşterek kontrol" şeklinde ifade edilmektedir⁵³⁸.

TFRS 11'de ortak kontrol, bir anlaşma üzerindeki kontrolün sözleşmeye dayalı olarak paylaşılması olarak tarif edilmiştir. Ortak kontrol, bir kişinin dolaylı olarak veya doğrudan raporlayan işletmenin kontrolünü bir anlaşma ile başka bir tarafla paylaştığı durumlarda söz konusu olur⁵³⁹. Bu nedenle ortak kontrolün var olup olmadığının belirlenebilmesi için en başta işletmenin kontrol edilip edilmediğinin tespit edilmesi şarttır. Kontrol kavramı, yukarıda ele aldığımız üzere kapsamlı olarak TFRS 10'da düzenlenmiştir. Bu nedenle kontrolün varlığı belirlenirken öncelikle bu Standart esas

kendisine devredilen bu hakkı kullanıyor olsa da yatırım yapılan işletmeyi kontrol etmiş sayılmaz (Para.18, Para. B58). Bu konudaki detaylı düzenlemeler için bkz. TFRS 10.B58 vd.)

⁵³⁶ Serkan Terzi, "Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri Ve Kontrol Modeli", *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi*, C. XV, S. I, 2013, s. 286.

⁵³⁷ Müşterek kontrol kavramı TMS 24'te "Bir ekonomik faaliyet üzerindeki kontrolün sözleşmeye dayalı olarak paylaşılması" şeklinde tanımlanmaktaydı. Ancak TFRS 10'un yürürlüğe girmesiyle bu tanım silinmiş ve "ortak kontrol" kavramının TFRS 11 Müşterek Anlaşmalar Standardı'nda belirtilen anlamı ile kullanılacağı ifade edilmiştir. TFRS 11'in yayımlanması ile birlikte, daha önce yürürlükte bulunan TMS 31 İş Ortaklıklarındaki Paylar Standardı ile TMS Yorum 13 yürürlükten kaldırılmıştır. Müşterek Anlaşmalar Standardı'nda, TMS 31'deki iş ortaklıkları adı altında ortak kontrol edilen faaliyetler, ortak kontrol edilen varlıklar ve ortak kontrol edilen işletmeler şeklindeki sınıflandırma terkedilerek, müşterek anlaşma temel alınmıştır. Sınıflandırma yapılırken anlaşma taraflarının hak ve yükümlülüklerinden hareket edilmiştir. Böylelikle TMS 31'deki iş ortaklığı kapsamı daraltılmıştır. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Seçil Öztürk, "İşletmeler Arasındaki İttifakların TFRS-11 Müşterek Anlaşmalar Standardına Göre Raporlanması", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Ocak 2017, s. 120; Sibel Karğın, "TFRS 11 Kapsamında Müşterek Anlaşmaların Değerlendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi", *SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2013, C.18, S.1, s. 309 vd.

⁵³⁸ Terim birliğinin sağlanabilmesi için biz burada "ortak kontrol" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

⁵³⁹ Stollenwerk, *a.g.e.*, s. 53.

alınmalıdır. Bu kapsamda, anlaşmanın taraflarının tümünün veya bir kısmının müşterek anlaşmadan dolayı, değişken getirilere maruz kalıp kalmadığı veya bu getirilere hakkı olup olmadığı ve bu getirileri gücüyle etkileme imkânına sahip olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır. Böylelikle anlaşmanın taraflarının tümünün veya bir kısmının, anlaşmanın getirilerini önemli ölçüde etkileyen ilgili faaliyetleri müşterek yönetebiliyor olmaları halinde, tarafların anlaşmayı birlikte kontrol ettikleri sonucuna varılır. Tarafların tümünün veya bir kısmının anlaşmayı birlikte kontrol ettikleri sonucuna varılmasından sonra ise tarafların TFRS 11 bağlamında anlaşma üzerinde ortak kontrole sahip olup olmadığı değerlendirmesi yapılmalıdır⁵⁴⁰.

TFRS 11’de ortak kontrol kavramı detaylı olarak ele alınırken, tüm anlaşmalar müşterek anlaşmalar çatısı altında toplanmış, müşterek anlaşmalar da “müşterek faaliyetler” ve “iş ortaklıkları” şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Bu açıdan iş ortaklığı veya müşterek faaliyet yatırımcılarının akdettikleri müşterek anlaşma üzerindeki kontrol, ortak kontrolü ifade eder. İki veya daha fazla tarafın üzerinde ortak kontrole sahip olduğu anlaşma müşterek anlaşmayı oluşturur. İfade edildiği üzere müşterek anlaşma ancak bir müşterek faaliyet ya da iş ortaklığı⁵⁴¹ şeklinde olabilmektedir. Bu ikili sınıflandırma anlaşmaya iştirak eden tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülüklerine göre belirlenir (Para. 14). Ortak kontrole sahip olan tarafların müşterek anlaşmayla ilgili varlıklar üzerinde haklara ve borçlara ilişkin yükümlülüklerle sahip oldukları durumda bu anlaşma bir müşterek faaliyet; buna karşın

⁵⁴⁰ TFRS 11.B5,B6.

⁵⁴¹ Uluslararası Finansal Raporlama Standartları’nda da kullanılan “joint venture” kavramı, bu standartların birebir çevirisi niteliğinde olan TFRS’lerde “iş ortaklığı” şeklinde tercüme edilerek kullanılmıştır. Bu nedenle biz de Standart ile uyum sağlayabilmek için “iş ortaklığı” terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Ayrıca ifade edelim, uluslararası literatürde “joint venture” olarak kullanılan kavram, dilimize farklı şekillerde çevrilerek kullanılmış ve bu konuda bir terim birliği sağlanamamıştır. (Terimin kullanıldığı farklı şekiller için bkz. Öztürk, **a.g.m.**, s. 117). Bununla birlikte kavram için Türk hukukunda yaygın olarak İngilizce aslı “joint venture” ve “ortak girişim” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. (Ortak girişim kavramının kullanıldığı eserlere örnek olarak bkz. Altay, **a.g.e.**; Joint venture kavramının kullanıldığı eserlere örnek olarak bkz. Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, “Joint Venture”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, s. 143-176; Kemal Dayınlarlı, Joint Venture Sözleşmeleri, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2007).

tarafların anlaşmanın net varlıkları üzerinde haklara sahip oldukları hallerde ise bu anlaşma bir iş ortaklığıdır⁵⁴².

Ortak kontrolün varlığı için kontrolü paylaşan tarafların ilgili faaliyetlere ilişkin kararları, oybirliği ile almaları gerekir. Tarafların tamamı ya da bir kısmı, anlaşmanın getirilerini önemli ölçüde etkileyen ilgili faaliyetleri kontrol edebilmek için birlikte hareket etmek zorunda olduklarında anlaşmayı da birlikte kontrol etmiş olurlar (Para. 8). Tarafların anlaşmayı birlikte kontrol ettiği hallerde, ortak kontrol ancak ilgili faaliyete ilişkin kararların anlaşmanın taraflarının “*oy birliği ile mutabakatı*” ile alınmasını gerektirdiği hallerde var sayılır⁵⁴³. Diğer bir ifadeyle ortak kontrol, sadece ilgili faaliyetlere ilişkin kararların anlaşmayı müşterek kontrol eden tarafların oybirliğiyle alınmasını gerektirdiği hallerde söz konusu olur⁵⁴⁴. Müşterek anlaşmada, taraflardan birinin tek başına bu anlaşmayı kontrol etmesi söz konusu olmaz⁵⁴⁵. Ancak taraflardan biri, ilgili faaliyetlere ilişkin kararlara rıza göstermeyerek taraflardan herhangi birinin ya da bir kısmının bu anlaşmayı kontrol etmesini engelleme imkânına sahiptir (Para.10, B9). Ortak kontrolün varlığı için müşterek anlaşmanın taraflarının eşit güce sahip olmaları şart değildir. Burada önem arz eden husus, anlaşmanın taraflarının mutabakatının gerekmesi ve tarafların tek başına hareket etme imkânının olmamasıdır⁵⁴⁶.

⁵⁴² TFRS 11 EK A, B14. Standart, müşterek anlaşmanın iş ortaklığı ve müşterek faaliyet şeklinde nasıl ayrılması gerektiğini detaylı olarak açıklamaktadır. Standart, ortak kontrol kavramı daha iyi anlaşılсын diye çok detaylı açıklamalara ve çeşitli ihtimaller üzerinde kurmuştur. Müşterek anlaşmanın sınıflandırılmasındaki ilk faktör, ayrı bir aracın olup olmadığının değerlendirilmesidir. Müşterek anlaşmaların yapısı ayrı bir araç vasıtasıyla yapılandırılmayan veya ayrı bir araç vasıtasıyla yapılandırılan anlaşmalar şeklinde ayrılmıştır. Eğer anlaşma ayrı bir araç vasıtasıyla yapılandırılmış ise, bu durumda söz konusu ayrı aracın hukuki şeklinin, sözleşmeye bağlı anlaşma hükümlerinin ve ilgili olması durumunda diğer durum ve koşulların dikkate alınması gereklidir (Para. B15). Burada yer alan “ayrı bir araç” teknik bir kavramı ifade etmektedir. Ayrı araç yapısı, tüzel kişiliği haiz olsa da olmasa da anlaşma taraflarından ayrı işletme ya da ayrı olarak tanımlanabilen finansal yapıları ifade etmektedir (Para. EK A). (Daha detaylı açıklamalar için bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 830).

⁵⁴³ TFRS 11.7.9, EK A.

⁵⁴⁴ Sözleşmeye bağlı anlaşmada oybirliğiyle mutabakat açıkça veya örtülü olarak belirlenmelidir. Sözleşmeye bağlı anlaşmada, taraflarca kararlaştırılan karar verme sürecine göre bazı hallerde müşterek kontrol zımnen kabul edilmiş sayılmakta, bazı hallerde ise sözleşmeye bağlı anlaşma ile ilgili faaliyetlere ilişkin alınacak kararlar için belirli asgari bir oy hakkı oranı belirlenmektedir (Para. B7).

⁵⁴⁵ Burada yer alan oybirliğiyle mutabakat koşulu; müşterek anlaşma üzerinde ortak kontrolü bulunan herhangi bir tarafın veya taraflardan bir kısmının katılmaksızın ilgili faaliyetlere ilişkin tek yönlü karar alabilmesini önler.

⁵⁴⁶ Paslı, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, s. 67.

Müşterek anlaşmanın ortak kontrol edilip edilmediği değerlendirilmesinde anlaşmanın tüm taraflarının mı, yoksa tarafların bir kısmının mı ortak kontrolünün olduğunun tespit edilmesi gerekir⁵⁴⁷. Bu tespit yapılırken tüm durum ve koşullar göz önüne alınarak yargıda bulunulması gerekir (Para. 12). Bazı durumlarda, birlikte kontrolün olmadığı veya oybirliğiyle mutabakata varılmadığı açıkça anlaşılabilir. Örneğin pazarlama faaliyetleri üzerinde ortak kontrol sağlamayan bir toptancı ile perakendeci arasında ortak bir reklam maliyet paylaşımı anlaşması yapılamayacağı kolayca anlaşılır⁵⁴⁸.

Ortak kontrolün var olup olmadığının nasıl değerlendirilmesi gerektiği TFRS 11.B11’de bir şema ile gösterilmiştir. Bu şemada, aşağıdaki sorular yer almaktadır:

- “Sözleşmeye bağlı anlaşma tarafların tümüne veya bir bölümüne anlaşma üzerinde birlikte kontrol sağlıyor mu?” → Cevap hayır ise ortak kontrol yoktur.
- “İlgili faaliyetlere ilişkin kararlar anlaşmayı birlikte kontrol eden tarafların tümünün veya bir bölümünün oybirliğiyle mutabakatını gerektiriyor mu?” → Cevap hayır ise ortak kontrol yoktur.

Özetle şemaya göre, yukarıdaki bu iki soruya verilen cevap evet ise anlaşma müştereken kontrol edilmekte ve anlaşma da müşterek bir anlaşma olarak kabul

⁵⁴⁷ Bir anlaşmanın taraflarından biri, başka bir taraf için fiili temsilci olarak da hareket edebilir. Bu nedenle, ortak kontrolün kurulup kurulmadığını belirlemek için anlaşmaya taraf olanlardan herhangi birinin, başka bir tarafın fiili temsilcisi olup olmadığı değerlendirmelidir. İlgili faaliyetlerle ilgili kararlar için sözleşmeye dayalı anlaşmada oybirliğiyle onay alınması kararlaştırılmışsa, bir yönetici atanması durumunda da ortak kontrolün var olması mümkündür. Bazen bir düzenleme tüm taraflara bir oy hakkı verir, ancak bir kilitlenme veya anlaşmazlık durumunda, bir tarafa karar verme hakkı tanınabilir. Ancak tek bir taraf ilgili faaliyetleri tek taraflı olarak yönlendirirse, ortak kontrol olmaz. (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 836).

⁵⁴⁸ Diğer taraftan belirtelim ki, ortak kontrolün varlığı için anlaşmanın her bir tarafının ortak kontrole sahip olması aranmaz. Daha açık bir ifadeyle anlaşmanın müşterek anlaşma olarak kabul edilebilmesi için tüm tarafların ilgili faaliyetlerin ortak kontrolüne sahip olması gerekmez. Tarafların hepsinin müşterek kontrole sahip olmaması halinde de bir anlaşma müşterek anlaşma olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle Standart, müşterek anlaşmanın ortak kontrolüne sahip olan tarafları (*müşterek faaliyet katılımcıları veya iş ortaklığı katılımcıları*) ile müşterek anlaşmanın tarafı olmakla birlikte müşterek anlaşmanın ortak kontrolüne sahip olmayan tarafları şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Standart, müşterek anlaşmaya katılan, ancak müşterek kontrole sahip olmayan tarafı açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte, bu tarafları müşterek anlaşmaya iştirak eden ancak ortak kontrole sahip olmayan taraflar şeklinde nitelendirmektedir (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 832).

edilmektedir⁵⁴⁹. İki sorudan herhangi birine verilen cevap hayır ise ortak kontrol yoktur ve bu anlaşma TFRS 11 kapsamı dışında kalır⁵⁵⁰.

(2) Önemli Etkiye Sahip Olma

İlişkili tarafların belirlenmesinde bir diğer ölçüt önemli etkiye sahip olmaktır. Bir gerçek kişi ve bu kişinin yakın aile üyesi, raporlayan şirket üzerinde önemli etkiye sahip olması durumunda raporlayan şirket ile ilişkili taraf sayılır.

Önemli etki kavramı, TMS 24'te yapılan atıf gereği TMS 28'de yer alan anlamı ile kullanılmaktadır⁵⁵¹. TMS 28.3'te, önemli etki “*yatırım yapılan işletmenin finansal ve faaliyetle ilgili politikaların belirlenmesi kararlarına katılma gücü*” olarak tanımlanmış ve bu politikaların kontrolü veya ortak kontrolünün önemli etki olmadığı da açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle önemli etki, bir kişinin şirketin finansal ve faaliyetle ilgili kararlarına hâkim olmadan katılabilmesi durumunu ifade eder. Kontrol kavramından ayıran temel farkı da burada “bu süreçlere hâkim olmadan” dâhil olunması oluşturmaktadır⁵⁵². Önemli etki, ilgili şirketin finansal ve iş politikası kararlarına katılma olasılığıdır. Finansal ve iş politikası kararlarına katılma “olasılığı”, önemli etkinin varlığı için yeterlidir, burada fiili bir etkinin varlığı önemli değildir⁵⁵³.

TMS 28.5'te önemli etkinin varlığı için bir de karine öngörülmüştür. Bir kişinin, doğrudan ya da dolaylı olarak yatırım yapılan şirketteki oy haklarının % 20'sini veya daha fazlasını elinde bulundurması durumunda, aksi açıkça ispatlanmadıkça, bu şirkette önemli etkisinin olduğu varsayılır. Önemli etkinin varlığının tespitinde geniş bir etki olasılığı yelpazesi bulunmaktadır ve bu nedenle de sınırların çizilmesi oldukça zordur. Böylelikle, oy haklarıyla ilgili oransal bir sınırlandırma yapılarak önemli etkinin belirlenmesi kolaylaştırılmaya çalışılmıştır. IAS 28'de sınırlandırmaya yönelik bu güçlüğün üstesinden gelebilmek için, oy haklarının % 20'si ve daha fazlası olacak

⁵⁴⁹ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 832.

⁵⁵⁰ TFRS 11 kapsamı dışında kalan bu anlaşmanın ilgili standartlara göre (TFRS 10, TMS 28 (son şekliyle), TFRS 9 gibi) muhasebeleştirilmesi gerekir.

⁵⁵¹ Önemli etki kavramı, TMS 24.9'da “*Yatırım yapılan işletmenin finansal ve faaliyetle ilgili politikaların belirlenmesi kararlarına katılma gücü*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Ancak bu maddede yer alan tanım silinmiş ve bu terimin TMS 28'deki anlamı ile kullanılacağı belirtilmiştir.

⁵⁵² Joachim Hennrichs, Wolfgang F. Schubert, “IAS 24. Angaben über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen (Related Party Disclosures)”, **Münchener Kommentar zum Bilanzrecht**, 5. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, Rn. 43; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 54.

⁵⁵³ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 54.

şekilde keyfi bir sınır koyulması tercih edilmiştir⁵⁵⁴. IAS 28'deki % 20 eşik doğrudan TMS 28'e de alınmıştır. Ancak Türk şirketler hukuku perspektifinden bakıldığında da % 20 eşik keyfi görünmektedir. Çünkü bu katılım sınırına şirketler hukukunda doğrudan bir sonuç bağlanmamaktadır⁵⁵⁵. Alman hukukunda da bu eşğin keyfi olduğu şirketler hukukunda bir karşılığının olmadığı haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁵⁶.

Oy haklarıyla ilgili % 20'lik eşik, önemli etkinin varlığına karine oluşturmaları nedeniyle merkezi öneme sahiptir⁵⁵⁷. Oy haklarının % 20'si veya daha fazlasının elde tutulduğu her durumda, aksi ispat edilmedikçe önemli etkide bulunulmuş olduğu kabul edilir⁵⁵⁸. Yatırım yapılacak işletmeye başka yatırımcıların da önemli miktarda veya mutlak çoğunlukla sahip olması, önemli etkiye sahip olunmasına doğrudan bir engel oluşturmaz. Ancak fiili duruma göre önemli etkinin olmadığı kabul edilebilir⁵⁵⁹.

Bir şirketteki oy haklarının yüzde 20'sinden daha azının elde bulundurulması durumunda ise kural olarak önemli bir etkinin olmadığı varsayılır. Ancak % 20'lik sınırın altında kalırsa dahi önemli bir etkide bulunduğunun açıkça ortaya konulması durumunda da önemli etkinin varlığı kabul edilir⁵⁶⁰. Oy haklarının yüzde 20'sinden daha azının elde bulundurulması durumunda, önemli etkinin olup olmadığını

⁵⁵⁴ TMS 28'de önemli etki için varsayımın neden % 20 olarak tespit edildiğine ilişkin ayrıca bir gerekçe sunulmamıştır. Ayrıca bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 55.

⁵⁵⁵ Türk hukukunda payın veya oy hakkın % 20'ye ulaşıldığı hallerde şirketler topluluğunda TTK m. 198 gereğince bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğü getirilirken sermaye piyasası mevzuatında da % 20 oy hakkına sahip olunması özel durumların kamuya açıklanması bağlamında açıklama gerekliliği öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemelerde sadece % 20 eşik sayılmamakta, başkaca eşikler de açıklama gerekliliği kapsamında sayılmaktadır. Dolayısıyla % 20 eşğin seçilmesinde bu düzenlemeler de gerekçe olarak gösterilememektedir. Kaldı ki bu hükümler de % 20 veya daha fazla oy hakkına sahip kişilerin şirket üzerinde etkiye sahip olduklarını destekleyecek düzenlemeler değildir.

⁵⁵⁶ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 72.

⁵⁵⁷ **A.e.**, s. 55.

⁵⁵⁸ Aksinin açıkça nasıl ortaya koyulacağı ise açıklanmamış; ancak önemli etkinin hangi halde kaybedebilmiş olacağı belirtilmiştir. Bir kişi, yatırım yaptığı şirketin finansal ve faaliyet politikası ile ilgili kararlara katılma gücünü kaybettiğinde bu şirket üzerindeki önemli etkisini de kaybetmiş sayılır (Para. 9).

⁵⁵⁹ Örneğin A'nın B şirketinin oy haklarının % 30'una ve C'nin ise B şirketinin oy haklarının % 51'ine sahip olduğu durumda, A'nın B şirketi üzerinde önemli etkiye sahip olduğu kabul edilir. Ancak B şirketinin oy haklarının % 51'ine sahip olan C'nin bu gücü kullanarak, finansal ve faaliyet politikalarının belirlenmesinde A'nın etkisini devre dışı bırakması durumunda A'nın önemli etkisi de ortadan kalkmış olur (Bkz. Gürbüz Gökçen, Başak Ataman, Cemal Çakıcı, **Türkiye Finansal Raporlama Standartları Uygulamaları**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 459).

⁵⁶⁰ TFRS 12.9, bir işletmenin, başka bir işletmenin oy haklarının % 20'sinden daha azına sahip olduğu durumlarda önemli etkisinin bulunmadığını karar verirken yapılan önemli yargı ve varsayımları açıklamasını gerektirir.

değerlendirmek için dikkatli bir muhakeme gereklidir⁵⁶¹. Diğer taraftan yatırım yapılan bir şirketteki oy gücünün % 20'sinden daha azına sahip olan bir yatırımcının karine olarak önemli etki sahip olmadığı kabul edilirken TMS 28.6'da sayılan hallerden birinin varlığı halinde bu yatırımcının da önemli etkiye sahip olduğu kabul edilecektir. Önemli bir etkiye işaret eden beş hal TMS 28.6'da belirtilmiştir⁵⁶². Burada sayılan beş halden birinin varlığı, önemli etkinin kabul edilmesi için yeterli görülmüştür. Gerçekten de burada sayılan haller, bir şirkette önemli etkide bulunduğu gösterebilecek nitelikte ve belirli pay sahipleri ya da kişilerin etkili olabileceği nitelikteki hallerdir⁵⁶³.

Görüldüğü gibi “kontrol” ölçütünde olduğu gibi, sadece finansal ve iş politikası kararlarına katılma fırsatı “önemli etki” için yeterli kabul edilmiş, fiili olarak kararları etkilemeye veya katılma gücü ayrıca aranmamıştır. Önemli etkinin belirlenebilmesinin zorluğu dikkate alınarak TMS 28.6'da oy haklarının en az yüzde 20'sine sahip olmakla bağlantılı bir varsayım kuralı seçilmiştir. Bu eşik aşıldıktan sonra, etkinin gerçekte uygulanıp uygulanmadığı önem taşımamakta; ancak bu eşiğin altında bir oy hakkına

⁵⁶¹ Önemli etkinin varlığı için salt kararlara katılma gücünün yeterli görülmesi; kontrol gücü de aranmadığı için, genel kurulda alınacak bu yöndeki kararlar yönünden bütün pay sahiplerinin bu kapsama sokulmasına neden olabilir. Bu nedenle tanıtımda karara katılma gücü vurgulandığı için kararları belirleme gücüne sahip olunmasa bile, amaçsal bir yaklaşımla bütün pay sahiplerinin katılamadığı karar süreçlerine katılmanın önemli etkinin varlığı bakımından gerekli görülmesi amaca uygun bir yorum olacaktır (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 280).

⁵⁶² TMS 28.6: “Aşağıdaki hususların bir ya da birden fazlasının varlığı halinde bir işletmenin önemli etkisinin bulunduğu kabul edilir: (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 veya (e) İşletme için gerekli teknik bilginin sağlanması”.

⁵⁶³ Örneğin TTK m. 360 çerçevesinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması, TMS 28.6.(a)'da ifade edilen YK ya da idari organında temsil edilme haline karşılık gelmektedir. Böylelikle, TTK m. 360 çerçevesinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmasının, pay sahipleri yönünden önemli etkinin varlığına karine teşkil edeceği söylenebilecektir. Bu hakkın tanınması halinde, bu grupta yer alan ancak aday belirleme sürecinde etkisi olmayan pay sahiplerinin, şirketin karar alma gücüne dolaylı da olsa katılma gücü söz konusu olmayacağı için bu grup içinde sadece belirleyici güce sahip olan pay sahiplerinin önemli etkiye sahip oldukları kabul edilmelidir (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 280). Ayrıca potansiyel oy haklarının da “önemli etkinin” göstergesi olabileceği belirtilmiştir. Bir işletmenin başka bir işletmenin finansal ve faaliyet politikaları üzerinde önemli etkiye sahip olup olmadığı değerlendirilirken, başka bir işletmenin sahip olduğu potansiyel oy hakları dâhil olmak üzere hâlihazırda kullanılabilir veya dönüştürülebilir potansiyel oy haklarının varlığının ve etkisinin dikkate alınması gereklidir (Para. 7).

sahip olunması durumunda önemli etkini varlığından söz edebilmek için fiili olarak kararları etkilemeye veya katılma gücünün ispatına ihtiyaç vardır⁵⁶⁴.

(3) Kilit Yönetici Personel Olması

i. Gerçek Kişi Kilit Yönetici Personelin İlişkili Taraf Sayılması

Bir gerçek kişi ve bu kişinin yakın aile üyesi, söz konusu kişinin raporlayan şirketin veya raporlayan şirketin bir ana şirketinin kilit yönetici personelinin bir üyesi olması durumunda raporlayan şirket ile ilişkili taraf sayılır. İlişkili tarafın kapsamı, raporlayan şirketin bir ana şirketinin yönetiminde kilit konuma sahip olan kişiler de dâhil edilerek oldukça geniş tutulmuştur⁵⁶⁵. Raporlayan şirketin tüm ana şirketlerinin kilit yönetici personeli, raporlayan şirketin ilişkili tarafı kabul edilmektedir. Bu, raporlayan şirketin tüm ana şirketlerinin (yakın ana şirket, herhangi bir ara ana şirket ve nihai ana şirket) tüm kilit yönetici personellerinin, raporlayan şirketin ilişkili tarafı olduğu anlamına gelmektedir⁵⁶⁶.

Kilit yönetici personel, TMS 24.9’da “*işletmenin herhangi bir yöneticisi de dâhil olmak üzere, faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğuna doğrudan -dolaylı olarak sahip olan kişiler*” şeklinde tanımlanmıştır. Kilit yönetici kavramı tanımlanırken hukuki bir tanım tercih edilmemiştir. İlişkili tarafın belirlenmesi için ölçüt olarak verilen “kilit yönetici” kavramının, hukuki kavramlardan hareketle tanımlanmasının daha uygun olacağı öğretilde haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Burada yer alan tanıma göre kilit yönetici, YK üyeleri dâhil olmak

⁵⁶⁴ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 72.

⁵⁶⁵ Yürürlükten kaldırılan “TMS 24 (2005) İlişkili Taraf Açıklamaları”nın 9. paragrafında “*işletmenin veya ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi*” olması ifadesi yer alıyordu. Bu ifade ise kavramın, raporlayan şirketin bir sonraki ana şirketinin kilit pozisyonundaki yöneticilerini mi yoksa bütün ana şirketlerinin kilit pozisyonlarındaki yöneticilerini mi içerdiğine dair tartışmaya neden olmaktaydı (Öğretilde yalnızca raporlayan şirketin ve onun bir üst ana şirketinin bu kapsama dâhil olduğu, nihai ana şirket gibi uzak ana şirketlerin ise dâhil olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 57-58). IAS 24’te yer alan ifadelerden bir şirketin yalnızca bir ana şirketi olduğu anlamı çıksa da, düzenlemenin şirketin tüm ana şirketlerinin kilit yöneticilerini kapsadığını ileri süren görüş için bkz. Ernst & Young LLP, **GAAP 2008: Generally Accepted Accounting Practice under International Financial Reporting Standards**, Ed.: Ernst & Young LLP, Vol. 2, John Wiley & Sons, 2008, s. 2611). Yürürlükte olan “İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında Tebliğ Sıra No: 167” ile TMS 24.9’daki bu ifade “*raporlayan işletmenin bir ana ortaklığının*” şeklinde değiştirilerek bu kapsama raporlayan şirketin tüm ana şirketlerinin dâhil edilmesi gerektiği açıkça ortaya koyulmuştur.

⁵⁶⁶ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2971.

⁵⁶⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 280.

üzere şirketin faaliyetlerinin planlanmasından, yönetiminden ve kontrolünden doğrudan veya dolaylı olarak sorumlu olan kişidir. TMS 24, kilit yönetici personel tanımı ile etkisi yapısal olarak şirketteki konumlarına dayanan kişilere odaklanmıştır⁵⁶⁸.

Kilit konumundaki yöneticinin şirketin faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrol etme yetkisine ve sorumluluğuna sahip olması gereklidir. Kilit yönetici sıfatına sahip olabilmek için sayılan bu özelliklerden sadece biri veya bir kısmının varlığı yeterli görülmemiş, hepsinin bir arada bulunması aranmıştır⁵⁶⁹. Buradaki belirleyici ölçüt, kilit yönetici personelin şirketin tüm faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrolüne dair yetkinliğinin ve sorumluluğunun olmasıdır. Dolayısıyla şirketin bazı faaliyetlerinde bu yetkilere sahip olunması yeterli değildir. Bu nedenle aslında kilit yönetici personel kapsamı çok da geniş değildir. Kilit yönetici için gerekli sayılan kriterler, tüm icracı üyelerin ve doğrudan yönetim kuruluna bağlı yönetim kademelerinin bu kapsama dâhil edilmediğini göstermektedir⁵⁷⁰.

Kilit yönetici konumunda olabilmek için şirketin faaliyetlerinin planlanması ve yönetimi yetkisine sahip olunması arandığı için kilit yönetici kavramı öncelikle yönetim organını kapsar. Ancak kilit yönetici personel hukuk sistemlerindeki yönetim ayrımına göre tayin edilmelidir. Anonim şirketlerde, yönetim ve gözetim görevlerinin dağılımına göre monist sistem ve düalist sistemi ayrımı yapılmaktadır⁵⁷¹. Monist sistemde şirketin idaresi ve gözetimi yönetim kurulunda toplanmıştır. Bu sistemlerde tüm yönetim organı üyeleri kilit yönetici personel sayılmalıdır. Dualist sistemde ise yönetim ve gözetim görevi iki ayrı organ olan yönetim ve gözetim kurulu tarafından

⁵⁶⁸ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 56.

⁵⁶⁹ Şirketin faaliyetinin planlanma, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğunun hepsine birden sahip olan yöneticiler, kilit yönetici personel sayılır. Bu nedenle yöneticinin kilit konumda sayılması için, şirketin bazı işlerine etki edebiliyor olması değil; şirketin tüm faaliyetlerinin planlanması, yönetimi ve kontrol edilmesi yetki ve sorumluluğuna sahip olması aranmaktadır (bkz. Ernst & Young, **GAAP 2008**, s. 2612; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 58).

⁵⁷⁰ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 59.

⁵⁷¹ Yönetim kurulunun organizasyonu ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Peter Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, Zürich, Schulthess Verlag, 2009, s. 1910 vd.; Beşir Fatih Doğan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 23 vd.; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 69 vd.; Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 54.

yürütülmektedir⁵⁷². Bu sistemde ise yönetim organı kilit yönetici personel sayılmalı, gözetim kurulu ise kilit yönetici personel olmak için aranan koşulları sağlaması halinde ilişkili taraf sayılmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu uyarınca bir anonim şirkette yönetim ve gözetim yetkisi yönetim kurulundadır⁵⁷³. Türk hukukunda anonim şirketlerde yönetim organının yapısı esasen monist sistem temelinde düzenlenmiştir. Anonim şirketin yönetimi ve temsili yönetim kuruluna aittir (TTK m. 365). Ancak bu, mutlak surette monist sistemin uygulandığı anlamına gelmemektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda esnek bir sistem benimsenmiş ve monist sistem dışında başka bir sistem oluşturulmasına da imkân tanınmıştır. Esnek sistemlerde anonim şirket YK, temelde monist sisteme göre düzenlenmekte ancak yetki devri yoluyla düalist sisteme imkân verecek şekilde yönetim organizasyonunun oluşturulması mümkündür⁵⁷⁴. Zira TTK m. 367 ile TTK m. 370/2 hükümleri uyarınca yönetim organizasyonunu farklı şekillerde düzenleme imkânı bulunmaktadır⁵⁷⁵. Ancak temsil ve yönetim yetkilerinin devri yapılsa da

⁵⁷² Dualist sistemin en bilenen örneğini Almanya sistemi oluşturur. Almanya'da yönetim ve gözetim görevi iki ayrı organ olan yürütme kurulu (Vorstand) ve gözetim kurulu (Aufsichtsrat) tarafından yürütülmektedir. Gözetim kurulu, yürütme kurulu üyelerini seçer (§ 84 AktG) ve onların alacağı ücretleri ve bu ücretin esaslarını tayin eder (§ 87 AktG). Şirketin yönetiminden yürütme kurulu sorumludur (§ 76 AktG). Yürütme kurulu, yönetim işlevini yerine getirir, şirketin faaliyetlerinin planlanması ve yürütülmesi münhasıran yürütme kurulunun yetkisindedir. (Daha detaylı bilgiler için bkz. Böckli, **a.g.e.**, s. 1917-1920). Dualist sistemde şirketi yürütme ve faaliyetleri planlama yetkisi yönetim kurulunda toplandığı için yürütme kurulu üyelerinin TMS 24 anlamında kilit yönetici personel sayılması gerekir. Ancak Alman öğretisinde hem yürütme kurulu hem de gözetim kurulu üyelerinin gerekli koşulları taşıyor olmaları diğer bir ifadeyle planlama, yönetme ve kontrol görevlerinin kendilerinde olması hallerinde kilit yönetici personel kapsamında sayılabileceği ifade edilmektedir (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 57; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 55).

⁵⁷³ Monist sistemin benimsendiği diğer bir ifadeyle yönetim ve temsil yetkisinin devredilmediği anonim şirketlerde, TTK m. 370/1 uyarınca YK üyelerinden herhangi ikisinin çift imzayla şirketi temsil etmesi, yönetim ve gözetim yetkisine YK üyelerinin tümünün sahip olduğu sonucunu değiştirmez. Zira bu hallerde, çift imza ile şirketi temsil eden üyelere TTK m. 367 bağlamında yönetim yetkisinin devri yapılmamış ve bu bağlamda bu kişilere TTK m. 553/2 anlamında sorumluluğun devri gerçekleşmemiştir. Bu itibarla bu anonim şirketlerde tüm YK üyeleri hâlihazırda şirketi yönetme ve temsil etme yetkisine haizdirler ve dolayısıyla YK üyelerinin hepsi TMS 24 kapsamında kilit yönetici personel kabul edilirler. (TTK m. 370/1 hükmü çerçevesinde çift imza ile temsil yetkisi kullanan YK üyelerinin icrada görevli YK üyesi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde açıklamalar için bkz. Çağlar Manavgat, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurulunda Yetki Devri Zorunlu mudur? Sorumluluk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 35).

⁵⁷⁴ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 75; Doğan B. F., **a.g.e.**, s. 31; İsmail Kırca (Çağlar Manavgat/Feyzan Hayal Şehirli Çelik), **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara, BTHAE, 2013, s. 529-530.

⁵⁷⁵ TTK m. 370/2 hükmünde temsil yetkinin devri düzenlenmiştir. Ancak konu itibarıyla bizi

şirketin yönetim organı, YK üyelerinden oluşmakta ve YK kararının gerekli olduğu hallerde YK üyelerinin karar alması gereklidir. Yönetim kurulu üyeleri bir organ olarak görevlerini yerine getirir, şirketin faaliyet politikasını belirler, yönetimine ilişkin kararları alır ve icra eder ve bu faaliyetlerin gözetimini de yine kendisi yapar⁵⁷⁶. Dolayısıyla şirketin faaliyetleri planlama, yönetme, kontrol etme yetkisi de YK üyelerinin hepsine ait olur. Bu yetkiler devredilse de YK tarafından yetkinin devredildiği kişilerin azledilmesi her zaman mümkündür. Bu açıdan bu tip anonim şirketlerde YK üyelerinin her biri yetki devrine bakılmaksızın kilit yönetici personel kabul edilmelidir.

Kilit yöneticinin kapsamı şirketin YK üyeleriyle sınırlı tutulmamıştır. TMS 24'ün temel amacı; yönetim organındaki yöneticilere benzer sorumluluklara sahip kişilerle yapılan işlemlerin ve bu kişilere ödenen tazminatın, sadece yönetim organında yönetici olmadıkları için açıklanmadan kaçınılmasını önlemektir⁵⁷⁷. Bu nedenle, tanımda sadece YK üyelerine işaret edilmemiş, bir şirketin faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğuna sahip diğer kişiler de bu kapsama alınmıştır. Bu açıdan YK üyeleri dışındaki yöneticiler de TMS 24 uyarınca kilit yönetici personel sayılabilirler. Ancak belirtelim ki, YK üyeleri dışındaki diğer yöneticilerin kilit yönetici için gerekli koşulları taşımaları çok da kolay değildir⁵⁷⁸. Çünkü bir yöneticinin kilit konumda olması için gerekli şartlar oldukça yüksek tutulmuştur. Daha önce de

ilgilendiren şirketin yönetim yetkisinin devredildiği durumlardır. Zira yönetim ve temsil birbirinden farklı kavramlardır. Şirketin yönetimine ilişkin kararları alma yetkisi olan kişilerin aynı zamanda şirketi temsil yetkisine sahip olması gerekmez. Şirketin yönetiminin devrinde şirketin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin karar alma yetkisi devredilirken, temsil yetkisinin devrinde şirketin üçüncü kişilere karşı temsil edilme yetkisi devredilir. Bu nedenle sadece temsil yetkisinin devredilmiş olması, kilit yönetici personelin belirlenmesi açısından önemsiz taşımaz. Zira sadece temsil yetkisinin devredildiği, şirketi yönetme yetkisine sahip olmayan yöneticilerin kilit yönetici personel sayılması mümkün değildir. Burada ayrıca ifade edelim, TTK m. 370/1 uyarınca YK üyelerinden herhangi ikisinin çift imzayla şirketi temsil etmesi, yönetim ve gözetim yetkisine YK üyelerinin tümünün sahip olduğu sonucunu değiştirmez. Zira bu hallerde, çift imza ile şirketi temsil eden üyelere TTK m. 367 bağlamında yönetim yetkisinin devri yapılmamış ve bu bağlamda bu kişilere TTK m. 553/2 anlamında sorumluluğun devri gerçekleşmemiştir. Bu itibarla bu anonim şirketlerde tüm YK üyeleri hâlihazırda şirketi yönetme ve temsil etme yetkisine haizdirler ve dolayısıyla YK üyelerinin hepsi TMS 24 kapsamında kilit yönetici personel kabul edilirler. TTK m. 370/1 hükmü çerçevesinde çift imza ile temsil yetkisi kullanan YK üyelerinin icrada görevli YK üyesi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde açıklamalar için bkz. Manavgat, **Yetki Devri**, s. 35.

⁵⁷⁶ Doğan B. F., **a.g.e.**, s. 24.

⁵⁷⁷ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2971; Ernst & Young, **GAAP 2008**, s. 2612.

⁵⁷⁸ Ernst & Young, **GAAP 2008**, s. 2611; Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2971.

ifade etmiş olduğumuz üzere yöneticinin kilit konumda sayılması için, şirketin bazı işlerine etki edebiliyor olması değil; şirketin tüm faaliyetlerinin planlanması, yönetimi ve kontrol edilmesi yetki ve sorumluluğuna sahip olması gerekmektedir⁵⁷⁹. Bu itibarla hiyerarşik olarak üst yöneticilere bağlı şekilde kendisine yetki verilen yönetici, kilit yönetici sayılmaz⁵⁸⁰.

Yöneticilerin kilit yönetici personel sayılıp sayılmayacağı konusunda yönetim ve temsil yetkisinin devri yol gösterici olacaktır. Yönetimin bütün YK üyelerinde toplanması çoğunlukla küçük anonim şirketlerde olur. Orta ve büyük anonim şirketlerde, şirketin kurul halinde YK üyelerince yönetilmesi zorlaşır. Bu hallerde yönetimin paylaşılması ve şirketin yönetimi konusunda profesyonel yardım alınması ihtiyacı doğar. Bu nedenle, TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkisinin YK üyelerinden bazılarına veya üçüncü kişilere devredilerek şirketin daha iyi yönetilmesi sağlanmaya çalışılır. Şirketin yönetim organizasyonu belirlemek yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden biridir. Ancak TTK m. 367 uyarınca yönetim kurulunun yönetimi kısmen veya tamamen devredebilmesi için esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, bu devir yetkisinin kurula verilmiş olması gerekir. Yetki devrinin kapsamına ilişkin diğer sınırı ise TTK m. 375 hükmünde sayılan devredilemez görev ve yetkiler oluşturur. Ancak bunlar dışında kalan görev ve yetkiler bakımından yetki devrinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu itibarla YK ancak esas sözleşmede bunu yapmaya yetkili kılınmış olması halinde, hazırlayacağı iç yönergeye göre yetkilerini kısmen veya tamamen YK üyelerinden bazılarına veya üçüncü kişilere devredebilir. Böylelikle şirket organizasyonuna organ niteliğini haiz yöneticiler katılmış olur.

⁵⁷⁹ Uygulamada bunu sağlayan durumların genellikle her bir olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Çünkü genel olarak yönetici sıfatını haiz kişiler, nihayetinde ilgili YK üyesinin veya yönetim yetkisinin devredildiği üst düzey yöneticinin kontrolüne tabi olurlar ve bağımsız olarak faaliyetleri planlama ve yönetme yetkisine sahip olmazlar. Örneğin bir satın alma müdürü tedarikçileri seçme ve fiyatları müzakere etme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olabilir; ancak genel olarak YK tarafından çeşitli kısıtlamalara tabi tutulur. Bu nedenle yetkisi, “yönlendirme ve kontrol” yetkisini içermez (bkz. Ernst & Young, **GAAP 2008**, s. 2612). Bu durumda satın alma müdürü kilit yönetici sayılmayacağı için şirketin ilişkili tarafını da oluşturmaz. Bu nedenle "kilit konumda olan kişi"nin dar yorumlanmasının gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 57; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 57; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 57; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 58).

⁵⁸⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 280.

Yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen devri durumunda YK üyeleri icrada görevli olan (executive) ve icrada görevli olmayan (non-executive) şeklinde ayrılır⁵⁸¹ ve bu haliyle şirket yönetimi düalist sisteme yaklaşmış olur⁵⁸². İcrada görevli olan YK üyeleri, şirketi yönetme görevi devredilen, şirketin günlük işlerini ve olağan faaliyetlerine ilişkin karar alma yetkisine sahip olan kişilerdir. Bu açıdan yönetimin devrinin gerçekleştirildiği anonim şirketlerde icrada görevli olan yöneticiler TMS 24 kapsamında kilit yönetici personel kabul edilerek şirketin ilişkili tarafını oluşturacağı söylenebilir. İcrada görevli olmayan YK üyeleri ise herhangi bir idari görevi bulunmayan, sadece yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerine sahip olan YK üyelerinden oluşmaktadır. Bu YK üyeleri de bu ayrıma rağmen yönetim organında yer aldıkları için kilit yönetici personel konumunda olduklarını yukarıda söylemiştik.

Diğer yandan, TTK m. 375/1.d gereği TTK m. 367'deki şartlara uyulmaksızın da yönetimin devrini mümkündür. TTK m. 367/1'de öngörülen yetki devri prosedürü TTK m. 553/2 hükmünün uygulanması için gerekir⁵⁸³. TTK m. 553/2 uyarınca esas sözleşmeden veya kanundan doğan yetkinin, kanuna dayanarak devredildiği hallerde, devredilen kişilerin seçiminde makul derecede özen gösterilmediğinin ispat edildiği durumlar hariç, devreden organlar veya kişilerin devredilen kişilerin fiilleri ve kararlarından dolayı sorumlu sayılmayacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TTK m. 367'ye aykırı şekilde devir yapılması halinde TTK m. 553/2 uygulama alanı bulamamakta, YK hiç devir gerçekleşmemiş gibi sorumlu olmaya devam etmektedir⁵⁸⁴. Ancak bu durum yönetimin devredildiği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu gibi hallerde yönetim yetkisinin devredildiği bu yöneticiler de tabii olarak kilit yönetici personel sayılmalıdır.

⁵⁸¹ “İcrada görevli olan” ve “icrada görevli olmayan” YK üyesi kavramları ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz. Korkut Özkorkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, BTHAE, 2007, s. 119 vd.; Manavgat, **Yetki Devri**, s. 33; Doğan B. F., **a.g.e.**, s. 67-68; Ülkü Ay Kaplan, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu'nun Gözetme Görevi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 88-89.

⁵⁸² Diğer taraftan halka açık anonim şirketlerde payları borsada işlem gören şirketler için KYT uygulanmaktadır. Bu şirketlerde KYİ'ye göre yönetim organizasyonunun belirlenmesi gerekir. Kurumsal Yönetim İlkeleri'ne göre, YK üyelerinin çoğunluğunu icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekmektedir (KYİ 4.3.2). Bu açıdan KYT uyarınca payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerin yönetim organizasyonu icrada görevli olan ve icrada görevli olmayan üyeler şeklinde düzenlenmelidir.

⁵⁸³ Kırca (Manavgat/Şehirli Çelik), **C. 1**, s. 618.

⁵⁸⁴ **A.e.**

Ancak belirtelim ki, YK üyeleri dışındaki yöneticilerin kilit yönetici personel sayılıp sayılmadıkları resmi olarak atanmaları ve kâğıt üstüne haiz oldukları yetkiler önem taşımaz. TMS 24.10'da yer alan “özün önceliği ilkesi” gereği, bir kişinin kilit pozisyonunda yer aldığına değerlendirilmesinde sadece resmi olarak belirlenmiş yetki alanına göre değil, aynı zamanda bu yetki ve sorumluluklara fiilen haiz olup olmadığına da bakılması gerekir⁵⁸⁵. Bu hususa kilit yönetici personel tanımında da işaret edilmektedir. TMS 24'te yer verilen tanımda, “*işletmenin (idari ya da diğer) herhangi bir yöneticisi de dâhil olmak üzere ... doğrudan ve dolaylı olarak sahip olan*” kişilerin kilit yönetici personel olduğu belirtilmektedir. Burada “*idari ya da diğer*” ifadesi ile kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak maddede sayılan yetkilere sahip olmaları halinde, kilit yönetici personel sayılacaklarına işaret edilmektedir⁵⁸⁶. Bu kapsamda kilit yönetici personel belirlenirken, icracı olan veya olmayan yönetici şeklinde atanmış olsalar da bu yöneticilerin fiili olarak bu yetkileri haiz olup olmadıklarına bakılması, haiz iseler kilit yönetici personel kabul edilmesi gerekecektir.

⁵⁸⁵ TMS 24.10 gereğince özün önceliği ilkesine göre, hangi kişilerin kilit pozisyonlarda olduğunun değerlendirilmesi, sadece resmi olarak belirlenmiş yetkinlik alanına dayanmaz, belirtilen bu yetkilere gerçekte kimin sahip olduğunun tespiti de önem taşır. Bu, özellikle istisnai durumlarda fiili yönetim işlevini üstlenen ancak yönetici sıfatını haiz olmayan bir kişinin şirketin kaderini belirleme yetkisini elinde tuttuğu durumlarda kilit yönetici personel sayılıp sayılmayacağının değerlendirilmesi noktasında önem taşır (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 58; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 56). Burada işaret edilen esasen fiili organ kabul edilen kişiler olup bunlar fiili yönetici olarak da ifade edilmektedir. Fiili yöneticilere, büyük pay sahibi, kredi veren kuruluşlar, bir anonim şirkette YK üyelerine takdir hakkı bırakmayan tek pay sahibi veya hâkim şirket örnek gösterilebilir (Örnekler için bkz. Özkorkut, **a.g.e.**, s. 202; Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2001, s. 8). Öğretide fiili yöneticiler, kanun ve esas sözleşmede resmi bir organ olarak öngörülmedikleri halde, bir anonim şirketin iradesinde gerek konumu, gerekse de kullandığı yetkilerle etkili olan, fiili organ kabul edilen kişiler şeklinde tanımlanmaktadır (Bkz. Helvacı, **a.g.e.**, s. 7; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, Nr. 11-12; Özkorkut, **a.g.e.**, s. 202). Bunlar, şirketin kaderini etkileme imkânına sahip olmakla birlikte, resmi olarak dışarıya karşı organ olarak gözükmeyen kişilerdir (Bkz. Özkorkut, **a.g.e.**, s. 202. Bu kapsamda fiili yöneticiler, resmi olarak atanmamış olsalar da TMS 24.9'da sayılan yetkilere sahiplerse kilit yönetici personel kapsamında sayılmalıdır. Nitekim TMS 24.9'da anılan yetki ve sorumluluklara dolaylı da olsa sahip olunması bu kapsamda sayılmıştır.

Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 58; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 56.

⁵⁸⁶ Bu husus, ilişkili taraf kavramının tanımlandığı BOBİ FRS'de daha açık bir şekilde ifade edilmektedir. Buradaki tanıma göre kilit yönetici personel; “*işletmenin icracı olan veya olmayan yöneticileri de dâhil olmak üzere, işletmenin faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan kişilerdir*” (BOBİ FRS EK 9). Görüldüğü üzere bu husus, TMS 24'te “idare ve diğer” şeklinde yer alırken, BOBİ FRS'de “icracı olan veya olmayan üyeler de dâhil olmak üzere” denilerek daha anlaşılır şekilde ifade edilmiştir.

TMS 24, kilit yönetici personelin ilişkili taraf sayılacakları süre konusunda sessizdir. TTK uyarınca ilgili ilgili kişinin atanmasından görevden azline kadar geçen süre boyunca kilit yönetici personel sayılacağı kabul edilmelidir⁵⁸⁷. Görevden ayrılan veya bu yetkiye artık sahip olmayan kişiler, kilit yönetici personel sayılamayacağı zamandan itibaren TMS 24 kapsamında ilişkili taraf sayılmaz. Kilit pozisyonunda olan yönetici, raporlama yılı içinde şirketten ayrılırsa, ayrılış zamanına kadar ilişkili taraf olarak kabul edilmelidir⁵⁸⁸.

ii. Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyelerinin İlişkili Taraf Sayılması

TMS 24.9’da kilit yönetici personel konumundaki tüzel kişilerin ilişkili taraf sayılacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bunun nedeni, her ülkenin tüzel kişiliği, kilit yönetici personel olarak kabul etmeme ihtimalidir. Bu itibarla kilit yönetici personele tüzel kişilerin de dâhil olduğunun kabul edilmesinin tüzel kişilere IFRS Standartlarının uygulandığı ülkenin hukukuna göre yönetici olma sıfatının tanınmış olması gerekir⁵⁸⁹.

Türk hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında, tüzel kişiler de YK üyesi olabildikleri için TMS 24’te kilit personel tanımında yer alan “kişiler” ifadesinin tüzel kişileri de kapsadığı kabul edilmelidir. Tüzel kişiliğin YK üyesi olduğu hallerde, tüzel kişileri temsilen tescil ve ilan olunan gerçek kişilerin tüzel kişi ile birlikte ilişkili taraf sayılıp sayılamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira TTK m. 359/2 hükmünde bir tüzel kişinin YK üyesi seçildiği hallerde tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişinin belirlediği bir gerçek kişinin tüzel kişi adına tescil ve ilan olunacağı belirtilmiştir. Bu kişi doğrudan yönetici sıfatını haiz değildir ancak YK üyesi adına hareket etmekle birlikte bu güçlere de bir anlamda sahip konumdadır. Bu kişi, her ne kadar tüzel kişi YK üyesini temsilen yönetim kurulunda yer almakta ise de şirketle yapacağı işlemlerde kendi menfaatlerini üstün tutma tehlikesi vardır. Ancak her durumda temsilcilerin fiili olarak bu güce sahip olduğunu söylemek de güçtür. Kanımızca burada özün önceliği ilkesinden yararlanılarak tüzel kişi YK üyesinin gerçek kişi temsilcisinin de adeta fiili olarak kilit yönetici personel gibi hareket ettiği hallerde ilişkili taraf sayılabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak bunun için elbette

⁵⁸⁷ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 57.

⁵⁸⁸ Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 22.

⁵⁸⁹ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2971.

kilit yönetici personel için gerekli koşulları taşıması gerektiği unutulmamalıdır. Bu halde kanımızca, tüzel kişi YK üyesi adına seçilip tescil ve ilan edilen kişinin, kilit yönetici personel olmadığı için ilişkili taraf olmadığı kabul edilmeli, ancak somut olayın şartlarına göre fiili olarak adeta temsil olunanın da yerine hareket ettiği istisnai durumlarda ilişkili taraf sayılıp sayılmayacağı irdelenmelidir⁵⁹⁰.

TTK m. 559/5 gereğince devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde kendilerinin veya temsilcilerinin yönetici seçildiği hallerde, kendilerinin seçilmesi halinde kamu tüzel kişiliği, temsilcilerinin seçildiği hallerde ise temsilcileriyle birlikte ilgili kamu tüzel kişiliğinin de şirketin ilişkili tarafı olduğu kabul edilmelidir. Zira burada temsilci doğrudan YK üyesi olarak atanmakta ise de arka planda tüzel kişiliğin sözü geçmektedir.

(4) İlişkili Sayılan Kişinin Yakın Aile Üyeleri

TMS 24.9’da ilişkili sayılan kişilerle birlikte bu kişilerin yakın aile üyeleri de şirketin ilişkili tarafı olarak kabul edilmiştir. Bir kişinin yakın aile üyeleri, “*işletme ile ilgili işlemler üzerinde etkisi olması veya işlemlerden etkilenmesi beklenen aile bireyleridir*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁹¹. Böylelikle bir gerçek kişi TMS 24’te belirtilen kriterlere göre “yakın aile üyesi” olarak sınıflandırıldığı ölçüde, ilişkili taraf kabul edilecektir⁵⁹². Bu genel tanımın ardından TMS 24.9’da bir kişinin yakın ailesi üyesi kapsamında sayılacak kişilerin kimler olduğu belirtilerek çok kapsamlı olmayan bir yakın aile üyeleri listesi sunulmuştur. Buna göre, “(a) bireyin eşi ve çocukları”, “(b) bireyin eşinin

⁵⁹⁰ Örneğin yönetici olan tüzel kişinin hâkim ortağının ya da tek pay sahibinin aynı zamanda diğer şirkette tüzel kişi temsilcisi olması halinde bu kişi aynı zamanda kilit yönetici personel sayılmalıdır. Tüzel kişi yöneticinin temsilcisine hiç bir talimat vermediği ve yönetimle ilgili bütün inisiyatifleri temsilcisine bıraktığı hallerde de temsilci kilit yönetici personel sayılmalıdır.

⁵⁹¹ Bu tanıma göre yakın aile üyesi; raporlama yapan şirket ile ilgili işlemlerde ilgili gerçek kişiyi etkilediği veya işlemlerden etkilendiği varsayılan tüm aile üyeleridir.

⁵⁹² TMS 24’te yakın aile üyelerinin ilişkili taraf sayılması, kişilerin bireysel eylemlerinin belirli aile üyeleri için ayrı ayrı değerlendirilemeyeceği ve nihayetinde bu kişilerin arasında bir “ekonomik birlik” olduğu varsayımına dayanmaktadır (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 59). Bu açıdan ilişkili taraf kavramı, aile bağlarına, dolayısıyla şirket üzerinde etki edebilme olasılığı olan kişileri içerecek şekilde geniş tutulmuştur.

Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 59.

çocukları” ve “(c) bireyin ya da bireyin eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler”, ilgili kişinin yakın aile üyesi kapsamında sayılır⁵⁹³.

TMS 24.9’da bir kişinin yakın aile üyesi kapsamında ilk olarak “*kişinin eşi ve çocukları*”, ikinci olarak da “*kişinin eşinin çocukları*” sayılmıştır⁵⁹⁴. Bir kişinin yakın aile üyesi kapsamında “*bireyin ya da bireyin eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler*” de sayılmıştır. TMS 24’te (aynı şekilde IAS 24’te) sadece “*bakmakla yükümlü kişiler*” ifadesi kullanılmış, ekonomik olarak bağımlı aile ya da akraba üyelerine işaret edilmemiştir. Ancak bakmakla yükümlü olunan kişiler⁵⁹⁵, ekonomik olarak ilgili

⁵⁹³ Yakın aile üyelerinin genel tanımı verilirken IAS 24’ün ve doğal olarak TMS 24’ün eski versiyonunda, “*aşağıdakileri içerebilir*” denilerek bu kişiler sayılmaktaydı. Olasılık içeren bu ifadede yola çıkarak öğretide anılan kişilerin mutlak surette ilgili kişinin yakın aile üyesi sayılmayacağı, yine de gerçek etkileme veya etkilene olasılarına bakılması gerektiği ifade ediliyordu (Bkz. Holger Busack/Christoph Schar, “Wesentliche Neuerungen bei der Abgrenzung des Kreises der nahestehenden Unternehmen und Personen”, **IRZ** 2011, s. 400, <https://beck-online.beck.de>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi 21.09.2020). Ancak IAS 24’te yapılan revizyon ile bu ifade “*aşağıda belirtilenler bireyin yakın aile üyesi kapsamında yer alır*” şeklinde değiştirilmiştir (31.12.2009 tarihli RG’de yayımlanan TMS 24 Hakkında Tebliğ Sıra No 167’de tanımın son hali yayımlanmıştır. IAS 24’ün bu versiyonu ise 4.11.2009’da yayımlanmıştır. IAS 24.9’da sayılmış bu kişiler “*içerebilir*” yerine “*dâhil*” şeklinde belirtildiği için, bu kişilerin mutlak surette ilgili kişinin yakın ailesi üyesi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı hale gelmiştir. Öğreti bu konuda ikiye ayrılmıştır. Öğretide bir görüş yakın aile üyesi olarak TMS 24.9’da açıkça sayılmış kişilerle ilgili olarak reddedilemez bir yakınlık varsayımının olduğu ileri sürmektedir. Bu görüş kapsamında örneğin eş veya çocuklarla kalıcı bir anlaşmazlık olsa da eş ve çocuklar yine de ilgili kişinin yakın aile üyesi olarak kabul edilmelidir. (Bu görüşteki yazarlar için bkz. Busack/Schar, **a.g.m.**, s. 400; Senger/ Prengel, **a.g.e.**, Rn. 26). Öğretideki diğer görüş ise hâlihazırda bu gerçek etkileme veya etkilene olasılarına bakılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, örneğin sürekli olarak ayrı yaşayan eşlerin veya ebeveynlerin çocuklarıyla kalıcı bir anlaşmazlık yaşandığı durumlarda yakın bir ilişki kurulamayacağı ve etki etme olasılığı olamayacağı için bu gibi hallerde eşin veya çocukların ilgili kişinin yakın aile üyesi kapsamında sayılmaması gerekir. (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 61; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 59).). **IFRS Yorumlama Komitesi**, burada bir kişinin her zaman ailesinin yakın üyeleri olarak kabul edilmesi gereken aile üyelerinin bir listesine yer verildiğini ifade etmiştir. Böylelikle Komite sayılan kişilerin her durumda yakın aile üyesi olarak kabul edileceğini ve ilişkili taraf sayılmaları gerektiğini kabul etmiştir. (12 Mayıs 2015 tarihinde IFRS Yorumlama Komitesi’nin almış olduğu karar için bkz. <https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/supporting-implementation/agenda-decisions/ias-24-definition-of-close-members-of-the-family-of-a-person-may-2015.pdf>, (Erişim tarihi: 20.10.2020).

⁵⁹⁴ Kişinin eşinin çocuklarının da ayrıca sayılmasının sebebi, üvey çocukların da olabileceği ihtimalidir. Ebeveynler ile çocuklar arasında her zaman yakın bir ilişki vardır ve bu nedenle kişinin çocuklarının yakın aile üyesi sayılması için aynı evde yaşamaları gerekmez. Zira hayatın olağan akışı gereği çocukların ebeveynlerinin evinden bir noktada ayrılmaları gerekir, ancak yine de ebeveynler ve çocuklar arasındaki yakın ilişki devam eder (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 62).

⁵⁹⁵ Türk Medeni Kanunu kapsamında da kişiler, yoksulluğa düşecek olan üstsoyuna, altsoyuna ve kardeşlerine nafaka vermekle yükümlü tutulmuştur (m. 364/1). Ancak belirtelim TMS 24 bağlamında bakmakla yükümlü kişiler ifadesi, kanunen bakmakla yükümlü olunan kişiler ile birebir örtüşmez. TMK m. 364 bağlamında nafaka ödenen kişiler, TMS 24 kapsamında kişinin yakın aile üyesi sayılabilirler; ancak Türk Medeni Kanunu’nda sayılan bu akrabalar dışında kalan kişinin veya kişinin eşinin baktığı diğer akrabaların da kişinin yakın aile üyesi sayılabilmesi mümkündür. Ancak bu hallerde de işletme ile ilgili işlemler üzerinde etki edip etmediği veya etkilene olasılarının olup olmadığına bakılmalıdır.

kişiy e bağımlı olan kişilerdir⁵⁹⁶. Bakmakla yükümlü olunan kişiler ile ortak bir evde birlikte yaşandığı haller, TMS 24 bağlamında bu kişilerin yakın aile üyesi kapsamında sayılmasına güçlü bir karine teşkil eder⁵⁹⁷. Açıklık olmaması nedeniyle, bakmakla yükümlü kişiler ile ilgili olarak, bunun gerçek kişiy e ekonomik olarak bağımlı olan herkesi (örneğin, ev iç i personeli) mi, yoksa sadece bakmakla yükümlü olduğu akrabaları mı kapsaması gerektiği tartışma konusu olmuştur⁵⁹⁸. Kanaatimizce yakın aile üyelerini çok geniş yorumlayarak bakmakla yükümlü olunan kişiler kategorisine akrabalık bağı olmayan kişilerin dâhil edilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Zira bu kişiler yönünden akrabalık bağı aranmaması, gerçek kişiy e ekonomik olarak bağımlı olan bütün kişilerin bu kapsamda sayılmasına yol açacaktır; bu da oldukça geniş bir kesimin ilişkili taraf sayılmasına yol açacaktır. Bu durumda, örneğin evde çalışan bir personel dahi resmi bir akrabalık bağına sahip olmaksızın sadece ekonomik bağımlılığı nedeniyle bu kapsamda sayılabilecektir⁵⁹⁹. Bu nedenle, sadece aile bağı olan bakmakla yükümlü olunan kişilerin bu kapsamda sayılması gerekir⁶⁰⁰.

Yakın aile üyeleri burada sayılan kişilerle sınırlı değildir⁶⁰¹. Bu nedenle bu sayılan yakın aile üyelerine ek olarak, diğ er yakın aile üyelerinin kimler olacağı ayrı bir sorun

⁵⁹⁶ Tarde, **a.g.e.**, s. 10-11.

⁵⁹⁷ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 61-62.

⁵⁹⁸ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 63. IAS 24'ün Almanca resmi tercümesinde bu ifade, “*bakmakla yükümlü olunan akrabalar*” şeklinde kullanılmıştır. Tercüme farklılığının bilinçli yapılp yapılmadığı açıkça ifade edilmemiştir (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 63). Ancak konunun daha anlaşılır kılınmasını sağladığı için Almanca çeviri daha yerinde olmuştur. Standart'ın Almanca versiyonundaki bu madde şu şekildedir: “*Nahe Familienangehörige einer Person sind Familienmitglieder, von denen angenommen werden kann, dass sie bei ihren Transaktionen mit dem Unternehmen auf die Person Einfluss nehmen oder von ihr beeinflusst werden können. Dazu gehören a) Kinder und Ehegatte oder Lebenspartner dieser Person b) Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners dieser Person und c) abhängige Angehörige dieser Person oder des Ehegatten oder Lebenspartners dieser Person*”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32010R0632>, Erişim tarihi: 22.10.2020.

⁵⁹⁹ Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 27; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 61.

⁶⁰⁰ Ayrıca belirtelim TMS 24.11(d)'de ekonomik bağımlılığı nedeniyle ilişkili taraf olarak sayılmayacak ilişkiler sayılmıştır. Anılan düzenlemede ekonomik bağımlılığın başlı başına ilişkili taraf sayılmak için yeterli görülmemesi, burada sadece aile ilişkisi olmayan ekonomik olarak bağımlı kişilerin TMS 24 anlamında gerçek kişinin yakın ailesinin üyesi kapsamında ilişkili taraf olarak kabul edilemeyeceği görüşünü de güçlendirmektedir. (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 86).

⁶⁰¹ IFRS Yorumlama Komitesi Mayıs 2015 tarihindeki toplantıda “IAS 24 İlişkili Taraf Açıklamaları - Bir kişinin yakın aile üyelerinin tanımı” başlığı altında bu konu üzerinde durmuş, IAS 24 madde 9'da (a) - (c)'de sayılan aile üyeleri listesinin kapsamlı olmadığını belirtmiş ve bunun diğ er aile üyelerinin bir kişinin ailesinin yakın üyeleri olarak değerlendirilmesine engel olmadığını açıklığ a kavuşturmuştur. Komitenin ilgili kararı için bkz. <https://www.ifrs.org/supporting-implementation/supporting-materials-by-ifs-standard/ias-24/#agenda>, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

oluşturmaktadır. Çünkü IAS 24'te, yakın aile üyeleri ile neyin anlaşılacağını ve neyin anlaşılmayacağı açıkça belirtilmemiştir. Yakın aile üyelerinin belirlenmesinde ortaya çıkan bu belirsiz durum IAS 24'ün uluslararası uygulanabilirliğinin arzu edilmesinden kaynaklanmaktadır⁶⁰². Yorumlama Komitesi 12 Mayıs 2015 tarihli toplantısında bu konu üzerinde durmuştur⁶⁰³. Bu toplantısında Yorumlama Komitesi, ebeveynler, büyükanne ve büyükbabalar da dâhil olmak üzere diğer aile üyelerinin, belirli olguların ve durumların değerlendirilmesine bağlı olarak ailenin yakın üyeleri olabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Türk hukukuna bakıldığında ise akraba olarak sayılan kişi çemberi oldukça geniş tutulmuş, kişiler arasındaki akrabalık ilişkisi Türk Medeni Kanunu'nda kan hısımlığı ve kayın hısımlığı temelinde düzenlenmiştir (m. 17)⁶⁰⁴. TMS 24 kapsamında aile üyeleri bakımından Kanun'da sayılan tüm akrabalar nazara alınırsa oldukça geniş bir kitle bu kapsama dâhil edilmiş olacaktır⁶⁰⁵. Öğretideki hâkim görüş, yakın kişiyi etkileme olasılığı varsa veya onlardan etkilenebileceklerse anne, baba, büyükanne, büyükbaba ve kardeşlerin bu kapsama dâhil edilmesi, bunun dışında bu kapsamın çok geniş tutulmaması gerektiğini belirtmektedir⁶⁰⁶. Kanaatimizce de anne, baba, büyükanne, büyükbaba ve kardeşlerin (yani birinci ve ikinci derecedeki akrabaların) bu kapsamda sayılması yerinde olacaktır. Zira bu kişilerle daha yakın ilişki kurulması, bu kişilerin birbirleri üzerinde etki etme olasılığı daha yüksektir.

⁶⁰² Tarde, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁰³ Yorumlama Komitesi, IAS 24.9'da bir kişinin ailesinin yakın üyelerinin tanımının ilkelere dayalı bir şekilde yapıldığını ve bu tanımın bir kişinin yakın aile üyesi (o kişinin ebeveynleri de dâhil olmak üzere) olup olmadığını belirlemek için değerlendirme yapılmasını da içerdiğini belirtmiş ve bu konuda bir yorum yapılmasının veya bir değişiklik yapılmasının gerekli olmadığına karar vererek bu konuyu gündemine eklememiştir (Bkz. IFRIC Update From the IFRS Interpretations Committee - 12 Mayıs 2015, <http://media.ifrs.org/2015/IFRIC/May/IFRIC%20Update%20May%202015.html#1>, (Çevrimiçi), 25.12.2019).

⁶⁰⁴ Türk hukukunda kişiler arasındaki akrabalık ilişkisi hısımlık olarak ifade edilmiştir ve bu konu Türk Medeni Kanunu'nda kan hısımlığı ve kayın hısımlığı temelinde düzenlenmiştir (m. 17).

⁶⁰⁵ KVK'da ise kişinin eşi, kişinin veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları ilişkili kişi sayılmıştır (m. 13/2). Burada belirtilen kişiler de çok kapsamlıdır.

⁶⁰⁶ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2967; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 63; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 63; Tarde, **a.g.e.**, s. 11; Ungerer, **a.g.e.**, s. 153. Öğretide diğer yakın aile üyeleri kapsamında sayılacak kişilerin dar bir şekilde yorumlanması gerektiği, aksi takdirde açıklama yükümlülüğünün amacı göz önüne alındığında kişilerin gizlilik alanına müdahale edilmiş olacağı belirtilmektedir (Bkz. Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 26). Diğer yandan da raporlayan şirketler, vâkıf olmadıkları kişisel ilişkileri değerlendirmek zorunda kalacaktır. Sadece bu nedenle yakın aile üyeleri teriminin dar bir şekilde yorumlanması eğilimi isabetli olacaktır (Ungerer, **a.g.e.**, s. 154).

Ancak her hâlükârda, TMS 24'te açıkça belirtilmemiş diğer aile üyeleri söz konusu olduğu sürece, her zaman bireysel bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Böylelikle her bir durumda, ilgili aile üyesinin şirketle olan işlemleri etkileyip etkilemeyeceğinin veya bundan etkilenip etkilenmeyeceğinin kontrol edilmesi gereklidir⁶⁰⁷.

Ayrıca belirtelim yakın aile üyelerine ilişkin genel bir tanıma yer verilmiş, yakın aile üyesi sayılan kişiler de sayılsa da “aile” ve “yakın” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Ancak yine de "aile" kelimesi bu kişilerin belirlenmesinde burada bir sınır çizilmesine yol açmakta ve akraba sayılamayacak gerçek kişilerin bu kapsama dâhil edilmesine engel olmaktadır⁶⁰⁸. Bunun sonucu olarak aile üyesi sıfatını haiz olmayacağı için akraba kategorisinde de sayılmayan yakın dostlar bu dostluk bağına rağmen TMS 24 kapsamına girmeyecektir⁶⁰⁹. Dolayısıyla aile üyeleri dışındaki yakın dost arkadaş gibi kişiler ne kadar yakın olurlarsa olsunlar TMS 24 uyarınca ilişkili taraf sayılamayacaklardır.

Son olarak ifade edelim ki IAS 24'te sadece kişinin eşi yakın aile üyesi olarak kabul edilmemiş, “*that person's spouse or domestic partner*”⁶¹⁰ ifadelerine yer verilerek ayrıca kişinin hayat arkadaşı, hayat arkadaşının çocukları ve hayat arkadaşının bakmakla yükümlü olduğu kişiler de bu kapsamda sayılmıştır⁶¹¹. IAS 24'te hayat arkadaşı kavramı tercih edilerek aile bağlarının hukuki olarak değerlendirilmesine bakılmaksızın evlilik dışı ilişkiler ve aynı cinsiyetten olan

⁶⁰⁷ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 64. Ancak böyle bir değerlendirme süreci, ailevi ilişkilerin dikkate alınmasını gerektirdiği için uygulamada genellikle bundan kaçınıldığı ve diğer aile üyelerinin açıklanmaması şeklinde eğilimde bulunulduğu görülmektedir.

⁶⁰⁸ Ungerer, **a.g.e.**, s. 153; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 63.

⁶⁰⁹ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 64.

⁶¹⁰ Burada yer alan “*Spouse*” kelimesi “*karı ya da koca yani eşlerden herhangi birini*” ifade ederken, “*domestic partner*” kelimesi ise “hayat arkadaşı” anlamına gelmektedir.

⁶¹¹ TMS 24'te ise yalnızca “eş” yakın aile üyesi olarak kabul edilmiş, IAS 24'te yer alan “*hayat arkadaşı*” ile ilgili kısımlar TMS 24'e eklenmemiştir. Bu nedenle “yakın aile üyeleri” hususunda TMS 24, IAS 24'ten farklılık göstermektedir. Bu farklılığın gerekçesine ise yer verilmemiştir. IAS 24'te eşin yanında “hayat arkadaşı” terimine yer verilmesi dikkat çekse de esasen IAS 24'ün ekonomik amacına uygundur. Zira hayat arkadaşı olarak kabul edilecek kişilerin, ilişkili taraf sayılan kişinin şirketle ilgili işlemlerine etki etmesi veya bu işlemlerden etkilenmesi olasıdır. IAS 24'te “yakın aile üyeleri” kapsamında zikredilen “hayat arkadaşı” kavramı aile hukuku kavramına ve medeni hukuk kapsamında sayılan akrabalık ilişkilerine bağlı olarak düzenlenmemiştir (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 59).

kişilerin birliktelikleri de bu kapsama dâhil edilmek istenmiştir⁶¹². Hayat arkadaşı terimi, genellikle evlilik dışı birlikte yaşama biçimlerini ifade eder. IAS 24 kapsamında da hayat arkadaşlarının yakın aile üyesi sayılabilmesi için kural olarak aynı evi paylaşmaları, diğer bir ifadeyle ortak konuta sahip olmaları gerekir. Aynı yaşayan kişilerin, genel yaşam deneyimine uygun olarak birbirlerini etkileyemeyecekleri kabul edilir⁶¹³. Bu itibarla uzun süreli birliktelikleri olan kişiler, aynı evde yaşamıyorlarsa yakın aile üyesi kapsamında sayılmazlar. Bununla birlikte ortak konut dışında başka bir ikamete de sahip olmaları ilişkili taraf sayılmalarına engel oluşturmaz⁶¹⁴. TMS 24 kapsamında sadece “eş” yakın aile üyesi olarak belirtildiği için hayat arkadaşının ve hayat arkadaşının çocuklarının ve de hayat arkadaşının bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yakın aile üyeleri kapsamında sayılıp sayılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde evlilik dışı birlikte yaşama, bu kapsamda özellikle yasal olmasa da imam nikâhı ile sürdürülen birlikteliklere sıklıkla rastlanılmaktadır⁶¹⁵. Bu kişilerin birbirlerini etkilemeleri ve şirket ile ilgili işlemlerde etki etmeleri muhtemeldir. Bu gerçekliğin yanında TMS 24’te hayat arkadaşının kapsam dışı bırakılarak sadece eşin ilişkili taraf olarak kabul edilmesi yerinde olmamıştır⁶¹⁶.

⁶¹² Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 61; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 59.

⁶¹³ Ungerer, **a.g.e.**, s. 153; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 61.

⁶¹⁴ Bu durum özellikle sürekli olarak birlikte yaşamasa da bir kader ortaklığı sürdürenlerin kapsama alınması açısından önemlidir. Örneğin çocukları olan, sürekli olarak aynı evde yaşamayan ancak uzun süredir birlikte olanlar buna örnek gösterilebilir. Yine yasal olarak olamasa da fiilen birden fazla hayat arkadaşı olan kişilerin durumları da bu kapsamda sayılabilir (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 61).

⁶¹⁵ Yargıtay da kararlarında, evlilik dışı birliktelik fiili evlilik birliği şeklinde nitelendirmekte ve evlilik bağı olmasa da karı koca gibi birlikte yaşamlarını sürdüren kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceğini kabul etmektedir. Bu konuda emsal teşkil eden karar için bkz. Yargıtay 21 HD. T. 11.10.2001, E. 2001/6819, K. 2001/6640, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 28.10.2020. Yine Benzer yönde başka bir kararda ölen kişinin yakını sayılması için fiili evlilik (eylemli aile) ve sevgi bağının varlığının yeterli olduğu vurgulanmıştır bkz. Yargıtay 21 HD., T. 11.2.2009 T., E. 2008/8297, K. 2009/1773, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 28.10.2020).

⁶¹⁶ Bu kişilerin ilişkili taraf olarak kabul edilmemesi IAS 24 ile sağlanmak istenen ekonomik amaca da hizmet etmemektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Yorumlama Komitesi Standart’ta sayılan kişilerin hayat arkadaşı da dâhil değerlendirme yapılmaksızın her durumda yakın aile üyesi sayılacağı ve dolayısıyla ilişkili taraf olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle TMS 24’te bunun kapsam dışı bırakılması eksiklik oluşturmaktadır. Kanımızca en azından hayat arkadaşının tıpkı TMS 24’te sayılmayan diğer aile üyeleri gibi somut olay temelinde irdelenerek etki etme olasılıklarının olması durumunda yakın aile üyesi kapsamında değerlendirmesi ve ilişkili taraf kabul edilmeleri yerinde olacaktır. Bu konu ele alınırken ahlaki yaklaşımdan uzak durup şirketi ve şirketin menfaatinin ve diğer ortakların korunması amacının nazara alınması ve bu kapsamda ilişkili taraf kavramının yorumlanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

b. İlişkili İşletmeler

İlişkili taraf kavramı, TMS 24'te gerçek kişi ve işletme şeklinde ayrılarak incelenmiştir. Raporlayan işletme ile ilişkili taraf sayılacak işletmeler TMS 24.9(b)'de sayılmaktadır. TMS 24.9(b)'de de “işletme” ifadesi kullanılarak muhasebe standartlarıyla uyum sağlanarak kavram geniş bir şekilde ele alınmaya çalışılmış ve bu anlamda belirli bir sınırlamaya gidilmekten kaçınılmıştır. Nitekim yukarıda yer verildiği üzere “işletme” kavramı, gerçek kişiler dışındaki tüzel kişileri ve tüzel kişiliği olmayan grupları kapsamına alacak şekilde oldukça geniş tanımlanmıştır.

TMS 24.9(b)'de ilişkili işletme geniş bir ilişkili taraf kategorisi verilerek tanımlanmış ve bu tanım ile neredeyse tüm iş bağlantı kombinasyonları kapsama alınmıştır⁶¹⁷. İki işletmenin birbirini etkilediği veya TMS 24.9(a) kapsamında ilişkili sayılan üçüncü bir tarafın her iki işletmeyi de etkilediği hallerde, işletmeler ilişkili sayılmış ve bunlar bir katalog şeklinde sunulmuştur⁶¹⁸. Aşağıda TMS 24.9(b) kapsamında raporlayan şirket ile ilişkili sayılan işletmeler incelenmiştir.

(1) Aynı Grubun Üyesi Olması

Raporlayan işletme ile aynı grubun üyesi olan işletme ilişkili sayılmıştır. Bu kapsamda, aynı şirketler grubuna ait olan her bir ana şirket, bağlı şirket ve diğer bağlı şirketler diğerleri ile ilişkili taraf kabul edilir. Diğer bir ifadeyle aynı ana şirkete bağlı tüm şirketler, birbirleriyle ve ana şirket ile ilişkili taraf sayılır. Bu, gruplar içinde dikey ilişkilerin yanı sıra yatay ilişkilerin de ilişkili taraf olarak sınıflandırıldığı anlamına gelir. Bu açıdan, dikey yönde sadece ana ve bağlı şirketler değil, aynı zamanda yatay yönde birbirleriyle bağlı ortaklıklar da ilişkili sayılır.

TMS 24'te grup, ana şirket ve bağlı şirket terimleri tanımlanmamıştır.⁶¹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nda ise “ana şirket” ve “bağlı şirket” kavramları 195. maddede

⁶¹⁷ Tarde, a.g.e., s. 11.

⁶¹⁸ İlişkili işletmelerin bu şekilde kategorize edilmesi ise ilişkili taraf tanımını oldukça karmaşık hale getirmiştir.

⁶¹⁹ TMS 24, grup kavramının belirlenmesi için doğrudan başka standartlara atıfta bulunmamıştır. Ancak TMS 24 kapsamında da muhasebe standartlarında yer alan kavramlara ilişkin tanımlardan yararlanmak gereklidir. Çünkü muhasebe standartlarında yer alan kavramlar, uygulamada birliği sağlamak ve finansal tablolara milletlerarası pazarlarda geçerlilik kazandırmak (TTK m. 88) için muhasebe standartlarında tanımlandığı şekillerde kullanılmakta ve bu yönüyle de bir bütünlük sağlanmaya çalışılmaktadır. Finansal tabloların raporlanması da bu standartların bütünü ele alınarak yapılmaktadır.

tanımlanmaktadır. Bu maddede, Türk Ticaret Kanunu'nun kabul ettiği kontrol ilkesi bağlamında diğer ticaret şirketlerini hâkimiyeti altında tutan şirket ana şirket; hâkimiyet altında tutulan diğer şirketler ise bağlı şirket olarak tarif edilmiştir⁶²⁰. Kanun, ayrıca hâkim şirketin ana şirket, yavru şirketlerin bağlı şirket konumunda olduğunu da belirterek bu konuyu da açıklığa kavuşturmuştur. Kanun'da şirket topluluğu şeklinde ifade edilen kavram uygulamada grup şirketleri olarak da ifade edilmektedir. Bu anlamda şirketler topluluğu ile grup eş anlamlarda kullanılmaktadır⁶²¹. Şirketler topluluğunu oluşturan bu şirketlerin ticaret şirketi olacağı TTK m. 195/1'de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, bir ticaret şirketi diğer ticaret şirketlerini 195. madde uyarınca doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyeti altında tutması halinde bu şirketler birlikte şirketler topluluğunu meydana getirirler. Şirketler topluluğu ayrıca Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin⁶²² (Bundan sonra "TSY" diye anılacaktır) 105. maddesinde de tanımlanmıştır. TSY'de şirketler topluluğunun TTK m. 195/4 hükmü anlamında bir hâkim ve en az iki bağlı şirketle oluşacağı, ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin sayısı en az iki olduğu durumda da TTK m. 195/5 anlamında şirketler topluluğunun oluşacağı düzenlenmiştir⁶²³.

Bu bağlamda, TMS 24 anlamında grup, ana şirket ve bağlı şirket kavramlarının belirlenmesinde TFRS 10 dikkate alınmalıdır.

⁶²⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s. 615.

⁶²¹ Cumhuriyet Boyacıoğlu, **Konzern Kavramı**, Ankara, Nobel Yayınevi, 2006, s. 18.

⁶²² 27.01.2013 tarihli ve 28541 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶²³ Şirketler topluluğu ayrıca TSY m. 105'te de tanımlanmıştır. TSY'de şirketler topluluğunun TTK m. 195/4 hükmü anlamında bir hâkim ve en az iki bağlı şirketle oluşacağı, ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin sayısı en az iki olduğu durumda da TTK m. 195/5 anlamında şirketler topluluğunun oluşacağı düzenlenmiştir. Böylelikle TSY uyarınca şirketler topluluğunun oluşabilmesi için her halükârda iki bağlı şirketin varlığı gerekmektedir. Ancak TTK m. 195/4 anlamından doğrudan bu sonuç çıkmamakta; TTK m. 195 hükmü bütün olarak yorumlandığında şirketler topluluğunun meydana gelmesi için biri hâkim diğeri bağlı olmak üzere en az iki şirketin varlığının yeterli olduğu şeklinde anlaşılabilmektedir. TSY öncesi dönemde öğretilde, TTK m. 195 hükmü uyarınca şirketler topluluğunun oluşabilmesi için bir hâkim ve bir bağlı şirketin varlığının yeterli olduğu kabul ediliyordu. (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 67; Halit Aker, "*Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü "Hakim Teşebbüs"*", **BATİDER**, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 283-284; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 175; Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı -Kavram ve Kurum Olarak Tek Ortaklı Şirket**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 215). Kanun'da şirketler topluluğunun en az iki bağlı şirketten oluşacağı açıkça düzenlenmediği için TSY'deki hükmün yürürlüğe girmesiyle konu tartışmalı hale gelmiştir. TSY'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, öğretilde, çoğunluk tarafından Kanun'da açıkça belirtilmeyen bu koşulun yönetmelikte belirtilmesi eleştirilmiş ve bu düzenlemenin yerinin Kanun olduğu haklı olarak ifade edilmiştir. (Bkz. Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta, 2022, s. 67, dn. 120;

TMS/IFRS’de ise grup, ana şirket ve bağlı şirket kavramları IFRS 10’da tanımlanmıştır⁶²⁴. IFRS 10’a göre, ana şirket bir veya daha fazla işletmeyi kontrol eden işletmeyi, bağlı şirket ise başka bir işletme tarafından kontrol edilen işletmeyi ifade etmektedir. Grup ise bir ana şirket ile onun bağlı şirketleri olarak tanımlanmıştır. IFRS 10, bir veya daha fazla bağlı şirketi kontrol eden bir işletmenin (ana ortaklığın) konsolide finansal tablolar hazırlamasını zorunlu kılmıştır. Bu itibarla bir hâkim şirket ve onun bir bağlı şirketi de TMS/IFRS’ye göre grup sayılır. Muhasebe düzenlemelerinde şirketler topluluğu, iktisadi açıdan bir bütünlük oluşturmamasından

Gökmen Gündoğdu, “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, **LHD**, C. 12, S. 133, 2014, s. 114-124; Cafer Eminoğlu, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 165; Tekin Memiş, Şirketler Topluluğu Uygulamasında Şirket Sayısı Sorunu ve Temel İlkeler Bakımından Değerlendirmeler, **Ticaret Hukuku Günleri Sempozyum Dizisi (Bildiri Özetleri Kitabı)**, Eds: İsmail Kayar/Tekin Memiş, Arista Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 35-40). Öğretide *Tekinalp* tarafından ise TTK m. 195 hükmünün en küçük şirketler topluluğu için bir hâkim şirket ve ona bağlı iki şirketinin varlığının arandığı şeklinde anlaşıldığı, TSY m. 105 hükmünün de TTK’daki aynı hükmü tekrarladığı savunulmuştur. Yazar ayrıca bir teşebbüs ve ona bağlı iki şirketten topluluk oluşmayacağını, teşebbüsle birlikte biri hâkim olmak üzere üç ticaret şirketinin varlığının gerekli olduğunu ileri sürmüştür (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s. 633, N. 23-15). Ancak belirtelim yazarın ikinci görüşü TSY m. 105 hükmü ile de bağdaşmamaktadır. Zira orada hâkim teşebbüs ve iki bağlı şirketin varlığının gerekli olduğu düzenlenmektedir. Kanaatimizce TTK m. 195 hükmü şirketler topluluğunun oluşabilmesi için en az iki bağlı şirketin varlığını zorunlu kılmamaktadır. TTK m. 195/4 hükmünde bir hâkim ve ona bağlı bulunan şirketler şeklinde çoğul ifade kullanılsa da burada bağlı şirketler yönünden asgari bir sayı getirildiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Kullanılan bu çoğul ifade topluluk yapısını ifade etmek içindir. Nitekim TTK m. 195/1 hükmünde bir hâkim şirket ve ona bağlı bir şirketten bahsedilmekte topluluğun iki şirketle kurulabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hükmün genelinden de doğrudan asgari iki bağlı şirketin gerekli olduğu sonucuna varılması olanaklı değildir. Bir Yönetmelik hükmü ile Kanun’da olmayan tanımın getirilmesi ve bu yolla şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanının daraltılması normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bu itibarla TSY hükmünün iptali ya da TTK m. 195 hükmünde buna göre değişiklik yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Ayrıca TTK m. 195/5 hükmünde konsolide tablolar hakkındaki hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir, TTK m. 517 uyarınca konsolide finansal tabloları hazırlamakla yükümlü işletmelerin belirlenmesinde ve ilgili diğer konularda Türkiye Muhasebe Standartları geçerlidir. TMS/IFRS’de de şirketler topluluğu tanımlanmıştır. Ancak muhasebe terimlerinde topluluk yerine grup şirketi kavramı kullanılmaktadır. TMS/IFRS hükümlerinde de grup şirketleri bir hâkim şirket ve onun bağlı şirketleri şeklinde tanımlanmaktadır. Burada da grup şirketleri hâkim ve ona bağlı şirketler şeklinde çoğul ifade edilse de grup şirketinin varlığı için bir hâkim şirket ve bağlı şirket yeterli sayılmakta ve bir veya daha fazla şirketi kontrol eden bir hâkim şirket konsolide finansal tablo hazırlamakla yükümlü kılınmaktadır. Bu yönüyle TSY m. 105 ile TMS/IFRS düzenlemeleri arasında grup şirket kavramı açısından uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. İlişkili taraf işlemleri açısından bu tartışmaya yaklaşıldığında da esasen Kanun’da aranmayan birden fazla bağlı şirket şartı, kanun koyucunun şirketler topluluğunu düzenlemedeki amacına aykırı düştüğü gibi ilişkili taraf işlemlerinin düzenleme amacına da aykırıdır. Gerek şirketler topluluğu hükümlerinin gerekse ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesindeki amaç, şirketi kontrol edebilen ya da etki edebilen güç karşısında diğerlerini, yani pay sahipleri ve alacaklıları korumaktır. Bu sebeple kanun koyucunun amaçlamadığı bir şekilde Kanun’un uygulama alanının daraltılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

⁶²⁴ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2972.

hareketle ele alınmaktadır. Bu açıdan bir şirketin başka bir şirketi kontrol etmesi de konsolide finansal tablo hazırlanmasını gerektirmekte ve bu şirketler bir grup şirketini oluşturmaktadır. Dolayısıyla grup şirketin oluşması için bir ana şirket ve onun bir bağlı şirketinin varlığı yeterlidir. TFRS 10'da, TSY gibi üç şirketin varlığı şart koşulmadığı için aynı grubun üyesi olunması için üç şirketin varlığı aranmaz. Bu bağlamda TMS 24 kapsamında bir hâkim şirket ve onun kontrol ettiği bir bağlı şirketin varlığı tarafların ilişkili sayılmaları için yeterli kabul edilecektir.

(2) İştirak ya da İş Ortaklığı Olması

İşletmenin diğer işletmenin (veya bu işletmenin üyesi olduğu grubun üyesinin) iştiraki ya da iş ortaklığı olması halinde ilişkili taraf sayılır. İştirak ve iş ortaklığı terimleri TMS 24'te tanımlanmamıştır. Bu terimler sırasıyla TMS 28 ve TFRS 11'de tanımlanmaktadır. Bu kapsamda raporlayan işletme ile herhangi bir işletme TMS 28 kapsamında bir iştirak veya TFRS 11 kapsamında bir iş ortaklığı oluşturuyorsa ilişkili taraf sayılacaktır. Ancak belirtelim ki birbirinden iki farklı anlamı ifade eden iştirak ve iş ortaklığı kavramlarına aynı maddede yer verilmesi zaten karmaşık olan ilişkili taraf tanımını daha da anlaşılması zor hale getirmektedir.

TMS 28.3'te iştirak, *“yatırım yapan işletmenin üzerinde önemli etkisinin bulunduğu işletme”* şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki anlamı ile iştirak, aynı zamanda önemli etkiye sahip olduğu şirketin ilişkili tarafı sayılmaktadır. Önemli etkiye sahip olmak ise şirketin finansal ve faaliyetleriyle ilgili politikalarına ilişkin kararlara katılma gücünü ifade etmektedir. TMS 28.5'te daha önce açıkladığımız üzere bir şirketin oy hakkının en az yüzde 20'sini elinde tutanlar önemli etkiye sahip sayan karene kabul edilmiş, TMS 28.6'da ise yüzde 20 oy hakkına sahip olmamakla birlikte önemli etki kapsamında kabul edilebilecek haller sayılmıştır⁶²⁵. Görüldüğü gibi TMS 28 anlamında iştirak kavramı, pay sahibi olan işletmeleri, belirli oy hakkına veya etkiye sahip olan işletmeleri de kapsamına almaktadır. Bu nedenle esasen gerçek kişiler yönünden aranan şirket üzerinde önemli etkiye sahip olma ölçütü, burada işletmeler için iştirak şeklinde ifade edilmektedir.

⁶²⁵ Önemli etki ile ilgili açıklamalarımız için bkz. aşı. § 2/I/B/1/a/(2).

İşletme, şirketin veya bu şirketin üyesi olduğu grubun bir üyesinin iştiraki olması halinde de raporlayan şirketle ilişkili taraf sayılacaktır. Ayrıca ilişkili taraf belirlenirken iştirak kavramının söz konusu iştirakin bağlı şirketlerini de içerdiği, TMS 24.12’de açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple örneğin bir iştirakin bağlı şirketleri ile bu iştirak üzerinde önemli etkiye sahip yatırımcı işletme de birbirleri ile ilişkili sayılacaktır. Yatırımcının bir bağlı şirketi varsa, bu bağlı şirket de iştirakle ilişkilidir, çünkü bağlı şirket, iştirak üzerinde önemli etkiye sahip olan grubun bir parçasıdır. Bu aynı zamanda, bir raporlayan şirketin ana şirketinin bir iştirakinin de raporlayan şirketin ilişkili tarafı olduğu anlamına gelir. Ancak bu durum, iştiraklerin birbiri ile ilişkili taraf sayılmasına neden olmaz. Yatırımcı işletmenin iştiraklerinin birbirleriyle ilişkili taraf sayılmamasının nedeni, iki iştirakin ortak yatırım yoluyla birbirleri üzerinde yeterli etki oluşturmamaya olmasındır⁶²⁶. Dolayısıyla bir şirket ve onun bağlı şirketleri iştirakleriyle ilişkili taraf sayılırken, bu iştirakler birbiriyle ilişkili taraf sayılmaz⁶²⁷.

TMS 24’te işletmenin, şirketin veya üyesi olduğu bir grubun üyesinin iş ortaklığı olması halinde de bu işletme raporlayan şirketin ilişkili tarafı sayılmıştır. İşletme, şirketin veya bu şirketin üyesi olduğu grubun bir üyesinin iş ortaklığı⁶²⁸ olması halinde de raporlayan şirketin ilişkili tarafı olacaktır. İş ortaklığı üzerinde ortak kontrole sahip taraflar iş ortaklığı ile ilişkili kabul edilir⁶²⁹. İş ortaklığı üzerinde, iş ortaklığının katılımcıları ortak kontrol hakkını haizdir. Bir işletmenin diğerinin iş ortaklığı olduğu hallerde, iş ortaklığı ortak kontrol gücünü de beraberinde getirdiği için, iş ortaklığı ile üzerinde kontrol gücüne haiz olunan şirket ilişkili sayılmıştır.

⁶²⁶ IAS 24 BC25; IFRS, Basis for Conclusions on IAS 24 Related Party Disclosures, (IAS 24 BC), 2009.

⁶²⁷ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2973.

⁶²⁸ TFRS 11’de iş ortaklığı, “*müşterek kontrole sahip olan tarafların, anlaşmanın net varlıkları üzerinde haklarının bulunduğu müşterek anlaşma*” olarak tanımlamaktadır (EK A).

⁶²⁹ TFRS 11’de ele aldığımız üzere ortak kontrole ilişkin anlaşma iş ortaklığı şeklinde gerçekleştirilebilmektedir. Ortak kontrole ilişkin TFRS 11’de ele alınan iş ortaklığı TMS 24’te de ilişkili taraf olarak ayrıca sayılmıştır. Ancak belirtelim burada sadece “iş ortaklığı” ilişkili tarafı olarak sayılmış, TFRS 11’de ifade olunan “müşterek faaliyet” ise ilişkili taraf olarak sayılmamıştır. Daha önce belirtmiş olduğumuz üzere müşterek kontrol altında ele alınan TFRS 11’deki iş ortaklığı tanımı, müşterek faaliyeti (ortak operasyonları) içermemekte olup “müşterek faaliyet” kavramı ayrıca tanımlanmıştır. Bu nedenle TMS 24 kapsamında müşterek faaliyete yapılan bir yatırım ilişkili bir taraf oluşturmaz. Bu kapsamda müşterek faaliyet üzerinde ortak kontrole sahip olan taraf ile raporlayan işletmenin yaptığı bir işlem TMS 24’teki ilişkili taraf tanımı uyarınca aksi düzenlenmediği sürece ilişkili bir taraf işlemi sayılmaz (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2974).

TMS 24.12’de ilişkili taraf tanımında iş ortaklığının, iş ortaklığının bağlı şirketlerini de kapsadığı ifade edilmiştir. Ancak bu durum bir iş ortaklığındaki yatırımcıların da birbirleriyle ilişkili taraf sayılmasına sebep olmaz. Bu itibarla bir iş ortaklığındaki yatırımcılar birbiriyle ilişkili sayılmaz⁶³⁰. TMS 24.11(b)’de de iki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde ortak kontrolü paylaşımları halinde bu katılımcıların ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir⁶³¹.

(3) İki İşletmenin Aynı Üçüncü Tarafla İş Ortaklığı Olması

Her iki işletmenin de aynı üçüncü tarafların iş ortaklığı olması durumunda işletmeler ilişkili sayılır⁶³². Aynı üçüncü bir tarafın, iş ortaklığı ile ortak kontrolü altında olan iki işletmeyi etkileyebilecek olması nedeniyle her iki işletme de ilişkili taraf sayılmıştır. Burada her iki iş ortaklığındaki taraflardan en az birinin aynı olması durumunda, kontrolün ve ortak yönetimin bir arada toplanması sonucu, aynı iş ortaklığına sahip işletmeler arasındaki ilişkinin yakın bir ilişki oluşturduğu kabul edilmiştir⁶³³.

(4) Üçüncü Bir İşletmenin İş Ortaklığı ve İştiraki Olması

İşletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iştiraki olması, diğer işletmenin aynı üçüncü işletmenin iş ortaklığı olması halinde bu iki işletme birbiriyle ilişkili sayılmıştır. Diğer bir ifadeyle aynı işletmenin bir işletmede iş ortaklığı olduğu (ortak yönetime sahip olduğu) ve diğer işletmede ise iştirak konumunda (önemli etkiye sahip olduğu) olduğu işletmeler birbiri ile ilişkili kabul edilmiştir.

Aynı üçüncü işletmenin iş ortaklığı ve iştiraki olan işletmeler birbirlerine doğrudan etki edemese de üçüncü bir tarafın bu işletmeler üzerindeki karşılıklı etkisi, işletmelerin ilişkili taraf sayılmaları için yeterli görülmüştür. Karşılıklı etki, bir tarafın kontrolüne bağlı olarak gerçekleşen iki işletme arasındaki bir işlemin, üçüncü

⁶³⁰ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2973.

⁶³¹ TMS 24.11 kapsamında ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecekler için bkz. aşağıda, § 2/I.

⁶³² TMS 24’te iki işletmenin aynı üçüncü tarafla iş ortaklığı olması hali ilişkili taraf olarak ele alınmış; ancak aynı üçüncü tarafın “iştirak” olması bu kapsamda sayılmamıştır. IASB, “önemli etkinin” kontrol veya ortak kontrol kadar yakın bir ilişki oluşturmaması nedeniyle iş ortaklığı ile iştirakler arasında burada bir ayırım yapıldığını belirtmiştir (Bkz. IAS 24.BC19(a)). Bu nedenle söz konusu işlem, aynı üçüncü bir işletmenin iştiraki olduğu iki şirket arasında gerçekleşirse, iki şirket arasında bir etki söz konusu olmayacağı için bu halde bu işletmeler ilişkili sayılmayacaktır.

⁶³³ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 70.

işletmenin bu işlemi esasen kendi iştiraki ile yapıyormuş gibi olmasından kaynaklanır. Bu açıdan TMS 24 ilişkili tarafın varlığı için çift taraflı bir üçüncü tarafın etkisi olması durumunda, işlemin en az bir tarafının kontrole sahip olmasını aramıştır⁶³⁴.

(5) Çalışanlara İlişkin İşten Ayrılma Sonrasında Fayda Sağlanması

İşletme, “raporlayan işletmenin veya raporlayan işletmeyle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak bir işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planlarının olması halinde” ilişkili sayılır⁶³⁵. Ayrıca raporlayan işletmenin kendisinin böyle bir planının olması durumunda, sponsor olan işverenler de raporlayan işletme ile ilişkili kabul edilir. Bu fıkra kapsamında raporlayan işletme, çalışanlarına veya ilişkili işletmelerinin çalışanlarına işten ayrılma sonrası menfaat sağlaması için bir plan oluşturmuş bir işletme ile ilişkili sayılmaktadır. Görüldüğü gibi tanım oldukça geniş kapsamlı tutularak raporlayan işletme ile herhangi bir işletmenin işten ayrılma sonrası fayda planlarının olması ilişkili sayılmaları için yeterli sayılmıştır. Bu örneğin, raporlayan işletmenin bir iştirakinin veya iş ortaklığının işten ayrılma sonrası fayda planlarını veya raporlayan işletmenin ana şirketinin bir iştirakinin fayda planını içerir⁶³⁶. Standart’ta, işten ayrılma sonrası fayda planının neden işletmenin ilişkili tarafının belirlenmesine kriter olarak ele alındığı belirtilmemektedir. Ancak bunun muhtemel nedenini, bir işten ayrılma sonrası fayda planına sponsor olan bir işverenin genellikle bu plan üzerinde önemli bir etkiye sahip olması oluşturmaktadır⁶³⁷.

İşten ayrılma sonrası sağlanan faydalar TMS 24.9’da “tazminat” tanımı içerisinde belirtilmiştir. Bu tanım uyarınca çalışanlara işten ayrılma sonrası sağlanan faydalar, emeklilik maaşı, emeklilik ikramiyesi, hayat sigortası ve sağlık yardımı gibi faydalardır. Bu faydalar ayrıca TMS 19’da⁶³⁸ (Çalışanlara Sağlayan Faydalar Standartı) yer almaktadır. Bu kapsamda en sık karşılaşılan örnek, emeklilik fonları ile çalışanlara fayda sağlanması durumudur⁶³⁹. Örneğin Türk hukukunda, 4632 sayılı

⁶³⁴ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 71, 72.

⁶³⁵ TMS 24.9(b)(v).

⁶³⁶ Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2975-2976.

⁶³⁷ **A.e.**, s. 2975.

⁶³⁸ TMS 19, 30.03.2006 tarihli ve 26124 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁶³⁹ Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 14; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 76.

Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun “Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi” başlıklı (Ek m. 2) hükmü ile şirketlere belirli gruptaki çalışanlarını, bireysel emekliliğe otomatik katılım için emeklilik şirketlerinden birinin emeklilik planına dâhil etme zorunluluğu getirilmiştir⁶⁴⁰. Bu şekilde raporlayan işletmenin çalışanlarının bireysel emekliliği için bir emeklilik şirketi ile anlaşması durumunda, TMS 24 uyarınca raporlayan işletme ile emeklilik şirketi ilişkili taraf sayılacaktır⁶⁴¹. Bununla birlikte, doğrudan çalışanlara sigorta yapılması durumunda, sigorta şirketi sadece sigorta sözleşmesi nedeniyle raporlayan şirketle ilişkili bir taraf sayılmaz⁶⁴².

(6) Belirli Kişiler Tarafından Kontrol veya Ortak Kontrol Edilmesi

İşletmenin TMS 24.9(a)’da tanımlanan bir kişi tarafından kontrol veya ortak kontrol edilmesi halinde raporlayan işletme ile bu işletme ile ilişkili sayılır. Raporlayan işletme üzerinde kontrol veya ortak kontrol gücüne sahip olan veya raporlayan işletme üzerinde önemli bir etkiye sahip olan veya raporlayan işletmenin kilit yönetici personelinin bir üyesi olan kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi tarafından

⁶⁴⁰ 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun “Çalışanların otomatik olarak bir emeklilik planına dâhil edilmesi” başlıklı Ek Madde 2 hükmü şu şekildedir: “*Türk vatandaşı veya 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olup kırk beş yaşını doldurmamış olanlardan; 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre çalışmaya başlayanlar ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamında kurulmuş olan sandıkların iştirakçisi olarak çalışmaya başlayanlar, işverenin bu Kanun hükümlerine göre düzenlediği bir emeklilik sözleşmesiyle emeklilik planına dâhil edilir. İşveren, çalışanını ancak otomatik katılım için emeklilik planı düzenleme konusunda Müsteşarlıkça uygun görülen şirketlerden birinin sunacağı emeklilik planına dâhil edebilir. Cumhurbaşkanı, bu madde uyarınca emeklilik planına dâhil edilecek işyerleri ile çalışanları ve bu kapsamdaki uygulama esaslarını belirlemeye yetkilidir*”. Emeklilik şirketleri de yine bu Kanunu’n 8. maddesinde “*bu Kanuna göre kurulan ve bireysel emeklilik sisteminde faaliyet göstermek üzere bu Kanun ile ihdas edilen emeklilik branşında ruhsat almış*” şirketler şeklinde tanımlanmıştır. Emeklilik fonları ile ilgili detaylı bilgiye ise Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan “*Emeklilik Yatırım Fonlarına İlişkin Rehber*” üzerinden ulaşılabilir. (“Emeklilik Yatırım Fonlarına İlişkin Rehber” için bkz. <https://spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1205>, Erişim Tarihi: 20.11.2020).

⁶⁴¹ Ancak belirtelim TMS 24.9(b)(v) kapsamında, ilişkili taraf raporlayan şirketin perspektifinden tek yönlüdür, dolayısıyla bu emeklilik şirketinin perspektifinden ise emeklilik şirketi plan sunduğu bu işletme ile ilişkili taraf sayılmaz. Daha geniş ifadeyle işten ayrılma sonrası faydalar için plan yapan işletme için raporlayan işletme ilişkili taraf sayılmaz. Burada tek taraflı yakınlığın olması, önemli etkinin genellikle diğer işletme tarafından raporlayan işletmeye tek yönlü gerçekleştirmesinden kaynaklanır (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 76).

⁶⁴² Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 14; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 75.

ayrıca kontrol edilen veya ortak kontrol edilen işletme, raporlayan işletme ile ilişkili sayılır. Böylelikle raporlayan işletmenin ilişkili tarafı sayılan bir gerçek kişinin, başka bir işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması durumunda bu kişinin iki işletme üzerinde sahip olduğu etki nedeniyle bu işletmeler de ilişki kabul edilmiştir.

(7) Belirli Kişilerin Önemli Etkide Bulunması veya Kilit Yönetici Personelinin Bir Üyesi Olması

Raporlayan işletme ile TMS 24.9(a)(i)'de tanımlanan bir kişinin önemli etkiye bulunduğu veya kilit yönetici personelinin bir üyesi olduğu işletme ile ilişkili sayılmıştır⁶⁴³. Raporlayan işletme üzerinde kontrol veya ortak kontrol gücüne sahip olan kişi, diğer işletme (ya da onun ana şirketi) üzerinde önemli etkiye bulunuyor veya bu işletmenin kilit yönetici personelinin bir üyesi niteliğinde ise iki işletme ilişkili taraf kabul edilir. Burada doğrudan TMS 24.9(a)'ya atıf yapılmışsa da söz konusu gerçek kişinin yakın aile üyesinin de, işletmeye etki edebileceği göz önünde bulundurularak TMS 24.9(b)(vii) kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁶⁴⁴. Böylelikle raporlayan işletme üzerinde kontrol edilen veya müşterek kontrol gücüne sahip olan kişinin yakın aile üyesi de diğer işletme üzerinde önemli etkiye bulunuyor veya bu işletmenin kilit yönetici personelinin bir üyesini oluşturuyor ise iki işletme ilişkili taraf sayılmalıdır.

Bu madde ile raporlayan işletmede kontrol gücüne veya ortak kontrol gücüne sahip olmayan ilişkili taraf sayılan gerçek kişinin, diğer işletme üzerinde önemli etkiye bulunması veya işletmenin kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde bu işletmelerle şirketin ilişkili taraf sayılamayacağı da belirtmiş olmaktadır⁶⁴⁵. IASB, “önemli etkinin” kontrol veya ortak kontrol kadar yakın bir ilişki oluşturmaması nedeniyle iş ortaklığı ile iştirakler arasında burada bir ayrım yapıldığını belirtmiştir. TMS 24 kapsamında ilişkili taraf belirlenirken “kilit yönetici personel” ve “önemli etki” ölçütleri daha zayıf etki olarak ele alınırken, kontrol ve müşterek kontrol güçlü

⁶⁴³ TMS 24.9(b)(vii).

⁶⁴⁴ Grigoleit, a.g.e., Rn. 77.

⁶⁴⁵ Bu husus TMS 24.11.(a)'da da açıkça yer bulmuştur. Bu maddeye göre iki işletmenin ortak bir kilit yönetici personele sahip olması veya işletmelerden birinin kilit yönetici personelinin diğer işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması hallerinde bu iki işletme ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecektir.

etki olarak ele alınmıştır⁶⁴⁶. Bu açıdan bir kişi bir işletmede daha zayıf etki biçimlerinden (önemli etki veya kilit yönetici personel) birine sahip ise iki işletmenin ilişkili taraf sayılması için ilgili gerçek kişinin diğer işletmede kontrol gücüne veya müşterek kontrol gücüne sahip olması şarttır⁶⁴⁷.

(8) Kilit Yönetici Personel Hizmeti Sunulması

İşletmenin veya onun üyesi olduğu grubun başka bir üyesi, raporlayan işletmeye veya onun ana şirketine kilit yönetici personel hizmeti sunması durumunda raporlayan işletme ile ilişkili sayılır⁶⁴⁸. Bu düzenleme, bir işletmenin veya grubunun bir üyesinin raporlayan işletmeye kilit yönetici personel hizmetleri sağladığı durumları kapsamayı amaçlar. Böylelikle TMS 24, ilişkili tarafın kapsamını kilit yönetici personel üyesi olan kişilerden bu hizmeti sunan şirketlere doğru genişletmiş olmaktadır.

Dünya uygulamalarında bir şirketin tek iştiğal konusu, diğer şirketlere yönetim hizmeti verilmesi olarak belirlenebilmektedir⁶⁴⁹. Bu şirket, diğer şirketlere profesyonel yöneticilik hizmeti sunmakta, diğer şirketlerin ticari işletmelerini yönetmektedir. TMS 24.9'da da bu şirketlerin diğer şirketlere yönetim hizmeti sunması durumları düzenlenmek istenmiştir.

⁶⁴⁶ TMS 24.9 (b)(iii) ve (iv)'te olduğu gibi burada da çift taraflı üçüncü taraf etkisinin gerçek bir kişi yerine bir işletme tarafından iletildiği durumlarda, yakın bir ilişkinin varlığı için en az bir tarafın güçlü bir etkiye sahip olması aranmaktadır. Bu itibarla, gerçek kişinin sadece her iki işletme üzerinde önemli bir etkiye sahip olması veya her birinin işletmenin yönetici personelinin bir üyesi olması ilişkili sayılmaları için yeterli görülmemiştir.

⁶⁴⁷ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 77; Tarde, **a.g.e.**, s. 12-13.

⁶⁴⁸ TMS 24.9(b)(viii). Kilit yönetici personel hizmeti veren işletme ile raporlayan işletme arasındaki ilişkili taraf karşılıklı değildir. Zira bu işletmeler arasında başkaca bir gösterge yoksa raporlayan işletme, kilit yönetici personel hizmeti sağlayan işletmenin faaliyetlerini, finansal kararlarını veya kâr ve zararını etkileme imkânına sahip değildir. (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2977-2978). Örneğin, C İşletmesi A İşletmesine kilit yönetim personeli hizmeti sunması olasılığında, A işletmesi için C ilişkili taraf sayılır. Ayrıca A, C işletmesi bir grubun parçası ise o grubun diğer üyeleri ile de ilişkili taraf sayılır. Ancak C işletmesi ve C'nin üyesi olduğu grubun diğer üyeleri için A ilişkili taraf sayılmaz (Örnek için bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2977-2978).

⁶⁴⁹ Ancak belirtelim ki kilit yönetici personel hizmeti sunulması uygulamada yok denecek kadar azdır. Çünkü kilit yönetici personel şirketin genel yönetimini kapsar ve daha alt yönetim işlevleri kilit yönetici pozisyonunda sayılmaz. Türk uygulamasında, anonim şirketlerde kilit yönetici personel niteliğinde sayılan yöneticilerin başka bir şirketten bu yönde hizmet sağlanarak alınması eğilimi pek bulunmamaktadır. Genellikle uygulamada şirketler, şirketin yönetimini bu şekilde bu hizmeti veren başka bir şirkete emanet etmekten kaçınırlar. Alman hukuku açısından benzer tespit ve değerlendirme için bkz. Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 78.

(9) Devletle İlişkili İşletmeler

TMS 24.9’da devletin üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olduğu ya da önemli etkide bulunduğu işletme ile devletin ilişkili taraf sayılacağı belirtilmiştir. Devletin bir işletme ile ilişkili taraf oluşturması için devletin işletme üzerinde kontrol, ortak kontrol ve önemli etkide bulunması koşulu aranmıştır⁶⁵⁰.

TMS 24.9’da devlet kavramı da tanımlanmış ve devlet; “*devleti, devlet organlarını ve yerel, ulusal veya uluslararası kuruluşlar*” şeklinde ifade edilmiştir⁶⁵¹. IASB, “devlet” ile neyin kastedildiğinin nasıl belirleneceğine dair daha kapsamlı bir tanım veya ek rehberlik sağlamasına gerek olmadığını belirtmiştir⁶⁵². IASB, daha ayrıntılı bir tanımın, her ülkenin yargı alanındaki her devlet yapısını karşılamayabileceğini ve her uygulayıcı devletin devletle ilgili faaliyetleri organize etme imkânına sahip olması nedeniyle bu tanımlı uygularken raporlayan işletme tarafından muhakeme yapılması gerektiğini vurgulamıştır⁶⁵³. Bu açıdan bu kavram bizde de Türk idare teşkilatına göre doldurulacaktır.

2. İlişkili Tarafların Sınırlı Sayıda Olması ve Özün Önceliği İlkesi

TMS 24.9’da, ilişkili tarafların şirketle ilişkili olan kişi ve işletmeler olduğu tanımı yapılmış, ardından da bu kişi ve işletmeler bir liste halinde sıralanmıştır. Bu tanım tahdididir ve burada sayılanlar dışındaki kişi ve işletmelerin kural olarak ilişkili taraf sayılması olanağı yoktur. IAS 24.9’da, ilişkili taraflar bir liste biçiminde sınırlı sayıda sayılarak esasında şirketler için hukuki güvenlik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu aynı zamanda açıklama yükümlülüğü gerektirecek düzenlemelerin, belirli bir kısıtlayıcı yaklaşıma tabi olacak şekilde düzenlenmesi ihtiyacının bir sonucudur⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Devlet, ilişkili taraf sayılmakla birlikte TMS 24 kapsamında ilişkili taraf açıklama yükümlülüklerinden muaf tutulmaktadır. İki işletmenin her biri devlet kontrolü altındaysa, IAS 24.9(b)(i) uyarınca aynı grubun üyesi olması nedeniyle birbirleriyle ilişkili sayılacak, sonuç olarak bu şirketler arasındaki işlemlerin TMS 24.18 uyarınca raporlanması gerekecektir (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 111).

⁶⁵¹ Bu tanım, TMS 20 Devlet Teşviklerinin Muhasebeleştirilmesi ve Devlet Yardımlarının Açıklanması Standardı’nın 3. paragrafında yer alan devlet tanımı ile aynıdır. (TMS 20 Standardı, 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

⁶⁵² IAS 24.BC41.

⁶⁵³ IAS 24.BC41.

⁶⁵⁴ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 50; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 13.

IAS 24 ve doğal olarak birebir çevirisi TMS 24 yukarıda ele alındığı üzere oldukça geniş bir çevreyi ilişkili taraf olarak saymıştır, bu nedenle ilişkili tarafları bu zikredilen kişi ve işletmelerle sınırlı tutulmuş olması yerinde olmuştur.

TMS 24.10, ilişkili tarafların TMS 24.9’da sayılanlarla sınırlı olmasını bir anlamda yumuşatmaktadır. TMS 24.10’da olası ilişkili taraf ilişkisi değerlendirilirken sadece yasal şekle bakılmakla yetinilmemesi, ilişkinin özünün de dikkate alınması gerekliliği vurgulanmıştır. Böylelikle olası ilişkili taraf ilişkileri incelenirken, sadece hukuki niteliğin değil, ayrıca ekonomik özün de dikkate alınması gerekmektedir. Öğretide bu madde “özün önceliği ilkesi” şeklinde ifade edilmektedir⁶⁵⁵.

Muhasebe hukukunda özün önceliği ilkesinin temel kavramlardan birini oluşturur. Muhasebe literatüründe bu ilke, işlemler muhasebe kayıtlarına aktarılırken, işlemlerin biçimden ziyade özlerinin nazara alınması gerekliliğini ifade eder⁶⁵⁶. Hukuki açıdan bakıldığında ise özün dikkate alınması şeklinde tezahür eden bu kavram, hukukun amaçsal (teleolojik) yorumunun bir parçasını ifade eder⁶⁵⁷. Yorum metotlarından biri olan amaçsal yorum, hükmün anlam ve amacının (*ratio legis*) ele alınmasını, kanun koyucunun neyi amaçladığının incelenmesini esas alır⁶⁵⁸. Bu yorum metodunda amaç,

⁶⁵⁵ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 93; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 8; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 48; Tarde, **a.g.e.**, s. 13.

⁶⁵⁶ Özün önceliği ilkesi, Finansal Tabloların Hazırlanma ve Sunulma Esaslarına İlişkin Kavramsal Çerçeve Hakkında Tebliğ Sıra No: 1 EK (MSUGT-1-EK) para. 35’te “*işlemlerin muhasebeye yansıtılmasında ve onlara ilişkin değerlendirmelerin yapılmasında biçimlerinden çok özlerinin esas alınması gerektiğini ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. MSUGT-1-EK, 16.1.2005 tarih ve 25702 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Ancak bu Tebliğ ve Eki, 27.01.2011 tarih ve 27828 sayılı RG’de yayımlanan “Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve Hakkında Tebliğ”in (Sıra No: 209) yayımlanması ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu ilkelere yeni TFRS ve TMS Standartları’nda ve “Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve”de açıkça yer verilmemiştir. Ancak yürürlükten kalksa da bu ilkeler muhasebenin temel ilkeleri olarak kabul görmeye devam etmektedir. Öğretide, özün önceliği ilkesinin IFRS muhasebesinin de bir ilkesi olarak varlığını sürdürmesi nedeniyle özün önceliğine bakılmasına ilişkin bu düzenlemenin TMS 24’te yer almasının şaşırtıcı olduğu ifade edilmiştir. (İlgili açıklamalar için bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 8; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 49).

⁶⁵⁷ IFRS ve IAS’ten çevrilerek alınan TMS 24 Türk hukukunun bir parçası haline geldiği için yorumlanması da elbette Türk hukuku kapsamındaki genel yorumlama ilkelerine tabi olacaktır. Aynı yönde Alman öğretisinde de, IFRS / IAS Standartları’nın, Avrupa Birliği tarafından Birlik yasal düzeninin bir parçası olarak sunulduğu ve bu nedenle de Avrupa hukuku kapsamındaki genel yorumlama ilkelerine tabi olduğundan amaçsal yorum metodunun geçerli olduğu ifade edilmiştir. (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 8).

⁶⁵⁸ Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s. 367; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 70; Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 7. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 40; Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003, s. 201; Hakan

normun amacını araştırmak olup kanun koyucunun varsayılan niyetini ortaya çıkarmak değildir⁶⁵⁹. Amaçsal yorumun sınırını, normun amacının anlaşılması oluşturur. Dolayısıyla bir normun olası gerçek anlamının veya amacının bulunması durumunda, amaçsal yorumun kapsamı da sona erer; bu aynı zamanda yorumun sınırını oluşturur⁶⁶⁰. Bu açıdan bu yorum metodu uygulanırken, yorumun muhtemel lafzi anlamının bulunması ile bittiğinin dikkate alınması ve yasa metninden sapılmaması gerekir⁶⁶¹. TMS 24.9'un olası gerçek anlamının bulunması da TMS 24.10 gereği yapılacak yorumun sınırını belirler.

İlişkinin özünün ele alınması, TMS 24.9'da sayılanlar dışında yeni ilişkili taraflar yaratılması anlamına gelmemekte olup yalnızca TMS 24.9'da sayılan ilişkili taraf kataloğunun doğru şekilde anlaşılmasına yardımcı olur⁶⁶². Bu nedenle TMS 24.10 hükmü, 24.9'da belirtilen ilişkili taraf kataloğunun işlemin özünün dikkate alınmasından bahisle genişletilebileceği şeklinde yanlış anlaşılmalıdır⁶⁶³. Amaçsal yorum, TMS 24.9'un genişletilmesine yol açmaz. TMS 24.9'da, ilişkili taraflara bir liste biçiminde tanımlar, böylece şirketler için bu anlamda hukuki güvenlik sağlamış olur. Aksi halde TMS 24 kapsamında açıklama gerekliliklerinin genişletilmiş olacak ve bu da yatırımcının hareket özgürlüğüne müdahale niteliğinde sayılacaktır. Bu nedenle de açıklama yükümlülüğü gerektirecek düzenlememelerin belirli bir kısıtlayıcı yaklaşıma tabi olacak şekilde yorumlanması gerekliliğine dikkat edilmelidir⁶⁶⁴.

TMS 24.10 hükmü kapsamında, standardın genel amacına bakılması, TMS 24.9'un lafzının kapsamına girmeyen ancak standardın açıklanan amacı açısından raporlanabilir olarak kabul edilebilecek olan durumlar açısından sorun yaratabilir⁶⁶⁵.

Birsenoğlu, **Vergi Hukukunda Yorum**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 75. Türk Medeni Kanunu'nda da, Kanun'un 1. maddesinde "*kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*" denilerek sadece lafza bağlı kalınmayarak normun özünün de dikkate alınması gerekliliği ortaya konulmuştur.

⁶⁵⁹ Işıktaç/Metin, **a.g.e.**, s. 204.

⁶⁶⁰ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 49; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 8-9.

⁶⁶¹ Birsenoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

⁶⁶² Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 9; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁶³ Hennrichs/ Schubert, **a.g.e.**, Rn. 9.

⁶⁶⁴ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 50; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 13.

⁶⁶⁵ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 11; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 50.

Çünkü TMS 24'ün amacına bakılması TMS 24.9'da listelenmeyen ilişkilerin dâhil edilmesine yol açabilir. Örneğin, TMS 24.9'da raporlayan işletme ile iştirakleri arasındaki dikey ilişki ilişkili taraf olarak sınıflandırılırken, iştirakler arasındaki yatay ilişki bu kapsamda sınıflandırılmaz. İlk başta iştiraklerin birbiriyle ilişkili sayılmaması TMS 24'ün amacı açısından anlaşılabilir. Ancak iştirakler işletme üzerinde önemli etkiye sahip olsa da işletmenin iştirakleri birbirlerine yabancı ve tamamen bağımsız üçüncü şahıs niteliğinde olurlar ve birbirlerini etkilemeleri de söz konusu olmaz⁶⁶⁶. Bu nedenle ilişkili taraflar ve ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecekler, TMS 24.9'da ve TMS 24.11'de olumlu ve olumsuz kriterler altında listelenmiştir. Bu açıdan olası ilişkili taraf ilişkisi değerlendirilirken de TMS 24.9 ve 24.11 hükümlerinin amacı dikkate alınmalıdır. İlişkinin özüne ilişkin değerlendirme, pozitif kriterlerin veya negatif kriterlerin ana hatlarını ortadan kaldıracak kadar ileri gitmemelidir⁶⁶⁷.

3. İlişkili Taraf Sayılmayan Kişi ve İşletmeler

TMS 24.11'de, ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecek kişi ve işletmeler sıralanmıştır⁶⁶⁸. Raporlayan işletmenin perspektifinden ilişkili tarafları tanımlayan TMS 24.9'da bir liste şeklinde ilişkili taraflar açıklanırken, TMS 24.11'de de ilişkili taraf oluşturmayacak kişi ve işletmeler açıklanmıştır. TMS 24.11'in işlevi, negatif diğer bir ifadeyle olumsuz bir sınırlama işlevidir. TMS 24.11, bir işletme üzerinde belirli bir etkiye sahip olsalar bile, ilişkili taraf sayılmak için yeterli yakınlık ilişkisi kurulamayan ilişkileri listelemektedir. Böylelikle TMS 24.9'da yer alan ilişkili taraf

⁶⁶⁶ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 11.

⁶⁶⁷ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 93. TMS 24.10 kapsamında olası ilişkili taraf işleminin özüne bakılmasına örnek olarak, TMS 24.9(a)(iii) kapsamında şirkette kilit yönetici personel pozisyonunda bulunan bir kişinin sözde genel müdür olduğu durumlarda işin özü gereği ilişkili taraf sayılmaması gösterilebilir. Bu örnekte olduğu gibi TMS 24.10 hükmü, bağımsız üçüncü şahıslar tarafından paravan kişi olarak gerçekleştirilen ilişkili taraflar arasındaki işlemlerde bu kişilerin TMS 24.9 kapsamında ilişkili taraf sayılmasını sağlar (Bkz. Hennrichs/ Schubert, **a.g.e.**, Rn. 8; Tarde, **a.g.e.**, s. 13).

⁶⁶⁸ Esasen TMS 24.11'te belirtilen ilişkili taraf sayılmayan durumlar, TMS 24.9'te belirtilen kriterler kapsamında ilişkili taraf oluşturmayan ya da maddenin olumsuz anlamından ilişkili taraf sayılmayacağı anlaşılan ilişkileri içermektedir. Bu açıdan bu düzenleme, sadece açıklayıcı bir karaktere sahiptir. Bu nedenle yabancı öğretide ilişkili taraf oluşturmayacak kişilerin sayıldığı bu maddenin gereksiz olduğu da ifade edilmiştir (Bkz. Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 79; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 65; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 77). Ancak kanaatimizce ilişkili taraf oluşturmayacak kişilerin açıkça sayılması, açıklayıcı karakterde olsa da ilişkili tarafların tespitini daha anlaşılır kılmaya hizmet etmektedir.

tanımı, TMS 24.11'deki ilişkili taraf olarak kabul edilmeyen kişileri listeleyen olumsuz tanım ile tamamlanmıştır⁶⁶⁹.

Aşağıda TMS 24.11 kapsamında ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecekler açıklanmıştır.

a. Bir Gerçek Kişinin Belirli Bir Etkiye Sahip Olduğu İşletmeler

TMS 24.11.(a)'da “iki 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 işletmenin ilişkili taraf olarak değerlendirilmeyeceği düzenlenmiştir⁶⁷⁰. Burada raporlayan işletme ile ilişkili taraf oluşturmayan kilit yönetici personel dışındaki yöneticilere de işaret edilmiştir. Yine aynı düzenlemede, işletmelerden birinin kilit yönetici personeli olan kişinin, diğer işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması durumu da iki işletmenin ilişkili sayılması için yeterli sayılmamıştır⁶⁷¹.

Tek bir kişinin iki işletmenin ortak yöneticisi olması durumunda iki işletmenin ilişkili sayılmayacağı şeklinde formüle edilen bu açıklama, tek bir kişinin yeterli etki potansiyeline sahip olmadığı varsayımına dayanıldığını göstermektedir. Bu husus, aynı anda iki işletmede ilgili pozisyonlarda bulunan iki veya daha fazla kişinin, işletmeler arasında dolaylı yakın ilişkiye neden olup olmayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır⁶⁷². Çünkü TMS 24.11(a)'daki düzenlemenin tersi anlamından, ortak birden fazla aynı yöneticiye sahip olunması durumunda iki işletmenin ilişkili taraf sayılacağı gibi bir sonuca varılması muhtemeldir⁶⁷³. Ancak belirtelim bu sonuca

⁶⁶⁹ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 70.

⁶⁷⁰ TMS 24.11(a)'da iki şirketin sadece ortak yöneticiye veya ortak kilit yönetici personele sahip olması ilişkili taraf sayılmaları için yeterli görülmemiştir. Burada yer alan “*ortak bir yönetici*” ifadesi, özellikle kilit yönetici pozisyonuna sahip olsun veya olmasın tüm yöneticileri kapsamaktadır (Bkz. Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 79).

⁶⁷¹ İki durumda da işletmelerin ilişkili taraf sayılmaması, “kilit yönetici personel” ve “önemli etki” ile işletme üzerinde aynı etkide bulunulduğunun kabul edilmesinden kaynaklanır. Bu yaklaşıma paralel olarak TMS 24.9(b)(vii)'de de, yalnızca bir işletme üzerinde kontrole ya da müşterek kontrole sahip bir kişinin diğer işletmenin kilit yönetici personelinin bir üyesi olması veya işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması halinde iki işletmenin ilişkili sayılacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan iki şirket arasında dolaylı bir yakınlık ilişkisinin varlığı için üçüncü kişinin kilit yönetici personel veya önemli etki kriterlerinden daha fazlasına, yani kontrol ve müşterek kontrol gücüne sahip olmasının gerekli olduğu açıkça TMS 24.9(b)(vii)'da vurgulanmışken, bu husus TMS 24.11(a) ile de pekiştirilmiştir.

⁶⁷² Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 80.

⁶⁷³ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 81.

varılmasına TMS 24.9 engel olur. Zira ilişkili taraflar TMS 24.9’da belirtilen kriterlere göre belirlenecektir. Bu kriterler ise birden fazla yöneticinin varlığı doğrudan iki işletme arasında yakın bir ilişki olduğu sonucunu doğurmaz⁶⁷⁴. Ayrıca olumsuz bir kriter söz konusu olduğunda, bunu tersine çevirerek yorumlamak metodolojik olarak uygun bir yöntem değildir⁶⁷⁵.

b. İki İş Ortaklığı Katılımcısı

TMS 24.11.(b)’de “iki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde müşterek kontrolü paylaşımları durumunda” bu katılımcıların ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. İş ortaklığı üzerinde kontrolü paylaşan iki iş ortaklığı katılımcısı ilişkili sayılmaz. İş ortaklığı katılımcıları, birbirlerinin üzerinde TMS 24.9’da belirtilen kriterleri sağlayacak bir etki oluşturmazlar. Bu nedenle TMS 24.11’de iş ortaklığı katılımcıları arasındaki yatay ilişkilerin yeterli yakınlık oluşturmadığı açıkça belirtilmiştir.

c. İşletme ile Sadece Olağan İş İlişkisi İçerisinde Olanlar

TMS 24.11(c)’de raporlayan şirket üzerinde kontrol, ortak kontrol ya da önemli etkiye sahip olmayıp işletme ile sadece olağan iş ilişkisi içerisinde olan finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti şirketleri ve devlet makamları ve mercilerin raporlayan şirket ile ilişkili taraf oluşturmayaacağı belirtilmiştir.

Maddede sayılan finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti şirketleri ve devlet makamları ve mercilerin ilişkili taraf sayılmamaları için raporlayan işletme ile olağan iş ilişkisi içerisinde olmaları gerekmektedir⁶⁷⁶. TMS 24.11(c)’de parantez içinde, olağan iş ilişkisinin raporlayan işletmenin serbest hareket etmesini etkileyecek

⁶⁷⁴ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 67; Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 81; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 80..

⁶⁷⁵ İki işletmede birden fazla ortak yönetici olduğunda, her somut olay özelinde TMS 24.9 kapsamında ilişkili taraf sayılabilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığının irdelenmesi gerekir. Bu açıdan iki işletmede birden fazla ortak yönetici olması durumunda, bu işletmelerin ilişkili sayılmaları için TMS 24.9’da sayılan ölçütlerin sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır. Örneğin, münferit bir durumda her iki işletmede de ortak birden fazla yöneticinin varlığı, bir personel belirleme gücünü işaret edebilir; bu da TMS 24 bağlamında güçlü bir etkiye, yani kontrol etme olgusuna tekabül edebilir ve bu halde iki işletmenin ilişkili taraf sayılacağı söylenebilir (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 67; Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 81; Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 80).

⁶⁷⁶ TMS 24.11(c)’de i) ila iv)’de sayılanların ilişkili taraf sayılmaması kuralı, adı geçen kurum ve kuruluşların “olağan iş ilişkisi içerisinde olması” ile sınırlıdır ve etki normal iş ilişkilerine atfedilemiyorsa bu kural geçerli değildir (Bkz. Ungerer, **a.g.e.**, s. 155).

ya da karar sürecine dâhil olabilecek nitelikte olsa dahi tarafların ilişkili sayılmalarına yol açmayacağı belirtilmiştir⁶⁷⁷. Böylelikle bu düzenlemeyle, işletme ile olağan iş ilişkisi içerisinde olan bu kurumların raporlayan işletme üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği önceden varsayılmış ve bu etkinin ilişkili sayılmaları için yeterli olmayacağı da açıklığa kavuşturulmuştur.

TMS 24.11’de ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecek kişi ve işletmeler sayıldığı için bu düzenleme olumsuz tanım içerir. Bu nedenle bu düzenlemenin tersinin ele alınarak pozitif bir tanım yaratılması mümkün değildir. Bu itibarla bu işletmeler ile raporlayan işletme arasındaki olağan iş ilişkisi çerçevesi her aşıldığında, doğrudan tarafların ilişkili olduğu sonucuna ulaşılamaz⁶⁷⁸. Bu hallerde, bu işletmeler ile raporlayan işletme arasındaki ilişkinin TMS 24.9 kapsamında değerlendirilmesi ve ona göre ilişkili sayılıp sayılmayacağının tespit edilmesi gerekir⁶⁷⁹.

Raporlayan işletme ile olağan iş ilişkisinde olanlar kapsamında ilk olarak “finansman sağlayanlar” sayılmıştır⁶⁸⁰. Kredi veren şirketler, kredi verdikleri işletmeler üzerinde belirli etkiye sahip olurlar. TMS 24’te de raporlayan işletme ile finansman sağlayıcıları arasında kredi ilişkileri nedeniyle olağan iş çerçevesi içinde bulunulması durumunda işletme üzerinde belirli ölçüde bir etki olsa da taraflar arasında ilişkili taraf sayılmalarını gerektirecek bir yakınlık oluşmadığı açıkça belirtilmiştir⁶⁸¹. Raporlayan işletme ile olağan iş ilişkisi nedeniyle ilişkili taraf

⁶⁷⁷ Burada yer alan “iş ilişkisinin raporlayan işletmenin serbest hareket etmesini etkileyecek ya da karar sürecine dâhil olabilecek” ifadesi ile olağan işin kapsamı biraz genişletilmiştir. Ancak yine TMS 24’te olağan işin bu kapsamına bir sınır çizilerek raporlayan şirket üzerindeki etkinin ilişkili taraf sayılmalarına neden olmaması için kontrol, ortak kontrol ya da önemli etki oluşturacak nitelikte olmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle sayılan kişiler ile şirketin ilişkili sayılmaması için bu ilişkinin kontrol, ortak kontrol ya da önemli etki doğuracak boyutta olmaması gerekir. Bu kapsamda raporlayan şirkette kontrol veya ortak kontrol gücüne sahip olmayan veya önemli etkide bulunmayan bu söz konusu kurumlar, raporlayan işletmenin hareket özgürlüğünü kısıtlasalar veya karar alma süreçlerine katılsalar bile, yalnızca olağan iş ilişkileri temelinde ilişkili taraflar olarak değerlendirilmezler. (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 68; Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 38; Ungerer, **a.g.e.**, s. 155).

⁶⁷⁸ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 84; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁷⁹ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 85.

⁶⁸⁰ Finansman sağlayanlar kredi kuruluşlarını ifade eder. Bunlara bankalar, faktoring şirketleri, finansal kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri gibi finansman sağlayan şirketler örnek gösterilebilir.

⁶⁸¹ Kredi ilişkilerinde “olağan iş ilişkisinin” sınırının ne olduğu, hangi ilişkilerin kontrol ya da önemli etki doğuracağı ayrı bir sorun oluşturur. Bu özellikle münferit durumlarda, standart kredi anlaşmaları ile bankalara “normal sınırların ötesine geçen haklar” veren özel anlaşmalar arasında nasıl bir ayırım yapılması gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu ayırım, kredi verenlerin borçlulara

sayılmayan diğ er bir kurum sendikalardır. TMS 24'te sendikalara yer verilerek sendikaların, işletmelerle toplu sözleşme yapılmasındaki rolleri nedeniyle ilişkili taraf sayılmalarının önüne geçilmek istenmiştir⁶⁸². Kamu hizmetleri şirketleri de raporlayan işletme ile olağan iş ilişkisi nedeniyle ilişkili taraf sayılmamıştır. Kamu hizmetleri şirketleri, müşterilerinin hizmetlerine bağımlı olmaları durumunda müşterileri üzerinde etkili olabilir. TMS 24.11(c), işletmelerin kamu hizmetleri şirketlerine bu fiili bağımlılıklarının ilişkili taraf sayılacak bir yakınlık ilişkisi kurmadığını açıkça ortaya koymaktadır⁶⁸³. Kamu hizmetinin doğası gereği, bu ilişkinin olağan ilişki kapsamında sayılması için bu şirketlerin devlet kontrolündeki bir şirket mi yoksa özel bir şirket mi olduğunun ise bir önemi yoktur⁶⁸⁴.

Devlet⁶⁸⁵ makamları, bir kamu kurumunun yetkilileri ve kurumları, işletmeler üzerinde birçok yönden etkiye sahiptir. TMS 24'te devletin, kontrol veya ortak kontrol gücüne ya da önemli etkiye sahip olmamakla birlikte her durumda şirketler ile olan ilişkilerinde belirli ölçüde etki etme potansiyeline sahip olduğu dikkate alınmıştır⁶⁸⁶.

“sözleşmeler” yoluyla belirli yükümlülükler getirdiği mevcut uygulama ile daha da zor hale gelmektedir (Bkz. Senger/Prengel, **a.g.e.**, Rn. 38; Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 68). Kredi verenin etki olanakları, objektif olarak bakıldığında, kendi hedeflerini, sözleşmeler yoluyla takip etme konusundaki ilgisiyle haklı görünerek “olağan iş” kapsamında görülebilir. Kimi zaman kredi veren, kredinin verilmesini koşullara bağılı hale getirebilir; kimi zaman da borçluyu belirli bir iş politikasını yürütmeye zorlayabilir. Ancak, borçlunun kredi verenin “bir organ gibi” karar alma sürecine katılmasına ve etki etmesine izin vermesi halinde TMS 24.11(c) kapsamında bu sınırın aşıldığı kabul edilmelidir. Bu hallerde, çoğu zaman kontrol ya da önemli etki gerçekleşmiş olmaktadır. Örneğin bir bankanın, borçlunun önemli kurumsal kararları için bir onay verme şartı varsa veya yönetim organında bir söz hakkına sahipse, bu durum olağan iş kapsamı dışında kalır. TMS 24.11(c) hükmü, olağan iş koşulunu getirmekle birlikte (d) bendinin aksine “ekonomik bağımlılığı” düzenlememiştir. TMS 24'te finansman sağlayıcılara (d) bendinde yer verilmemiştir, bu nedenle finansman sağlayıcılarının kredi ilişkisi kapsamında işletme üzerinde ekonomik bir bağımlılık oluşturması halinde işletme ile ilişkili taraf sayılması mümkündür (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 69).

⁶⁸² Burada sendikaların şirket üzerinde sahip olduğu etki, ilişkili taraf oluşturacak bir yakınlık oluşturmaz. Bir sendika üyesi, kilit yönetici personel pozisyonunda şirkette yer alsa bile, ilişkili taraf niteliği bu personele ait olur, sendika ise işletme ile ilişkili sayılmaz. Sendika temsilcilerinin bir şirketin yönetim kuruluna katılımı, şirket ile sendika arasında olağan iş ilişkisini aşan derece yakın bir ilişki oluşturmaz (Bkz. Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 69; Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 87).

⁶⁸³ Kamu hizmeti şirketlerine elektrik, doğalgaz, su hizmeti veren şirketler örnek gösterilebilir. Örneğin elektrik hizmeti sağlayan bir şirket ile raporlayan şirket arasındaki ilişki sadece elektrik temini ise raporlayan işletme ile bu kamu hizmeti şirketi ilişkili sayılmaz. Ancak örneğin, bu kamu şirketi raporlayan işletmenin ayrıca bir iştiraki ise ilişkili taraf sayılır (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2979).

⁶⁸⁴ Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 88.

⁶⁸⁵ TMS 24.9'da devlet, “Devlet, devlet organları ve yerel, ulusal veya uluslararası benzer kuruluşlar” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁶⁸⁶ TMS 24.11(c)'de devlet makamları ve mercilerinin şirketler ile olan ilişkilerinde, belirli etkide

d. Ekonomik Bağımlılık Nedeniyle Önemli Hacimde İşlem Yapılanlar

TMS 24.11(d) uyarınca, “Bir işletmenin sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli hacimde işlem yaptığı bir müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı ya da genel mümessil” ilişkili taraf olarak değerlendirilemez. Önemli iş hacimlerinin yapılması ekonomik bir bağımlılığa yol açmış olsa bile, sadece ekonomik bağımlılık nedeniyle müşteriler, tedarikçiler, acente, dağıtımçı veya genel mümessillerle işletme ilişkili sayılmaz. Bu düzenleme daha çok bu tür ekonomik bağımlılıkların, bu ekonomik faaliyetlerin normal bir olgusu olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu ilişkilerde işletme, böyle bir ilişkinin etkilerinden kaçınamayabilir ya da zor kaçınabilir⁶⁸⁷. Bu açıdan TMS 24’te bu kişilerle gerçekleştirilen işlemler gereği ekonomik bağımlılığın var olması normal karşılanmış ve bu kişilerle işletme ilişkili sayılmamıştır. Bu istisnanın sebebini, bu bağımlılık nedeniyle genellikle ilişkili taraf olarak görülmeyen birçok işletmenin ilişkili taraf tanımına girebilmesi ihtimali oluşturur⁶⁸⁸. Burada sayılan kişilerin işletme ile ilişkili sayılabilmesi için, bu ekonomik bağımlılığın kendisini TMS 24.9’da sayılan durumlardan birinde göstermiş olması gerekir⁶⁸⁹.

IAS 24’ün orijinal versiyonunda paragraf 11(d)’de, bir işletmenin, sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli miktarda işlem yaptığı “a customer, supplier, franchisor, distributor or general agent” ile ilişkili taraf sayılmayacağı belirtilmektedir⁶⁹⁰. Görüldüğü gibi IAS 24’te, TMS 24’ten farklı olarak franchise verene (franchisor) de bu kapsamda yer verilmiştir. TMS 24’te ise ilişkili taraf oluşturmayacak satış ortakları ya da temsilcileri arasında franchise veren ayrıca sayılmamıştır⁶⁹¹. Diğer yandan IAS 24’te acenteye “general agent” şeklinde yer

bulunulsa da şirket ile devlet makamları arasındaki olağan iş kapsamındaki ilişkilerin yakın bir ilişki kurmadığı kabul edilmiştir (Bkz. Grigoleit, **a.g.e.**, Rn. 89).

⁶⁸⁷ Stollenwerk, **a.g.e.**, s. 70.

⁶⁸⁸ Örneğin, üretiminin % 90’ını tek bir müşteriye satan küçük bir giyim üreticisi, o müşterinin etkin ekonomik kontrolü altında olacaktır; bu hüküm olmasa idi işletme ile müşterinin ilişkili taraf sayılması muhtemeldi. Ancak TMS 24.11(d) uyarınca ekonomik bağımlılık nedeniyle işletme ile müşterisi ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyecektir (Bkz. Ernst & Young, **GAAP 2019**, s. 2979).

⁶⁸⁹ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 85.

⁶⁹⁰ IAS 24.11(d): “a customer, supplier, franchisor, distributor or general agent with whom an entity transacts a significant volume of business, simply by virtue of the resulting economic dependence”.

⁶⁹¹ TMS 24’te neden böyle bir farklılığın olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bunun bir

verilirken, TMS 24'e hem "acenteye" hem de "genel mümessil" kavramlarına yer verilmiştir. Maddede yer verilen "genel mümessil" teriminin ne anlam ifade ettiği de TMS 24'te açıklanmamıştır. Ancak maddenin anlam bütünlüğü itibariyle "genel mümessil" kavramın mal veya hizmetin satış ve pazarlanmasında yetkili kılınan kimse olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

C. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMİ KAVRAMI

TMS 24.9 oldukça geniş bir işlem tanımı içerir. Bu tanım, bir ilişkili taraf işlemi genel olarak, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın tüm kaynakların, hizmetlerin veya yükümlülüklerin transferi olarak açıklar. Bu yönüyle işlem, hem borçlandırıcı işlemleri hem de tasarruf işlemlerini kapsar⁶⁹². Bu geniş tanım, bir yandan muhasebe açısından kaydedilen tüm işlemleri, diğer yandan ve bunun da ötesinde, kayıt gerektirmeyen (örneğin bekleyen işlemler) ve raporlama yapan şirketin ve/veya ilgili kişinin ticari işinin bir parçası olmayan ancak özel olarak gerçekleştirilen tüm transferleri içerir⁶⁹³. İşlem kavramı genel olarak her türlü hizmet ilişkisini de kapsar⁶⁹⁴.

TMS 24.21'de ilişkili taraflar arasında yapılan ve açıklanması gereken işlemler örnek mahiyetinde sayılmıştır. Buna göre, mal alım veya satımı, kiralamalar, araştırma ve geliştirme transferleri, hizmetlerin sunumu veya alınması ve teminat veya kefalet karşılıkları, bir şeyin yapılmasına ilişkin taahhütler verilmesi gibi işlemler ilişkili tarafla yapılan işlemlerdir. TMS 24.22'de ana şirketin ya da bağlı şirketin, grup

çeviri hatası mı, yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu belirsizdir. Ancak franchise ilişkisinin burada "dağıtım sözleşmeleri" kapsamında sayılarak bu kapsamda değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz. Aksi halde franchise verenin bu kapsamda değerlendirilmemesi büyük eksiklik olacaktır. Franchising sözleşmelerinde, franchise alan işletmesini kendi ad ve hesabına işletir, hukuki anlamda bağımsız olsa da ekonomik olarak tamamen bağımsız değildir. Franchise alan, franchise verenin talimatlarına katlanmak ve onun franchise sisteminin tüm ilkelerine uymak ve franchise verenin kontrollerine katlanmak durumundadır. (Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. Bahar Şimşek, **Franchising Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 98-99). Bu açıdan franchise alan hukuken bağımsız olsa da ekonomik yönden franchise verene belirli ölçüde bağımlıdır. Bu açıdan TMS 24.11(d)'de sayılan tedarikçi, dağıtımçı gibi kişiler göz önüne alındığında franchise verenin işletme üzerindeki etkisinin bu kapsamda sayılmamasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Türk hukukunda da ilişkili sayılmayacak kişilerinin kapsamının IAS 24.11(d)'deki gibi ele alınması ve franchise verenin de ekonomik bağımlılık nedeniyle ilişkili sayılmayacak kişiler kapsamında kabul edilmesi gereklidir.

⁶⁹² Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 101; Tarde, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁹³ Hennrichs/Schubert, **a.g.e.**, Rn. 101.

⁶⁹⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 156.

şirketleri ile birlikte riskin paylaşıldığı tanımlanmış bir plana katılması da ilişkili taraflarla yapılan işlem olarak kabul edilmiştir. Bu yönüyle bu düzenlemeler, ilişkili tarafla yapılan işlemlerin kapsamının anlaşılmasında yol gösterici niteliktedir.

IV. SİGORTACILIK KANUNU'NDA

Sigortacılık Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku kitabında doğrudan “*ilişkili taraf*” ve “*ilişkili taraf işlemleri*” adı altında bir düzenleme mevcut değildir. Ancak SK m. 19'da sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinde bazı işlemlerin yapılması yasaklanmış ve bazı kişilerle yapılacak işlemler yönünden sınırlamalar getirilmiştir. Hüküm bu yönüyle Sigortacılık Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme olarak nitelendirilebilir.

Sigortacılık Kanunu'nun “*aktif azaltıcı işlem yasağı*” başlıklı 19. maddesinde sigorta ve reasürans şirket ortaklarının, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerinin ve çalışanlarının istisnalar dışında şirket kaynaklarını dolaylı ya da dolaysız olarak kullanması ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak aktifin değerini düşüren işlemlerde bulunması ve örtülü kazanç aktarımı yapması yasaklanmıştır. Bu hükümde şirketin kaynaklarını kullanması, aktif değerini düşürmesi ve örtülü kazanç aktarımı yapılması yasaklanan kişiler şirketin ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve çalışanları olarak ifade edilmiştir. Bu sayılanlar aynı zamanda Sigortacılık Kanunu kapsamında öngörülen “*ilişkili taraflar*” olarak kabul edilebilir. Ancak burada şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde etkisi olabilecek kişiler dışında ayrıca ortak, denetçi ve çalışanların da ilişkili taraf kapsamında değerlendirildiği söylenebilir. Bu açıdan Kanun'un sigorta şirketinin malvarlığını korumak için şirketin ilişkili taraflarını daha farklı yorumlamakta olduğu belirtilmelidir.

Aynı maddede sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin kendi borçları veya sigorta işlemlerinden kaynaklanan borçları hariç olma üzere “*ortakları, personeli, iştirakleri ve diğer kişi ve kurumlar lehine*”, malvarlığını teminat göstermesi, kefil olması ve kredi sağlaması yasaklanmıştır. Burada işlemin tarafı yönünden bir kişi çevresi sınırlaması yapılmamış aksine şirketin “*ortakları, personeli, iştirakleri ve diğer kişi ve kurumlar*” denilerek şirketin ortağı, personeli de dâhil olmak üzere tüm kişi ve kurumlarla işlemin yapılması engellenmiştir. Dolayısıyla bu hükmün, doğrudan

ilişkili taraf özelinde bir düzenleme olmadığı, burada belirli işlemler özelinde yasaklamalar getirmiş olduğu kanaatindeyiz.

SK 19 hükmünde şirketin kaynaklarını kullanması, aktif değerini düşürmesi ve örtülü kazanç aktarımı yapılması yasaklanan kişiler şirketin ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve çalışanları olarak ifade edilmiştir. Burada sayılanlar TMS 24’de öngörülen ilişkili taraf kavramından oldukça farklı olarak ortaklar ve şirkette çeşitli aşamalarda hizmet verenleri de kapsamaktadır. TMS 24’te yönetim kurulu üyeleri de ilişkili taraf sayılırken, denetçiler ve çalışanlar ilişkili taraf sayılmamakta, ortaklar ise önemli etkiye ya da kontrole sahip olmaları halinde ilişkili taraf sayılmaktadır. Diğer taraftan TMS 24’te gerçek kişinin yakın aile üyeleri ve şirketle dolaylı ilişkide bulunan işletmeler de ilişkili taraf kabul edilirken, bunlar SK 19 kapsamına alınmamıştır⁶⁹⁵.

Ancak belirtelim burada SK kapsamında şirketin ilişkili tarafı olarak nitelendirilen kişilere yer verilmiştir. Sigorta şirketleri payları borsada işlem gören şirket olduğu hallerde, SerPK ve ilgili mevzuatına tabi olacağı ve ilişkili taraflarını da SerPK ve TMS 24 kapsamında ayrıca nitelendirerek ilgili işlemler yönünden prosedürel koruma mekanizmalarını işletmesi gerekeceğini belirtelim.

V. BANKACILIK KANUNU’NDA

Bankacılık Kanunu’nda doğrudan “*ilişkili taraf*” ve “*ilişkili taraf işlemleri*” adı altında bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Kanun’da bazı ilişkili taraf işlemlerini kapsayan çeşitli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Banka mensuplarının haiz oldukları güç ve olanaklarını bankanın kaynaklarını kendi menfaatleri ve bankanın zararına kullanma ihtimalinin önlenmesi için BankK m. 49’da sayılan risk grubuyla⁶⁹⁶ gerçekleştirilecek kredi işlemlerine yönelik birtakım sınırlamalar ve

⁶⁹⁵ SK 19 hükmü TMS 24 yönünden değerlendirildiğinde, TMS 24’de yer almayan çalışanlar, denetçiler ve tüm ortakları kapsama alındığı için ilişkili taraf çevresi daha geniş sayılabilecekken TMS 24’te ilişkili taraf sayılan gerçek kişinin yakın aile üyeleri ve şirketle dolaylı ilişkide bulunan işletmeler burada sayılmadığı için ilişkili taraf çevresinin bu yönüyle dar tutulduğu da söylenebilir.

⁶⁹⁶ Bankacılık Kanunu’nun 49. maddesinde risk grubu “*bir gerçek kişi ile eşi ve çocukları, bunların yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü oldukları veya bunların ya da bir tüzel kişinin birlikte veya tek başlarına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklar*” şeklinde ifade edilmiştir. Risk grubu gerçek ve tüzel kişi yönünden ele alınmıştır. Bu tanımdan hareketle bir gerçek kişinin, eşinin ve çocuklarının yönetim kurulu üyesi olduğu, genel müdür olduğu ya da bunların ya da bunların beraber ya da tek başlarına kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlu ortak olarak katıldığı şirketler risk grubunu oluşturmaktadır. Bir tüzel kişinin tek başına veya birlikte kontrol ettiği ya da sınırsız sorumlu ortak olarak katıldığı şirketler risk grubunu oluşturmaktadır.

bunlara ilişkin çeşitli hukuki ve cezai müeyyideler getirilmiştir. Bu hükümde sayılan risk grubu BankK'da öngörülen ilişkili taraflar olarak nitelendirilebilir.

Bankacılık Kanunu'nun 49. maddesinde bankanın dâhil olduğu risk grubu, bir banka ile bankanın nitelikli pay sahipleri⁶⁹⁷, yönetim kurulu üyeleri, genel müdür yardımcıları ile farklı unvanları olsa dahi yetki ve görevleri itibariyle bunlara denk veya daha üst konumda görevli yöneticiler ile bunların eş ve çocukları, birlikte veya tek başına kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü olduğu şirketler şeklinde sayılmıştır. Bu risk gruplarının tayininde, beraber kontrol edilen şirketler ve bu şirketlerin kontrolünü birlikte sağlayan pay sahiplerinin her biri de risk grubu kapsamına dâhil edilmektedir. Burada sayılanlar bankanın dâhil olduğu risk grubu olduğu için anılan bu kişileri bankanın ilişkili tarafları olarak nitelendirmek mümkündür. Bu kişilerin gerçekleştireceği kredi işlemlerine ilişkin 50. maddede birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Böylece Bankacılık Kanunu'nda hem kişi hem de belirli işlemler özelinde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme getirilmiş olduğu ifade edilmelidir.

Burada nitelikli pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticileri ile onların eş ve çocukları ilişkili taraf olarak nitelendirilmiştir. Yine bu kişilerin tek ya da birlikte kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldığı şirketlerle üst düzey yönetici olarak yer aldıkları şirketler bankanın risk grubu kapsamında sayılmıştır. Bankanın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde onuna veya daha fazlasına sahip bulunan pay sahipleri nitelikli pay sahibi olarak nitelendirilmiş ve bu kişiler ile onların eşleri ve çocukları, bankanın riskli grubu kapsamında sayılmıştır. Görüldüğü gibi burada TMS 24'tekine benzer şekilde kontrol, kilit yönetici personel ve bir anlamda önemli etki kriteri benimsenmiştir. Ancak TMS 24'te % 20 olarak yer bulan önemli etki oranı BankK'da % 10 olarak kabul edilmiştir⁶⁹⁸. Yine TMS 24'te olduğu gibi bu kişilerin yakın aile

⁶⁹⁷ BankK m. 3'te, bankanın nitelikli payları, *"Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları"* şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁹⁸ Nitelikli pay ilişkili taraf işlemlerindeki önemli etki kriteri ile benzerlik gösterir. Nitekim TMS 28'de aksi açıkça ispatlanmadıkça doğrudan ya da dolaylı olarak bir şirketteki oy haklarının yüzde yirmisini veya daha fazlasını elinde tutulması önemli etkiye karine sayılmaktadır. Nitelikli pay en az yüzde on

üyeleri kapsamında sayılan eş ve çocuklar da risk grubu kapsamında sayılmıştır. Yine bu kişilerin üzerinde kontrol gücüne haiz olduğu şirketler de risk grubu kapsamında sayılmıştır. Bu yönüyle risk grubunun TMS 24'teki ilişkili taraf tanımıyla örtüştüğü söylenebilir. Ancak yönetim kurulu üyesi ve yakınlarının sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü olduğu şirketlerin bankanın risk grubunda sayılması ise TMS 24'ten farklılık gösterir. Yukarıda anıldığı üzere TMS 24 kapsamında aynı kilit yönetici personele sahip şirketlerin ilişkili taraf sayılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Yöneticinin veya yakınlarının bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girdiği hallerde bu iki şirket doğrudan ilişkili taraf sayılmaz.

BankK'da risk grubu, bankanın kaynaklarını kendi menfaatleri ve bankanın zararına kullanmaları ihtimali olabilecek kişiler sayılmış ve bunların kredi işlemlerine bir dizi sınırlama ve prosedür getirilmiştir. Bu nedenle BankK kapsamında kabul edilen ilişkili taraf kavramı bu amaca hizmet edecek nitelikte düzenlenmiştir. Ancak bankanın payları borsada işlem gören şirket olması durumunda, SerPK ve ilgili mevzuatına tabi olacağı için ilişkili taraflarını da SerPK ve TMS 24 kapsamında ayrıca nitelendirerek ilgili işlemler yönünden prosedürel koruma mekanizmasını işletmekle yükümlü olduğunu belirtelim⁶⁹⁹.

VI. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA

Vergi hukuku bakımından kurumların veya gerçek kişilerin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği işlemlerin gelirlerinin doğru ve eksiksiz biçimde tespit edilmesi vergi

oranında oy hakkı ve sermaye payı gerektirdiği için yüzden yirmi ve daha fazla oy hakkına sahip kişileri de kapsamına almaktadır. Bu nedenle banka üzerinde % 20 veya fazla oy hakkını elinde tutanlar aksi ispatlanmadıkça önemli etkiye sahip kabul edileceği için ilişkili taraf da teşkil edecektir.

⁶⁹⁹ Nitekim SerPK m. 136/5'te bankalar yönünden şu hükmeye yer verilerek “*Kendi sermaye piyasası araçlarını halka arz ederek veya halka arz etmeksizin satan bankalar ile bu Kanunda tanımı yapılan yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunan bankalar, bu faaliyetleri ile sınırlı olarak, bu Kanun hükümlerine tabi olurlar. Bu Kanun hükümleri ortak sayısı bakımından bankalar hakkında uygulanmaz. 5411 sayılı Kanuna tabi bankalar ile sigorta şirketleri kuruluş, gözetim, muhasebe ve bağımsız denetim standartları konuları ile payları halka arz yoluyla satılan bankaların dağıtacakları temettü ve yeniden değerlendirme artış fonunun özkaynaklarının kullanımına ilişkin esaslar özel mevzuatına tabidir.*”, SerPK hükümlerinin uygulanacağı hususu açıkça ifade edilmiştir.

kaybının önlenebilmesi için önem taşır⁷⁰⁰. Bu nedenle vergi kaybının önlenebilmesi için ilişkili taraflarla gerçekleştirilen transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermayeye ilişkin düzenleme getirilmiştir. Vergi hukukunda “ilişkili taraf” kavramı, “*ilişkili kişi*” olarak ifade edilmekte ve esas itibarıyla KVK m. 12 ve 13’te ve Gelir Vergisi Kanunu⁷⁰¹ (Bundan sonra “GVK” diye anılacaktır) m. 41’de düzenlenmektedir. Bu konu incelenirken buradaki kullanım dikkate alınarak “ilişkili kişi” kavramı kullanılacaktır.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleştirilmesi için yapılan mal veya hizmet alım satımına ilişkin işlemde emsallerine aykırı olarak elde edilecek menfaatin ilişkili kişi sıfatından kaynaklanıyor olması şartı getirilmiştir⁷⁰². Burada ilişkili kişi kavramı, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurlarından birisi olarak ele alınmıştır⁷⁰³. KVK m. 13’te ilişkili kişilerin kimler olduğu da belirtilmiştir. Ayrıca KVK’nın 13. maddesi kapsamında transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının uygulanmasına ilişkin usullerin öngörüldüğü Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan “*Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar*”⁷⁰⁴ da (BK Kararı olarak anılacaktır) “ilişkili kişi” kavramına ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.

İlişkili kişi kavramı KVK m. 13/ 2’de şu şekilde tanımlanmaktadır:

“İlişkili kişi; 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. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Cumhurbaşkanınca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. İlişkinin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık kanalıyla oluştuğu

⁷⁰⁰ Nergis Feride Kaplan Dönmez, “Transfer Fiyatlandırma Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 12, S. 23, Temmuz 2020, s. 405; Kızılot, *a.g.e.*, s. 183.

⁷⁰¹ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 06.01.1961 tarihli ve 10700 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁷⁰² Gözde Saruhan, *Transfer Fiyatlandırması*, İstanbul, Nazal, 2017, s. 28; Kaplan Sönmez, *a.g.m.*, s. 413.

⁷⁰³ Saruhan, *a.g.e.*, s. 28.

⁷⁰⁴ 26722 Sayılı ve 6.12.2007 tarihli RG’de yayımlanmıştır.

durumların örtülü kazanç dağıtımı kapsamında sayılması için en az %10 oranında ortaklık, oy veya kâr payı hakkının olması şartı aranır. Ortaklık ilişkisi olmadan doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkının olduğu durumlarda da taraflar ilişkili kişi sayılır. İlişkili kişiler açısından bu oranlar topluca dikkate alınır”⁷⁰⁵.

Bu tanımda ilişkili kişilerin özetle “gerçek kişi veya kurumlar”, “ortakların maddede sayılan yakınları” va “Cumhurbaşkanınca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişiler” şeklinde tarif edildiği görülmektedir.

Burada ifade edilen “gerçek kişi”, GVK uygulanmasında gerçek kişi olarak kabul edilerek vergiye tabi tutulan şahıslar ile adi şirketler ya da şahıs şirketleri ifade etmektedir⁷⁰⁶. Bu açıdan ilişkili kişi kabul edilen gerçek kişi; gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olan şahıs şirketleri veya tüzel kişiliği olmayan adi şirketler de olabilmektedir. Maddede ifade olunan kurum kavramı ise sermaye şirketlerini, kooperatifleri, iktisadi kamu kuruluşlarını, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ile iş ortaklıklarını kapsamaktadır.

KVK m. 13/2’de ilişkinin doğrudan ya da dolaylı olarak ortaklık kanalıyla olduğu hallerin örtülü kazanç dağıtımı kapsamında kabul edilebilmesi için en az % 10 oranında ortaklık, oy veya kar payı hakkının olması şartı getirilmiştir⁷⁰⁷. Bu açıdan kurumların gerçek veya tüzel kişi ortaklarının ilişkili kişi sayılabilmesi için en az % 10 oranında ortaklık payına sahip olması gerekmektedir. Bunun dışında, ortaklık ilişkisi olmasa da kurumun en az % 10 oranında oy hakkına veya kar payı hakkına sahip olan

⁷⁰⁵ 1 Seri Numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (1 Seri No’lu Tebliğ” diye anılacaktır) m. 3’te ise ilişkili kişinin şunları ifade ettiği tek tek sayılmıştır: “Bir kurum açısından ilişkili kişi; Kurumların kendi ortaklarını, Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumları, Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumları, Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları, Ortakların eşlerini, Ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımlarını ifade etmektedir”. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No:1, 26482 sayılı ve 03.04.2007 tarihli RG’de yayımlanmıştır.

⁷⁰⁶ BK Kararı m. 3/A (3).

⁷⁰⁷ KVK m. 13/2’de öngörülen % 10’luk oranla ilgili olarak Cumhurbaşkanı “gerçek kişiler, kurumlar, doğrudan veya dolaylı ortaklar itibarıyla ya da ortaklık payının edinim şekline göre topluca veya ayrı ayrı %1’e kadar indirmeye, %25’e kadar çıkarmaya, oran şartını kaldırmaya” yetkili kılınmıştır (KVK m. 13/9).

kişiler de ilişkili kişi sayılmaktadır (BK Kararı m. 3/A (5))⁷⁰⁸. Kanun'da bu oranın, ilişkili kişiler bakımından toplu olarak dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu açıdan ortaklık payları birlikte % 10 oranı şartını sağlayan kurum ortakları ilişkili kişi sayılabilecektir.

Kurum ortaklarının eşleri de ilişkili sayılmıştır. Burada ifade edilen eş, ortak ile yasal evlilik bağı bulunan kişidir⁷⁰⁹. Ortakların eşlerinin yanı sıra kendisinin ve eşinin hısımları da ilişkili kişi kapsamında sayılmıştır. Bunlar ortağın veya eşinin üstsoyu, altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoyları ve kayın hısımları olarak KVK m. 13'te ifade edilmiştir⁷¹⁰.

Ortaklar dışındaki üçüncü kişilerle de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabileceği için bu yolla vergi kaçırılmasının ve kaybının önlenmesi için bu kişiler ilişkili kişi kapsamında sayılmıştır⁷¹¹. KVK m. 13/2'de ortaklar dışında bu Kanun'un uygulanmasında, kurumların ve ortaklarının ilgili olduğu gerçek kişi veya kurumlar ilişkili kişi olarak kabul edilmiştir. Kurumların ilgili olduğu gerçek kişiler, kurumun kendi ortağı dışındaki kurumların ortağı olduğu şahıs şirketlerinin gerçek kişi ortakları ile kurum çalışanları gibi kişileri ifade etmektedir. Ancak kurum çalışanlarının kurum ile ilişkisinin sadece “işveren-hizmet erbabı” ilişkisi niteliğinde olması halinde ilgili kurum ile kurum çalışanının, ücret ödenmesi yönünden ilişkili kişi kapsamında sayılmayacağı belirtilmiştir. Kurum ile çalışanlarının istihdam ilişkisi niteliğinde olmayan işlemleri ise ilişkili kişilerle yapılan

⁷⁰⁸ KVK m. 13'te ortakların ilişkili sayılması için % 10'luk ortaklık payına veya oy hakkına sahip olma şartı aranırken, TMS 24 kapsamında ortakların kontrol olgusu dışında ilişkili taraf sayılmaları için kural olarak işletmedeki oy haklarının % 20'sini veya daha fazlasını elinde bulundurması aranmaktadır. TMS 24'te işletmedeki oy haklarının % 20'sini veya daha fazlasını elinde bulundurması durumunda önemli etkiye bulunulmuş olduğu kabul edilmektedir. Bu yönüyle KVK m. 13'teki ilişkili kişi tanımı ile TMS 24'deki ilişkili taraf tanımı arasında uyum sağlanamamıştır. Ancak her iki düzenleme için de ilişkili sayılacak kişilerin işletmeleri belirli ölçüde etki etme koşulu getirilmiştir. Dolayısıyla, her iki düzenlemenin uygulama alanı bulacağı işletmeler açısından ortaklarının sahip oldukları pay ya da oy hakkı yönünden farklı yüzdeler dikkate alınarak ilişkili kişi ve ilişkili tarafların belirlenmesi gerekecektir.

⁷⁰⁹ Bzk. 1 Seri No'lu Tebliğ m. 3.1.4.

⁷¹⁰ 1 Seri No'lu Tebliğ m. 3.1.5'de ortağın hısımları şu şekilde sayılmıştır: “Ortakların veya eşlerinin anne, baba, büyükanne ve büyükbabaları, çocukları ve torunları ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları (ortak bir kökten gelen kişiler) ve kayın hısımları (eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları) ilişkili kişi sayılacaktır”.

⁷¹¹ Serkan Ağar, **Transfer fiyatlandırması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, 2009, s. 179-180.

işlem kapsamında kabul edilmektedir⁷¹². Kurumların ortaklarının ilgili olduğu gerçek kişiler ise, “ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan” kişiler olarak sayılmıştır⁷¹³. Kurumların ilgili olduğu kurumlar, kurumun kendisinin ortak olarak bulunduğu kurumları diğer bir ifadeyle iştiraklerini ifade etmektedir⁷¹⁴. Burada kurumun iştirakleri sadece ortaklık ilişkisinin kurulduğu kurumlar olarak ele alınmıştır. Kurum ortaklarının ilgili olduğu kurum ise kurumun ortağının ortaklık ilişkisi kurduğu başka bir kurumu ifade eder. Bu halde, kurum

⁷¹² Bkz. 1 Seri No’lu Tebliğ m. 3.1.2.

⁷¹³ Bu maddede “ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan” kişilerin sayılması, ilişkili kişinin belirlenmesi açısından belirsizliğe sebep olmaktadır (Bkz. Kaplan Dönmez, **a.g.m.**, s. 416; Tunç Köse, Mehmet Akif Bulut, “İlişkili Taraf Kavramının Vergi Mevzuatı ve Türkiye Muhasebe Standartları Açısından Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 324, Eylül 2015, s. 82) Ekonomik ve sosyal ilişki ile neyin kastedildiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu ifadenin geniş yorumu, ekonomik ve sosyal ilişki içerisinde olan herhangi bir kişinin ilişkili sayılması gerektiği gibi bir sonuca götürmektedir. Ancak kanaatimizce burada kurumun ortağının iradesini etkileyecek ölçüde ekonomik ve sosyal ilişki içerisinde olduğu yakınları bu kapsamda sayılmalıdır. Ayrıca belirtelim burada ekonomik ve sosyal ilişkide akrabalık bağı şart koşulmadığı için TMS 24’ten farklı olarak ortağın hayat arkadaşı, sevgilisi ve çok yakın arkadaşları bu kapsamda sayılabilecektir. Zira TMS 24’te gerçek kişi ilişkili taraf sayılan kişinin yakın aile üyelerinin de ilişkili taraf sayılacağı kabul edilmiş, yakın aile üyesi kapsamında kişinin eşi, çocukları, eşinin çocukları ile bireyin ya da bireyin eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler sayılmıştır. Yakın aile üyeleri tanımı altında düzenlendiği için bakmakla yükümlü olduğu kişilerin de yine aile bağları olan kimselerden olması gerektiği ifade edilmişti. KVK m. 13 ise ilişkili kişi sayılacak kişinin yakınlarını çok geniş tuttuğu gibi getirmiş olduğu “ekonomik ve sosyal ilişki” şartı ile de akrabalık bağını gerektirmeyen oldukça geniş bir kesimi içine alan ilişkili kişi tanımını tercih etmiştir. Bu yönüyle ilişkili kişi kavramı, TMS 24’teki ilişkili taraf kavramından hem farklı hem de geniş bir çevreyi içerisine almaktadır.

⁷¹⁴ Buradan hareketle öğretide, TMS 24 ile KVK m. 13’ün iştiraklerin ilişkili sayılması nedeniyle örtüştüğü ifade edilmiştir. Öğretide, TMS 24 ile KVK’nın iştiraklerin ilişkili sayılması nedeniyle örtüştüğü ifade edilmiştir. (İlgili görüş için bkz. Köse/Bulut, **a.g.m.**, s. 82). Ancak iştiraklerin mahiyeti farklı olduğu için iştirak olması sebebiyle ilişkili sayılacaklar her zaman KVK ve TMS 24 yönünden örtüşmeyebilecektir. KVK bakımından iştirak kabul edilen bir işletme TMS 24 bağlamında önemli etkide bulunmadığı hallerde ilişkili taraf sayılmayacaktır. Bu açıdan bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira KVK m. 13’de kabul edilen iştirak ile TMS 24’de kabul edilen iştirak kavramları farklıdır. Vergi hukukunda kurumun iştirakleri sadece ortaklık ilişkisinin kurulduğu kurumlar olarak ele alınmış ve bu nitelendirme için ayrıca bir oran öngörülmemiştir. Ancak TMS 24 kapsamında iştiraklerin ilişkili sayılması için önemli etkide bulunuyor olması gerekmektedir. Önemli etki ise kural olarak işletmenin oy hakkının yüzde 20 ya da daha fazlasını doğrudan ya da dolaylı olarak elde tutulması halinde söz konusu olmaktadır. Bu açıdan işletmenin oy hakkının % 20’sini elinde bulundurduğu işletme iştiraki olarak kabul edilmekte ve ilişkili taraf sayılmaktadır. Bu nedenle KVK m. 13 bakımından iştirak olması nedeniyle ilişkili kişi sayılan bir işletme TMS 24 uyarınca iştirak önemli etki doğurmadığı için ilişkili taraf sayılmayabilecektir. Dolayısıyla iştiraklerin kapsamı farklı olduğu için iştirak olması sebebiyle ilişkili sayılacaklar her zaman KVK m. 13 ve TMS 24 yönünden örtüşmeyebilecektir.

ortağının doğrudan ya da dolaylı olarak ortak olduğu kurumlar ve şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları da ilişkili kişi olarak değerlendirilir⁷¹⁵.

Ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumların veya ortakların idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından bağlı olduğu gerçek kişi veya kurumlar da ilişkili kişi olarak kabul edilmiştir. Bağlı olma, OECD Model Vergi Anlaşması'nın⁷¹⁶ 9. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, “bağlı olma”, “*bir işletmenin diğer bir işletmenin doğrudan ya da dolaylı olarak idare, denetim veya sermayesine katıldığı ya da aynı kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak aynı işletmelerin yönetim, denetim veya sermayesine katıldığı*” durumlarda söz konusu olmaktadır. KVK m. 13'te kurumların veya ortakların idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu kişi ve kurumlar da ilişkili kişi kapsamında sayılmıştır. Kurumun veya ortaklarının nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar, “*kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki veya devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu*” gerçek kişi ile kurumlar olarak sayılmıştır⁷¹⁷. Buna göre, ekonomik açıdan nüfuz altında bulundurma, genellikle sürekli olarak kredi açmak veya sıkı iktisadi ilişki içinde olmayı ifade eder. Bir kurumun sürekli borç para verdiği bir işletme veya kişiler üzerinde nüfuzu olduğu kabul edilmiştir⁷¹⁸.

Görüldüğü gibi KVK'da ilişkili kişi kavramı çok kapsamlı olarak ele alınmıştır. Vergi mevzuatında temel amaç vergiden kaçınılmasını önlemektir. Bu nedenle burada vergi kaçırılmasına yol açabilecek işlemin yapılabileceği ilişkili kişi çevresi oldukça geniş tutulmuştur. Vergi hukuku bakımından bu kabul edilebilir niteliktedir. Zira vergi hukukunda ilişkili kişilerle yapılan örtülü kazanç dağıtımı teşkil eden

⁷¹⁵ Bkz. 1 Seri No'lu Tebliğ m. 3.1.2.

⁷¹⁶ OECD Model Tax Convention, Article 9, <https://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 13.01.2021.

⁷¹⁷ Bkz. 1 Seri No'lu Tebliğ m. 3.1.3.

⁷¹⁸ Kızılot, **a.g.e.**, s. 233. Öte yandan 1 Seri No'lu Tebliğ'de kurum veya kişi ile bir başka kurum veya kişi arasında olağan ticari faaliyeti kapsamında sadece bayilik ilişkisinin olması halinde bu kişiler arasındaki bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler işlemlerinin ilişkili kişi kapsamında sayılmayacağı belirtilmiştir (m. 3.1.3). TMS 24 ise çok farklı bir düzenleme içermektedir. TMS 24.11(d)'de bir işletmenin ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli miktarda işlem yaptığı müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı veya genel mümessilin ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla sürekli ilişki içerisinde olduğu ve önemli miktarda işlem yaptığı müşteri TMS 24 uyarınca ilişkili taraf olarak sayılmamaktadır. Vergi mevzuatında ise TMS 24'ten farklı olarak bayi dışında müşteri gibi kişilerle sürekli iktisadi ilişki içerisinde olan kişi veya kurumlar ilişkili kişi kabul edilmektedir (Bkz. benzer yönde Köse/Bulut, **a.g.m.**, s. 83).

işlemlere yönelik bir sınırlama getirilmemekte ve bu işlemlerin geçerliliğine etki edecek bir sonuç bağlanmamaktadır. Burada sadece kazanç aktarılan tutara göre vergi tesis edilmesi söz konusu olmaktadır.

VII. DEĞERLENDİRME

A. GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda ele almış olduğumuz yasal düzenlemelerde ilişkili taraf kavramı doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili Kanunların amacına göre farklılaşmıştır. Örneğin Kurumlar Vergisi Kanunu'nda amaç vergi kaybının önlenerek hazinenin zarara uğratılmasını engellemektir. Bu nedenle transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin düzenlemeler de doğru vergi tahakkukunun yapılabilmesine ve alınmasına hizmet eder. Bu sebeple bu işlemleri gerçekleştirebilecek kişiler de bu amaç doğrultusunda *“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 kurumlar”* olmak üzere oldukça kapsamlı ele alınmıştır. Yine Bankacılık Kanunu'nda Kanunun amacı, *“finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalıştırılması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması”* olarak ifade edilmiştir (Bank m. 1). Bu amaç doğrultusunda banka ile ilişkili sayılabilecek *“bankanın nitelikli pay sahipleri, banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü, genel müdür yardımcıları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla bunlara denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticileri ile bunların eş ve çocukları, birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar”* *“risk grubu”* olarak belirlenmiştir ve bankanın dâhil olduğu bu risk grubunun kredi işlemlerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Sigortacılık Kanunu'nun amacını ise *“Türkiye’de sigortacılık sektörünün geliştirilmesi, güvenli ve iktikrarlı şekilde çalışmasını sağlamak ve sigorta sözleşmesinde bulunan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak”* oluşturmaktadır (SK m. 1/1). Yine bu amaçla sigorta şirketiyle ilişkili olabilecek kişilerin sigorta şirketinin aktifinin azalmasına yol açabilecek işlemlerine dair SK’da sınırlamalar getirilmiştir. Bu işlemleri gerçekleştirecek kişiler *“ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçileri ve çalışanları”* şeklinde bu amaç doğrultusunda tayin

edilmiştir. SerPK’da ilişkili taraf işlemine ilişkin düzenlemeler ile payları borsada işlem gören anonim şirketin, piyasaların, yatırımcıların ve tüm menfaat sahiplerinin korunması amaçlandığı için ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri daha kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. İlişkili taraf, TMS 24’te şirket üzerinde kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olan veya şirketin kilit yönetici personelinin üyesi olan kişiler şeklinde ifade edilmiş ve bu etkileri haiz ilişkili taraf sayılan işletmeler ayrıca sıralanmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nda oldukça sınırlı şekilde anonim şirketler ve şirketler topluluğu bağlamında konuya yer verilmiş, yönetim kurulu üyeleri ve hâkim şirketler ilişkili taraflar olarak ele alınmıştır. Ancak bu farklılıklara rağmen anılan düzenlemelerde ilişkili tarafların belirlenmesinde ortak paydaların varlığı gözlenmektedir. Bu düzenlemelerde, özellikle şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin, üst düzey yöneticilerinin ve belirli niteliğe (kontrol gücü veya belirli bir oy hakkı gibi) sahip pay sahiplerinin ve kimi hallerde onların yakınlarının ilişkili taraf olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim kapsamları farklı olsa da SerPK yönünden KYT’nin atfıyla TMS 24’te, şirket üzerinde kontrol gücüne, önemli etkiye sahip ve kilit yönetici personel üyesi olan kişiler ilişkili taraf olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda hem yöneticiler hem de pay sahipleri ilişkili taraf olarak yer almaktadır. BankK’da yönetim kurulu üyeleri, üst düzey yöneticiler, nitelikli pay sahipleri, SK’da yine pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri ve KVK’da ortaklar ve kurum çalışanı olarak yöneticiler de ilişkili taraf kapsamında sayılmıştır. Bu yönüyle anılan düzenlemelerde ilişkili taraf konusunda belirli ölçüde ortak bir paydanın sağlanmış olduğu da belirtilmelidir.

Ancak yine de tüm bu düzenlemelerde “ilişkili taraf” sayılan kişilerden hareketle bu kavrama ilişkin ortak bir tanım getirilmesi güç görünmektedir. Çünkü yukarıda da ele alındığı üzere anılan kanunlar kendi amaçları doğrultusunda farklı kişi veya kişi gruplarını ilişkili taraf olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda tüm düzenlemeler için ortak veya yeknesak ilişkili taraf tanımının saptanması olanağının olmadığı en başta belirtilmelidir. Bu sebeple her düzenleme özelinde ilgili düzenlemelerin uygulamasında ilişkili taraf kavramının ayrıca tespiti gerekmektedir.

Diğer taraftan özel hüküm olmayan hallerde tüm anonim şirketler için TTK, payları borsada işlem gören halka açık şirketler için ise SerPK’nın ilişkili taraf

işlemlerine ilişkin düzenlemeleri uygulama alanı bulacağı için konumuz bakımından bu iki Kanun ayrı önem taşımaktadır. Özellikle ilişkili taraf işlemleri konusunda kapsamlı düzenlemenin yer aldığı SerPK düzenlemeleri ve KYT'nin atfı gereği ilişkili tarafın tanımı konusunda TMS 24 önemli bir yere sahiptir. Zira ilişkili taraf nedir sorusunun cevabını KYT m. 3'deki atfı gereği TMS 24'te yer alan tanım vermektedir. TMS 24 esas itibarıyla pekçok hukuk sistemindeki düzenlemelere bir şekilde yansımış ve üzerinde uzlaşmış ilişkili taraf tanımı getirmektedir. Şu an pek çok ülkede ilişkili taraf IAS/IFRS bağlamında ortak olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple de TMS 24 bu düzenlemeler içinde en yaygın olarak ilişkili taraf tanımını karşılayan düzenlemedir.

Yukarıda belirtilen özel kanunlara tabi sigorta şirketleri ve bankalara da SerPK m. 136/5'te bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususu açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple yukarıda ayrıca anılan Kanunlara tabi payları borsada işlem gören anonim şirketler için de bu hükümlerin uygulanması ve bu hükmün uygulanması bağlamında ilişkili tarafların TMS 24 bağlamında tayin edilmesi zaruridir.

B. TMS 24 YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

İlişkili taraf, genel olarak şirket ile şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde belirli etkiye sahip kişileri ifade eder. Bu etki, TMS 24'te somutlaştırılmış ve şirket üzerindeki bu etki "kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel" şeklinde ifade edilmiştir. TMS 24.9'da sayılan ilişkili kişi ve işletmeler esasen bu etki ölçütlerinin farklı varyasyonlarına göre sıralanmıştır. Buna göre ilişkili taraf, bir şirket üzerinde kontrol veya ortak kontrole sahip olan veya önemli etkiye sahip olan veya bu şirketin veya ana şirketinin kilit yönetici personeli olan kişiyi ifade etmektedir.

Genel itibarıyla ilişkili tarafların şirket üzerinde kontrol gücüne sahip olan, önemli etkiye sahip olan veya kilit yönetici personel olan kişiler şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım ilişkili işletmeleri doğrudan kapsamına almamaktadır. Zira bu husus IAS 24'te gözetilerek ilişkili taraf ilişkili kişi ve işletmelerdir şeklinde tanımlanarak bu kişi ve işletmelerin sıralanması tercih edilmiştir.

İlişkili işletmeler yönünden de esasen kontrol, önemli etki (iştirak) ve kilit yönetici personel ölçütleri temel alınarak ilişkili taraf sayılmıştır. Zira burada iki işletmenin birbiriyle ilişkisi bu üç ölçütün farklı kombinasyonlarla bir araya geldiği hallere göre

tasnif edilmiştir. Çoğu zaman da bu etki, üçüncü bir tarafın bu işletmeler üzerinde haiz olduğu etkiye göre yorumlanmıştır. Ancak burada da ölçüt olarak yine kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel kavramları kullanılmakla birlikte bu üç ölçüt temel alınarak ilişkili tarafların tespiti her zaman mümkün olmamaktadır. Nitekim TMS 24.9(b)(v)'de yer alan raporlayan şirketin çalışanlarına işten ayrılma sonrası fayda planı sağlayan işletmenin ilişkili taraf sayılmasını bu üç ölçütle açıklamak zordur. Yine ilişkili işletme kavramında kontrol, güçlü etki olarak ele alınırken önemli etki ve kilit yönetici personel ölçütlerinin varlığı işletmelerin ilişkili taraf sayılması için çoğu halde yeterli görülmemiştir. Üçüncü kişinin işletmeler üzerindeki etkisinde mutlaka bir tarafta kontrol gücünün varlığı aranmış, yine TMS 24.9(a) gereğince ilişkili taraf sayılan kişilerin bu şirket üzerinde kontrole sahip olması ya da kontrol gücüne sahip bu kişinin bu işletmeler üzerinde önemli etkiye ve kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde ilişkili sayılmıştır. Bu nedenle ilişkili işletmeler için özellikle “önemli etki ve kilit yönetici personel” ölçütlerinin varlığı doğrudan işletmelerin ilişkili taraf sayılmasına yol açmamaktadır. Diğer bir ifadeyle önemli etki ve kilit yönetici personel ölçütlerinin bazen tek başına varlığı işletmelerin ilişkili sayılmalarına yetmemektedir. Bu nedenle kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel ölçütlerinin var olduğu ilişkilerin TMS 24.9'da sayılan ilişkili kombinasyonlarına girip girmediğine bakılması gerekmektedir. Bu nedenle işletmeler için doğrudan bir ilişkili taraf tanımlaması yapılması güçtür.

Bir şirketin ilişkili tarafı olarak nitelendirilebilecek kişiler TMS 24 ile tespit edilmektedir. TMS 24 oldukça geniş bir kişi çevresini ilişkili taraf saysa da ilişkili taraf bu sayılanlarla esas itibariyle sınırlıdır. Bu nedenle düzenleme karışık olsa da ilişkili taraflar sayılanlarla sınırlı olduğu için şirketin ilişkili taraflarını tayin etmek bir ölçüde de kolaydır. Ancak belirtelim ilişkili taraf denilse de konunun ele alındığı diğer düzenlemelerin TMS 24'te sayılan ilişkili taraf ve işlemleri bütünüyle uygulanmasını öngörüp öngörmediğinin tespiti gereklidir. Zira hukuki düzenlemeler incelendiğinde, TMS 24'te ifade edildiği şekilde bütün ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemlerini kapsamına alan bir düzenleme getirilmediği anlaşılmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler getiren diğer pozitif düzenlemelerde de gerek ilişkili taraf ve

gerekse ilişkili taraf işlemi kavramlarının kimi zaman daha geniş, kimi zaman daha dar yorumlandığı görülmekte ve sınırları çizilen bu ilişkili taraf ve işlemlere ilişkin çeşitli prosedürler ve yasaklar getirildiği görülmektedir. Şirketler hukukunda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin temel ve en kapsamlı düzenleme SerPK m. 17/3'te yer almaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin temel düzenleme olan Sermaye Piyasası mevzuatında doğrudan TMS 24'e atıf yapılsa da ilgili hüküm incelendiğinde ilişkili taraf kavramının daha geniş, ilişkili taraf işlemlerinin ise daha dar yorumlanmış olduğu görülmektedir.

Bu açıdan Türk hukuku açısından ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri kavramları dünyaya paralel olarak TMS 24'te tanımlanmış olsa da her düzenleme özelinde kavramların ayrıca tespiti de gerekmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN PROSEDÜREL KORUMA MEKANİZMALARI

I. GENEL OLARAK

Birinci bölümde ifade edildiği üzere, Türk şirketler hukukunda ilişkili taraf işlemleri adı altında getirilen tek ve en kapsamlı düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve Kurumsal Yönetim Tebliği'nde yer alan hükümlerdir. İlişkili taraf işlemi adı altında olmasa da SerPK'da yer alan koruma mekanizmalarına ek olarak, anonim şirketler hukukunda belirli ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hem Sermaye Piyasası Kanunu'nda hem Türk Ticaret Kanunu'nda hem de diğer özel kanunlarda çeşitli koruma mekanizmaları da bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu dışındaki kanunlarda ilişkili taraf işlemine ilişkin yer alan düzenlemeler, bütün ilişkili taraf ve işlemler yönünden değil YK ve pay sahipleri ile onlarla ilişkili olabilecek kişiler yönünden prosedürel koruma getirmektedir.

Aşağıda önce Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil düzenlemelerdeki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelere yer verilecek ardından sırasıyla Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanunlarda konunun düzenleniş biçimine değinilecektir. İlk olarak özel kanun niteliğindeki Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki hükümlerin incelenmesinin nedeni burada yer alan hükmün konumuz bakımından temel hüküm olması ve bu düzenlemenin diğer düzenlemeler ile karşılaştırılması ihtiyacı ve çakışmanın varlığı halinde hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağının tespitinin yapılması gerekliliğidir.

II. SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

A. SERPK M. 17/3 VE KYT M. 9 VE 10'DA ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELER

1. Düzenlemelerin Uygulama Kapsamı

Sermaye Piyasası Kanunu m. 17/3'te öngörülen prosedürün halka açık şirketlerin SPK'ca nitelikleri belirlenecek ilişkili taraf işlemlerine uygulanacağı belirtilmiştir. Bu

hükümden, SPK'ya sadece işlemin niteliklerini belirleme yetkisi verildiği ve belirlenen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün payları borsada işlem görsün görmesin tüm halka açık şirketler yönünden uygulanmasının zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Ancak SPK tarafından çıkarılan KYT m. 1/4'te ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bu Tebliğ'in üçüncü bölümünde yer alan hükümlerin "*payları borsada işlem görmeyen halka açık şirketlere*" uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Tebliğ ile SerPK m. 17/3'teki hükme aykırı olarak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlenen hükümlerin, payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Sonuç olarak KYT m. 1'deki hüküm gereği ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen prosedür sadece payları borsada işlem gören halka açık şirketler için uygulama alanı bulmaktadır. Böylece Türk hukukunda da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen koruma mekanizmaları, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde düzenlendiği gibi sadece payları borsada işlem gören halka açık şirketler için getirilerek hükümlerin uygulama kapsamı oldukça dar tutulmuştur⁷¹⁹.

Payları borsada işlem gören tüm şirketler, halka açık şirket olmakla birlikte, Türk hukukunda her halka açık şirketin payları borsada işlem görmemektedir. SerPK m. 3'te halka açık şirket, "*kitle fonlaması platformu aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar*" şeklinde tarif edilmektedir⁷²⁰. SerPK m. 16 uyarınca pay sahibi sayısı sebebiyle payları halka arz olunmuş sayılan şirketlerin paylarının hâlihazırda borsada işlem görmüyor olması muhtemeldir. Bu şirketlerin paylarının borsada işlem görmesinin sağlanabilmesi için bu şirketlere SerPK m. 16/2'de en geç iki yıl içinde paylarının borsada işlem görmesi için borsaya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu açıdan payları borsada işlem görmeyen halka açık sayılan bu şirketler için de SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 ve 10 hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak belirtelim ilişkili taraf

⁷¹⁹ Öğretide, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bu hükümler, payları borsada işlem görmeyen anonim şirketler açısından uygulama alanı bulamasa da bu şirketler için yol gösterici nitelik taşıyacağı ifade edilmektedir (Bkz. Ayşe Odman Boztosun, "Yeni Kurumsal Yönetim Tebliği: Olağan Muhataplar, Yeni Yaklaşımlar", **TKYD -Kurumsal Yönetim Tebliği Özel Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 40 ve dn. 1.

⁷²⁰ Halka açık anonim şirket kavramı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Tekin Memiş, Gökçen Turan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 95-97.

işlemleri ile şirketin ve pay sahiplerinin zarara uğrama ve yatırımcıların mağdur olma ihtimali tüm halka açık şirketler için söz konusudur, haliyle korunmak istenen menfaat diğer şirketler yönünden de geçerlidir. Öğretide de kapsamın dar tutulmasının, hem diğer halka açık anonim şirketlerin hem de pay dışında sermaye piyasası ihraç eden şirketlerin yatırımcılarının güvenlik endişelerinin artmasına ve bu yatırımcıların mağdur olma olasılıklarının artmasına sebep olacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁷²¹. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koruma mekanizmasının sadece payları borsada işlem gören şirketler yönünden kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Ayrıca SerPK m. 17/3'te SPK'ya sadece ilişkili taraf niteliğindeki işlemleri belirleme yetkisi tanındığından SPK'nın yetkisini aşan bu düzenlemesi kanuna aykırıdır. KYT'deki bu yaklaşımın, Kanunun lafzına uygun olarak düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. İlişkili Taraflarla Gerçekleştirilecek İşlemler

a. Hükmün Kapsamına Giren İlişkili Taraflar

İlişkili taraf tanımı konusunda KYT m. 3 uyarınca TMS/TFRS düzenlemeleri geçerli olmaktadır. Nitekim ilişkili taraf kavramı SerPK'da ve KYT'de ayrıca tanımlanmamış, sadece KYT'nin "*tanımlar ve kısaltmalar*" başlıklı üçüncü maddesinde, ilişkili taraf kavramının TMS/TFRS'de tanımlanan ilişkili tarafı ifade ettiği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Türk hukukunda, AB Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde olduğu gibi ilişkili tarafın tanımı konusunda muhasebe standartlarına atıfta bulunulmuştur.

Türk hukukunda ilişkili taraf kavramı TMS 24'te açıklanmıştır. Kavram genel itibariyle TMS 24'ün 9 ila 12. paragraflarında tanımlanmış ve burada sayılan kişi veya işletmeler şirketle ilişkili sayılmıştır. İlişkili taraf kavramının tanımlandığı TMS 24'te daha önce açıklandığı üzere ilişkili taraf sayılan kişi ve işletmeler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebeple TMS 24.9'da sayılan ilişkili tarafların yorum yoluyla

⁷²¹ Odman Boztosun, **KYT**, s. 41,43. Kurumsal Yönetim Tebliği'nin SerPK m. 17 hükmüne aykırı olduğu görüşü ve buna ilişkin eleştiriler için bkz. Odman Boztosun, **KYT**, s. 40-43.

genişletilmesi dahi mümkün deęildir⁷²². İlişkili taraf kavramı ikinci bölümde etraflıca ele alındığı için burada oraya atıf yapmakla yetiniyoruz⁷²³.

b. Hükmün Kapsamına Giren İşlemler

(1) İşlemin Kapsamı

i. Genel Olarak

İlişkili taraf işlemi de SerPK'da ve KYT'de ayrıca tanımlanmamış, KYT'de sadece TMS/TFRS'ye atıfta bulunulmakta yetinilmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde ise ilişkili taraf işlemi, Türkiye Muhasebe Standartları'nda tanımlanan ilişkili taraf işlemleri olarak tarif edilmiştir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemi için TMS 24'te yer alan tanım geçerli olmaktadır. TMS 24.9'da ilişkili taraf işlemi, bir ücret alınıp alınmadığına bakılmaksızın, raporlama yapan bir şirket ile ilişkili tarafları arasında kaynakların, hizmetlerin veya ykmllklerin transferi olarak

⁷²² Yine bu kapsamda ilişkili tarafların ilgili olduğu veya menfaati olduğu işlemleri gerçekleştiren tarafların da ilişkili taraf sayılması ya da ilişkili tarafların ilişkili taraflarının bu kapsama dâhil edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Aynı yönde açıklamaları için bkz. Yusuf Z. Sönmez, "TK ve SPK erevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO'da Malvarlığının Korunması Sorunu", **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Editörler: Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet zsoy, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 272-273. Bu açıdan Fransa ve İngiltere'de kabul edildiği gibi ilişkili taraf kavramı geniş ele alınmamıştır. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde ilişkili taraf tanımı konusunda IFRS düzenlemelerine atıfta bulunulmuş, ancak ye devletlere IFRS düzenlemelerindeki ilişkili taraf kapsamını daraltmayacak şekilde kavramı farklı şekilde tanımlama olanağı tanınmıştır. AB yesi ülkeler genellikle ilişkili taraf konusunda IFRS'ye doğrudan atıfta bulunma eğilimi göstermiştir (rneğin Almanya). Buna karşılık bazı ülkeler doğrudan atıfta bulunmasa da IFRS düzenlemelerinden esinlenerek kavramı tanımlamaya çalışmış (rneğin İtalya), bazı ülkeler ise IFRS'ye göre daha kapsamlı ilişkili taraf tanımı getirmiştir (rneğin Fransa). Fransa'da ilişkili taraf kavramını ayrıca ve çok kapsamlı olarak tanımlanmıştır. Fransa'nın bu tanımına göre ilişkili taraf, şirketin yöneticileri, şirketin oy haklarının % 10'undan fazlasına sahip pay sahiplerini, pay sahibinin tüzel kişi olması halinde onu kontrol eden şirketi ve bu kişilerin dolaylı olarak menfaatinin olduğu işlemleri gerçekleştiren tarafları kapsamaktadır. Bu açıdan Fransa'da ilişkili taraf tanımı IAS 24'teki tanımdan daha farklı ve geniş olarak ele alınmıştır. Örneğin IAS 24'teki oy haklarının % 20'sine sahip pay sahipleri ilişkili taraf sayılırken Fransa'da bu oran % 10'a çekilmiştir. Yine ilişkili tarafların dolaylı olarak yaptıkları ve menfaat sağladıkları işlemleri yapan kişiler de ilişkili taraf sayılarak, prosedürün uygulama kapsamı genişletilmeye çalışılmıştır. IAS 24'te ise ilişkili tarafların menfaat sağladıkları işlemlere göre ayırım yapılmamakta, sadece bu kapsam ilişkili sayılan işletmelerde bir gerçek kişinin iki şirketle ilişkili olduğu hallerde gerçek kişi dışında bu şirketler de ilişkili sayılarak genişletilmektedir. Ancak IAS 24'teki bu düzenlemeler yine de Fransa'daki gibi dolaylı bir menfaat karinesi özelliği taşımamaktadır. İngiltere'de de ilişkili taraf kavramı ayrıca tanımlanmış ve kapsam oldukça geniş tutulmuştur. İngiltere'de ilişkili taraf, şirketteki oy haklarının % 10'unu veya daha fazlasını kontrol eden pay sahipleri, şirketin yöneticileri veya gölge yöneticileri, şirket üzerinde önemli etkisi olan kişiler ve ilişkili taraf sayılan bu kişilerin ilgili oldukları kişileri içine alan geniş bir kişi çevresi olarak tanımlanmıştır. Fransa ve İngiltere ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. ř. 1/VIII/A/3-4.

⁷²³ TMS 24 ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. ř. 2/I.

tanımlanmıştır. Bu tanımda işlem kavramı çok geniş ele alınmış, şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği bütün işlemler bir bedel karşılığında olup olmadığı önemli olmaksızın ilişkili taraf işlemi olarak zikredilmiştir.

KYT’de TMS 24’e atıf yapılması, şirketin örgütsel kararı çerçevesinde yaptığı sermaye artırımını, birleşme veya bölünme gibi işlemlerinin de bu anlamda bir ilişkili taraf işlemi ifade edip etmeyeceği sorununun ortaya çıkarmaktadır. Bunlara ilişkin özel koruma ve prosedürlerin olması kanun koyucunun bu işlemleri ilişkili taraf işlemleri kapsamında değerlendirmede kanısı uyandırır da bu hususun açıkça belirtilmemiş olması şüphe oluşturmaktadır. Alman öğretisinde de bu husus IAS 24 bağlamında değerlendirilmiş, burada yer verilen ilişkili taraf işlemi tanımının, finansal durum ve faaliyet sonuçları üzerinde doğrudan etkisi olan, ayrılabilir bireysel ticari işlemleri amaçladığı, bu kapsamda şirketin organizasyonu kapsamındaki işlemlerine atıfta bulunulmadığı, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nde ilişkili taraf işlemleri ile şirketlerin organsal kararlarının bu kapsama alınmasının amaçlanmadığı, Yönerge’de korunmak istenen işlemlerin kurumsal işlemler değil, transfer niteliğinde olan hukuki işlemler olduğu ifade edilmiştir⁷²⁴. Kanımızca Türk hukukunda da böyle değerlendirilmesi gerekir. Nitekim KYT’deki düzenlemede de *varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemleri*” ve *“varlık ve hizmet satışı benzeri işlemler”* ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmiş ve bu işlemler ile şirketin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu transfer işlemlerine işaret edilmiştir. Bizi bu sonuca, bu işlemlerin değerlendirme raporunda değerlendirilmesi ve emsal fiyat yönünden değerlendirme yapılması gerekliliği de götürmektedir. Bu nedenle birleşme, bölünme, tür değiştirme ve sermaye artırımının bu madde kapsamında ilişkili taraf işlemi olarak ele alınması mümkün değildir.

ii. Şirketin Bağlı Şirketlerinin İlişkili Taraflarla Gerçekleştirdiği İşlemler

Sermaye Piyasası Kanunu’nda sadece halka açık şirketler ile ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemlerden söz edilmiş ve bu işlemler için prosedür

⁷²⁴ Vetter, **a.g.m.**, s. 273,284.

getirilmiştir. KYT m. 9'da ise işlemler için getirilen kriterlerin, şirketler ve bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen işlemler için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. KYT'deki bu düzenleme, prosedürün şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlerin yanı sıra şirketin bağlı şirketleriyle ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilecek işlemleri için de uygulanacağı anlamına gelmektedir. Böylelikle şirketin ilişkili taraflarının bağlı şirketlerle gerçekleştireceği işlemler de dâhil edilmek suretiyle prosedürün uygulama kapsamı genişletilmiştir. Grup şirketlerinde, hâkim şirketlerin ilişkili taraflarıyla işlemlerini bağlı şirketleri aracılığıyla gerçekleştirme eğilimi göstermesi muhtemeldir. Kapsamın genişletilmesi grup şirketlerinde bağlı şirketlerin korunması ve ana şirketin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü bu şekilde dolanmasının önüne geçecektir. Bu açıdan düzenlemenin yerinde olduğu zikredilebilir⁷²⁵. Ancak Kanun'da yer almayan bu hususun ikincil düzenleme niteliğindeki KYT'de yer alması, normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturur. Bu yönde ilişkili taraf işlemlerinin kapsamını genişleterek şirketlerin işlerini sınırlandırma niteliğinde olan ve şirketlerin yükümlülüklerini genişleten hükümler için mutlaka kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Benzer bir düzenleme Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde de mevcuttur. Ancak Yönerge'deki düzenlemenin kapsamı daha dar tutulmuştur. Yönerge'nin 9c maddesinin yedinci fıkrasında üye devletlere şirketin ilişkili taraflarıyla bağlı şirketleri arasında gerçekleştireceği önemli işlemler için sadece işlemin adil ve makul olduğuna dair rapor alınmasını öngörme serbestisi tanınmıştır. Dolayısıyla Yönerge'de şirketin bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında yapılan işlemlere yönelik belirtilen prosedür sadece değerlendirme raporunun alınması ve açıklanmasına ilişkindir. Türk hukukunda ise şirketin bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirdiği işlemler için ayırım yapılmaksızın tüm prosedürün uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan bağlı şirketlerle ilgili KYT'de yer alan hükmün, Yönerge'deki düzenlemede belirtilen prosedüre göre daha kapsamlı düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

⁷²⁵ Aynı yönde bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 279.

(2) SPK'nın Belirlediği Nicel ve Nitel Kriterler

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde "işlem" tanımlanmamıştır⁷²⁶. IAS 24'te ilişkili taraf işlemi kavramı geniş tanımlanmış olmasına karşın, getirilen koruma mekanizmalarının tüm ilişkili taraf işlemlerine uygulanması kabul görmemiştir. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde ilişkili taraf işlemi tanımlanmamış, üye devletlerin 9c maddesinin amaçları doğrultusunda önemli işlemleri tanımlamaları gerektiği belirtilmiş ve üye devletlerin bu işlemleri tanımlarken de şirketin pay sahiplerinin ekonomik kararları üzerindeki etkisi ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için yaratacağı riskleri dikkate almaları gerektiğine işaret edilmiştir. Bunun dışında Yönerge'de önemli ilişkili taraf işlemlerine ilişkin nicel veya nitel nitelikte kriter ve oran da öngörülmemiştir. Ancak AB Komisyonu'nun ilk değişiklik önerisinde de esas aldığı ECGF bildirisinde önemli işlemler için % 1 ve % 5'lik oran tavsiye edilmiştir. Bu kapsamda AB üyesi ülkeler belirli nicel ve niteliksel kriterlere göre çeşitli oranlar belirlemişlerdir. Örneğin Almanya'da % 1.5 şeklinde tek bir oran, İngiltere'de % 0,25 ve % 5 şeklinde ikili bir oran, İtalya'da % 5 şeklinde oran belirlenmiştir. Fransa'da ise bu şekilde bir oran belirlenmemiş, tanımlanan ilişkili taraflarla yapılan tüm işlemler için prosedürün uygulanacağı öngörülmüştür⁷²⁷. Türk hukukunda ise prosedürün uygulanacağı işlemler için ikili bir oran getirilmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda prosedürün uygulanacağı işlemleri belirleme yetkisi SPK'ya verilmiştir. SPK da bu kapsamda koruma mekanizmasının uygulanacağı ilişkili taraf işlemlerini nicel ve niteliksel ölçütler getirerek belirlemeye çalışmıştır. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde nicel ve niteliksel kriterler işlemlerin "*varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemleri*" ve "*varlık ve hizmet satışı benzeri işlemler*" olmasına göre ayrı ele alınmıştır (KYT m. 9/2). Varlık alımı ilişkili taraftan alınan bir malvarlığı değerini (taşınır-taşınmaz vs) ifade ederken, hizmet alımı ise bunlar dışındaki alımları ifade etmektedir. Her iki ölçütte de şirketin son finansal tabloları ile YK kararından önceki altı aylık süreçte düzeltilmiş

⁷²⁶ Birçok AB üyesi ülke ise iç hukuk düzenlemelerinde işlem tanımını IAS 24'e paralel şekilde oldukça kapsamlı olarak tanımlamayı tercih etmiştir. Örneğin Almanya'nın işlem tanımı için bkz. yuk. § 1/VIII/A/2.

⁷²⁷ Bkz. yuk. § 1/VIII/A/1.

ağırlıklı ortalama fiyatlarının aritmetik ortalaması şirket değerinin hesaplanmasında temel alınmıştır. İlişkili taraflarla gerçekleştirilecek varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemlerinde öngörülen koruma mekanizmalarının uygulanabilmesi için, “işlem tutarının, kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına göre ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatlarının aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanacak şirket değerine olan oranının” % 5’i aşması gerekmektedir (KYT m. 9/2(a)). İlişkili taraflarla varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerde öngörülen koruma mekanizmalarının uygulanabilmesi için ise “işlem tutarının (varlığın net defter değerinin yüksek olması durumunda net defter değerinin), kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına (varlığın devri, kiraya verilmesi veya üzerinde aynı hak tesis edilmesi durumunda, son yıllık finansal tablolara göre söz konusu varlıktan elde edilen karın ortaklığın sürdürülen faaliyetler vergi öncesi karına) ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanacak şirket değerine olan oranının” yine % 5’i aşması gerekmektedir⁷²⁸.

Kiralama veya nakit akışlarının kesin olarak belirlenebildiği diğer işlemlerde işlem tutarı olarak, toplam kira gelir veya giderlerinin ve diğer gelir ve gidere indirgenmiş nakit akış yöntemlerine göre hesaplanacak bugünkü net değer esas alınacaktır. Hasılatı dayalı oranın uygulanabilir kabul edilebilmesi için “hasılatın % 5 oranındaki kısmına isabet eden tutarın ise toplam öz kaynakların binde biri oranına tekabül eden tutardan” düşük olmaması gerekmektedir. Bankalar yönünden hasılatın ana faaliyetleri gereği elde ettiği faiz gelirleri olduğu da maddede belirtilmiştir (KYT m. 9/2(ç)).

İşlem tutarının belirtilen kriterlere göre şirket değerinin % 5’ini aşacağı durumda, işlem gerçekleştirilmeden önce SPK tarafından belirlenen bir kuruluşa değerlendirme yaptırılması ve YK kararı alınması zorunluluğu getirilmiştir. İşlemin tutarı şirket değerinin % 10’unu aşacağının tespit edilmesi durumunda ise değerlendirme yapılması

⁷²⁸ KYT m. 9/2.b. Kurumsal Yönetim İlkeleri 1.3.9’da ilişkili taraf işlemleri dışında şirketlerin gerçekleştirecekleri tüm “varlık ve hizmet alımı benzeri işlemleri ile yükümlülük transferi işlemleri ile varlık ve hizmet satışı benzeri işlemleri” için benzer hesaplama yöntemi öngörülmüş ve bu hesaplama göre belirlenecek oranın % 10 olması halinde YK kararının icra edilebilmesi için bağımsız yöneticilerin çoğunluğunun onayının alınması şart koşulmuştur. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. a.ş. § 3/II/A.

yükümlülüğüne ek olarak YK kararı alınırken bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onayı gerekmektedir. Dolayısıyla ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanması için işlemin her halde % 5'lik eşik değeri aşması gerekmektedir. İki oran için farklı prosedür öngörüldüğü için işlemler ele alınırken % 5'i aşan ancak % 10'u aşmayan işlemleri “küçük işlemler”, % 10'u aşan işlemleri ise “büyük işlemler” olarak anılacaktır.

(3) Muaf Tutulan İşlemler

i. Genel Bakış

İlişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün uygulanmayacağı bazı işlem türleri KYT'de sayılmıştır. Muaf tutulan işlemler, tek seferlik ve yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemleri yönünden ayrı ayrı açıklanmıştır. Yürürlükten kaldırılan Seri IV NO: 41 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde ise muaf tutulan işlemler ortak olarak sayılmaktaydı. Kanımızca her iki düzenleme yönünden yine ortak hükümler getirilerek istisnaların ortak sayılması yerinde olurdu.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin beşinci fıkrasında ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün, ticari hayatın olağan iş akışı içinde girilen ve normal piyasa şartlarında sonuçlandırılan işlemlere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Üye devletlerin bu tür ilişkili taraf işlemlerini öngörülen prosedüre tabi kılabilecekleri de fıkranın son paragrafında açıkça yer almıştır⁷²⁹. Türk hukukunda ise böyle bir ayrıma gidilmemiş, ilişkili taraf işlemleri olağan iş akışı içinde ve normal piyasa koşullarında olup olmadığına bakılmaksızın SerPK m. 17 hükmüne tabi kılınmıştır⁷³⁰. Piyasa teamüllerine aykırı yapılan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 21'de de bir hükme yer verilmiş ve 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

⁷²⁹ Bu işlemlerin şirketlerin ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çıkarlarını zedelemeyeceği savıyla ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün bu işlemler için işletilmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak aynı fıkarda işlemlerin olağan iş akışında ve normal piyasa şartlarında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin periyodik olarak değerlendirilmesi için yönetim veya gözetim organının bir iç prosedür oluşturmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu iç kontrolün nasıl sağlanacağı ve usulünün ne şekilde olacağı hususunda ise Yönerge sessiz kalmaktadır. Daha detaylı açıklamalarımız için bkz yuk. bkz. yuk. § 1/VIII/A/1.

⁷³⁰ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 274; Evlek, **a.g.m.**, s. 454.

emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak işlemlerde bulunmak suretiyle kazanç aktarımında bulunulması yasaklanmıştır. Böylelikle ilişkili taraf işlemlerinin olağan piyasa koşullarında yapılmaması Türk hukukunda yasaklanmış ve bunlara ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür dışında ayrıca yaptırımlar da öngörülmüştür. Bu açıdan Türk hukuku ile AB müktesebatının ayrıldığını belirtmek gereklidir⁷³¹. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin altıncı fıkrasında sayılan diğer istisnalar ise Türk hukukunda istisna kapsamında sayılmamıştır. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde muaf tutulan işlemlere çalışmamızın birinci bölümünde yer verilmiştir. Bu istisnaları üye devletlerin tanınması zorunlu tutulmadığı için burada ayrıca değerlendirilmesi gereği duyulmamıştır⁷³². Aşağıda sadece KYT'de sayılan istisnalara değinilmiştir.

ii. Banka ve Finansal Kuruluşların Olağan Faaliyetleri

KYT m. 9/8'de bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetleri kapsamında yaptıkları ilişkili taraf işlemlerinin bu madde kapsamında yer alan yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olmadığı düzenlenmiştir⁷³³. Aynı istisna yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin prosedürün öngörüldüğü KYT m. 10/4'te de yer almaktadır. KYT'de bu muafiyet, sadece bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetleri ile sınırlı olarak tanınmıştır, dolayısıyla olağan işlemler dışında ilişkili taraflarla yapılan işlemlere bu madde uygulanabilecektir.

Banka ve finansal kuruluşlara ilişkin bu muafiyet, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde üye devletlere tanınan istisnalar arasında sayılmıştır. Bu hükme göre, bu kuruluşların işlemlerinin prosedürden muaf kılınabilmesi için işlemin ihtiyatlı denetimden sorumlu yetkili merci tarafından kabul edilmesi ve istikrarın korunmasını amaçlayan tedbirler temelinde girişilen bir işlem olması gerekmektedir. Türk hukukunda da denetim merciinin istikrarlarını korumayı amaçlayan tedbirleri

⁷³¹ Aynı yönde bkz. Evlek, **a.g.m.**, s. 454.

⁷³² Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde tanınan muafiyetlerle ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. § 1/VIII/A/1/d/(3).

⁷³³ Bankalar yönünden tanınan bu muafiyet yürürlükten kaldırılan Seri IV No: 41 sayılı Tebliğ'den bankaların ilişkili taraflarına kullandıracağı kredilerde değerlendirme yaptırma zorunluluğunun bulunmadığı şeklinde yer almaktaydı.

temelinde bankalar ve finansal kuruluşlar faaliyetlerini yürütmektedir⁷³⁴. Bu bakımdan öngörülen istisnanın Pay Sahipliği Hakları Yönergesi ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir⁷³⁵.

iii. Temettü Dağıtımı, Yeni Pay Alma Hakkı ve Yöneticilerin Mali Haklarına İlişkin Ödemeler

KYT m. 10'da yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerin, temettü dağıtımı, sermaye artırımı nedeniyle yeni pay alma hakkının kullanımı ve yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemelerden kaynaklanan ilişkili taraf işlemleri için uygulanmayacağı belirtilmiştir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün açıklandığı KYT m. 9'da sayılan istisnalar arasında bu işlemlere yer verilmemiştir. KYT m. 10'da sayılan bu istisna tutulan işlemler, yürürlükten kaldırılan Seri IV No: 41 sayılı Tebliğ'de hem tek seferlik hem de yaygın ve süreklilik arz eden işlemler yönünden getirilmişti. Bu nedenle anılan işlemler yönünden KYT m. 9 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda öğreti de ikiye ayrılmıştır. Öğretide bir görüş, ilişkili taraf işlemi kapsamı dışında bırakıldığı için bunların ilişkili taraf işlemi sayılmayacağını belirtirken⁷³⁶, diğer görüş ise bu istisnaların sadece yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için geçerli olduğunu kabul etmektedir⁷³⁷. Esasen KYT m. 10'u sadece lafzi olarak yorumlarsak ikinci görüşe katılmak gerekecektir. Zira ilişkili taraf işleminin istisnaları hem KYT m. 9'da hem KYT m. 10'da ayrıca sayılmıştır. İki maddenin kapsamına aldığı işlemin boyutu da farklı kaleme alındığı gibi uygulanması gereken prosedür de farklıdır. Ancak kanaatimizce burada lafzi yorumdan ziyada her iki maddeye de bir bütün olarak bakılarak değerlendirme yapılması ve KYT m. 10 kapsamında sayılan istisnaların KYT m. 9 yönünden de geçerli olduğunun kabulü gereklidir. Her iki hüküm de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü düzenlemekte, farklı eşiklerdeki işlemleri kapsamına almaktadır. Mali yılda bir kez yapılan ve eşik

⁷³⁴ Türk hukukunda banka ve finansal kuruluşlar Bankalar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun ("BDDK" diye anılacaktır) denetimine tabidir. Banka ve finansal kuruluşlar olağan faaliyetlerini ilgili mevzuat kapsamında ve BDDK'nın denetimi altında gerçekleştirebilmektedir.

⁷³⁵ Evlek, **a.g.m.**, s. 453.

⁷³⁶ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemi**, s. 277.

⁷³⁷ Evlek, **a.g.m.**, s. 453-454.

değeri % 5 veya 10'u aşan işlemlerin KYT m. 9 kapsamında sayılması ve buradaki prosedürün uygulanması gerekmekte; en az iki defa aynı tarafla gerçekleştirilen aynı nitelikteki işlemler için ise KYT m. 10'da belirtilen prosedürün uygulanması gerekmektedir. Temettü dağıtımı, sermaye artırımını nedeniyle yeni pay alma hakkının kullanımı ve yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemelerden kaynaklanan işlemlerin sadece KYT m. 10'da istisna kapsamında belirtilmesinin nedeni, bu işlemlerin aynı mali yıl içinde ikiden fazla yapılabilme ihtimalinin olmasıdır. Bu işlemlerin tek sefer yapılma olasılığı kanaatimizce atlanılmıştır. Bu nedenle iki maddede tanınan muafiyetlerin bir bütün olarak yorumlanması, sayılan istisnaların her iki madde için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu kapsamda anılan istisnaları ele alırsak, yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemelerin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden muaf tutulması yerinde olmuştur. TTK m. 408'de YK üyelerinin ücretleri ile huzur hakları, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenme yetkisi genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri kapsamında sayılmıştır⁷³⁸. Ayrıca payları borsada işlem gören şirketlerin yöneticilerin ücretleri ile ilgili KYİ 4.5.13 ile 4.6 sayılı ilkelerde, ücret komitesine ve YK üyelerine ve yöneticilere sağlanan mali haklara ve bunların açıklanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetim kurulunun mali haklarını belirleme yetkisinin genel kurulda olması ve diğer yöneticilerin ücretlerinin belirlenmesi konusunda da ücret komitesine önemli işlevler tanınmış olması ve yöneticilerin mali haklarının kamuya açıklanması şirket ve pay sahipleri yönünden koruma mekanizması görevi görmektedir. Bu açıdan bu işlemler için bir de prosedürün işletilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde de üye devletlerin yöneticilere tanınan mali haklarla ilgili işlemlerde muafiyet tanıyabileceği öngörülmüştür. Bu açıdan KYT'deki bu istisnanın AB Yönergesi'ndeki düzenlemeyle de uyumlu olduğunu belirtmek gerekir.

Temettü dağıtımı konusunda da TTK m. 408 uyarınca kâr dağıtılıp dağıtılmayacağına karar verme ve dağıtılacak kâr miktarını belirleme yetkisi genel kuruldadır. Halka açık anonim şirketler yönünden temettü dağıtım politikası ve

⁷³⁸ Yöneticilerin mali hakları ile ilgili açıklamalarımız için bkz aşağıda.

esasları SerPK m. 19'da ve SPK tarafından çıkarılan Kar Payı Tebliği'nde⁷³⁹ detaylı olarak düzenlenmiştir. SerPK m. 19/2'de, kanunen yedek akçeler ayrıldıktan sonra esas sözleşmede pay sahipleri için öngörülen kâr payının ayrılması gerektiği, kâr payı ayrılmadan başka yedek akçeler ya da diğer yıllara kâr aktarılmasına karar verilemeyeceği gibi YK üyelerine ya da diğer hak sahiplerine kârdan pay dağıtılamayacağı hüküm altında alınmıştır. Bu hükümle, pay sahiplerinin kâr payı almaları sağlanırken kâr payını azaltacak işlemlerin de yapılmasının önüne geçilmiştir⁷⁴⁰. Kısaca özetlenmeye çalışıldığı üzere, kâr dağıtımı konusunda yetki genel kurula bırakılmış ve pay sahiplerinin menfaatlerini koruyacak bir dizi önlem getirilmiştir. Bu nedenle temettü dağıtımına ilişkin işlemlere hem tek seferlik hem de yaygın ve sürekli işlemler yönünden muafiyet tanınması yerinde olacaktır. Aksi halde genel kurulun karar verdiği bir işlemin tekrar onay prosedürüne tabi tutulması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Bu sebeple önceki düzenlemeden farklı olarak tek seferlik işlemler yönünden ayrıca bu mekanizmanın işletilmesinin haklı bir sebebi yoktur.

TTK m. 461'de sermaye artırımı sonucu çıkarılacak yeni paylardan, her pay sahibinin paylarının sermayeye oranına göre alma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bu aynı zamanda yeni pay alma hakkının (rüçhan hakkı) da tanımını oluşturmaktadır. Pay sahiplerinin rüçhan hakkının ancak Kanun'da sayılan haklı sebeplerin varlığı halinde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyuyla sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir⁷⁴¹. Bütün pay sahiplerine tanınan bu hak, TTK'da öngörülen şartların varlığı halinde ancak genel kurulda ağırlıklı nisapla kaldırılabilir. Böylelikle pay sahiplerine eşit koşullarda aynı muamelenin yapılması sağlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca TTK m. 461/2'de rüçhan hakkının kanuna uygun şekilde kısıtlanabilmesi için

⁷³⁹ II-19.1 Sayılı Pay Tebliği, 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı RG'de yayımlanmıştır. TTK m. 508'de ve SerPK'da pay sahiplerinin payları oranında kâr payına hak kazanacağı belirtilerek pay sahiplerine eşit muamelenin yapılması sağlanmıştır. Kar Payı Tebliği'nde de kâr dağıtılmasına ilişkin ilkelere yer verilmiştir.

⁷⁴⁰ TTK m. 508'de ve SerPK'da pay sahiplerinin payları oranında kâr payına hak kazanacağı belirtilerek pay sahiplerine eşit muamelenin yapılması sağlanmıştır. Kar Payı Tebliği'nde de kâr dağıtılmasına ilişkin ilkelere yer verilmiştir. İlgili açıklamalar için bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 127.

⁷⁴¹ Rüçhan hakkının kısıtlanması ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Nihan Değirmencioğlu Aydın, **Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 216 vd.; Onur Görmez, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 93 vd.

pay sahiplerinin haklı görülemeyecek şekilde yararlandırılamayacağı veya kayba uğratılamayacağı esası kabul edilmiştir. Sağlanan bu koruma nedeniyle rüçhan hakkı için de ilişkili taraf işlemlerinde muafiyet tanınması yerinde olmuştur.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/6'da da bütün pay sahiplerine eşit muamelenin ve şirketin menfaatlerinin korunmasının sağlandığı aynı koşullarda tüm pay sahiplerine sunulan işlemlere ve ayrıca yöneticilere ödenen veya ödenecek ücretlere ilişkin de muafiyet tanınabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda yukarıda belirtildiği gibi KYT m. 10'da belirtilen temettü dağıtımı, sermaye artırımında yeni pay alma hakkı, bütün pay sahiplerine eşit muamelenin ve şirketin menfaatlerinin korunmasının sağlandığı eşit koşullarda bütün pay sahiplerine tanınan haklardır. Bu nedenle bu işlemlere ilişkin istisna tanınmış olması Pay Sahipliği Hakları Yönergesi ile de uyumludur⁷⁴².

iv. Yatırım Ortaklıklarının Aracılık Hizmetleri

KYT m. 9/7'de yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetleri için bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. KYT m. 10/4'te ise sadece yatırım ortaklıkları anılmamış; menkul kıymetler yatırım ortaklıkları, gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve girişim sermaye yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları anılan hizmetler de bu kapsamda sayılmıştır. Böylelikle yatırım ortaklıklarının bir türü olan menkul kıymet yatırım ortaklıkları, gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve girişim sermaye ortaklıklarının ilişkili taraflarından almış olduğu bazı hizmetleri için muafiyet getirilmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere iki düzenleme de bütün olarak yorumlanmalı ve istisnalar her iki işlem yönünden de geçerli sayılmalıdır⁷⁴³. Zira yatırım ortaklıkları, kolektif yatırım kuruluşlarının şirket modeline dayalı modelidir ve payları borsada işlem gören halka açık anonim şirket şeklinde kurulabilmektedir. Bu ortaklıklar SerPK

⁷⁴² Evlek, **a.g.m.**, s. 456.

⁷⁴³ Yürürlükten kaldırılan Seri IV NO: 41 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde menkul yatırım ortaklıkları, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ve girişim sermaye ortaklıklarının ilişkili taraflarından almış oldukları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetlerine de muafiyet tanınmıştı.

m. 48’de tanımlanmış, kuruluş ve faaliyetleri de SerPK m. 49’da düzenlenmiştir. KYT’de yatırım ortaklıklarının portföy yönetimi hizmeti alması ilişkili taraf işlemi olarak sayılmamıştır. SerPK m. 49/4’te yatırım ortaklıklarının bir portföy hizmeti alması belirli koşullara bağlanmıştır. Buna göre, yatırım ortaklıkları ancak esas sözleşmede hüküm olması ve SPK’nın onayının alınması şartıyla bir portföy yönetim şirketinden hizmet alabilmektedir. Bu hizmeti alması SPK’nın onayına tabi olduğu için burada ayrıca ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün işletilmesine ihtiyaç bulunmayacaktır. Bu sebeple muafiyet öngörülmesi yerinde olmuştur. Yatırım ortaklarının ilişkili taraflarından alacağı yatırım danışmanlığı ile sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin hizmetleri de istisna tutulmuştur. Ancak SerPK uyarınca yatırım hizmetleri ile faaliyetleri ancak yatırım kuruluşlarıncaya yapılabilmektedir. Bu hizmetlerin verilmesi yatırım kuruluşlarının olağan faaliyetleri kapsamındadır. Bu nedenle yatırım ortaklıkları da yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetini yatırım kuruluşlarından alabilme imkânına sahiptir. Yatırım kuruluşlarının faaliyetleri SPK’nın iznine tabidir ve bu kuruluşlar sıkı denetim altındadır. Bu açıdan ilişkili taraf işlemi hükümlerinin yatırım ortaklıklarının bu kuruluşlarla yapacağı anılan işlemler için de uygulanmayacağına kabulü yerinde olmuştur. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nin 9. maddesinde ise yatırım ortaklıklarıyla ilgili bu yönde bir istisnaya yer verilmemiştir.

c. Tek Seferlik İşlemler İçin Koruma Mekanizması

Kurumsal Yönetim Tebliği’nde ilişkili taraf işlemleri tek seferlik ilişkili taraf işlemleri ve yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemleri şeklinde ele alınmış her biri için farklı koruma mekanizması getirilmiştir. Tek seferlik ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koruma mekanizması SerPK m. 17/3 ile KYT m. 9’da düzenlenmiştir.

Tek seferlik ilişkili taraf işlemleri KYT m. 9’da belirlenmiş ve prosedürün işletileceği işlemler iki farklı eşiğe göre sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmaya göre işlemler, % 5 ve % 10’u aşan işlemler şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrıma göre uygulanacak prosedür de farklılık göstermektedir.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanması için işlemin % 5'lik eşik değeri aşması gerekmektedir. % 5'i aşan küçük işlemler için işlemin esasının belirtildiği YK kararı alınması ve işleme ilişkin değerlendirme raporu alınması gerekmektedir. Ancak işlem % 10'u aşıyorsa o zaman onay prosedürü uygulama alanı bulunmaktadır. Büyük işlem diye nitelendirdiğimiz bu işlemlerin değerlendirme raporu alındıktan sonra onaylanması gerekmektedir. Bu safha iki aşamalı öngörülmüştür. Öncelikle bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylaması ve bağımsız YK üyelerince işlem onaylanmaz ise akabinde genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir.

Kurumsal Yönetim Tebliği ekinde yer alan KYİ 1.3.9 sayılı ilke, şirketlerin belirli nitelikteki işlemleri için bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Şirketlerin varlık ve hizmet alımı işlemleri ile yükümlülük transferi ve varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerinde; işlem tutarının kamuya açıklanan son finansal tablodaki hasılat tutarına veya finansal tablolardaki varlık toplamına ya da yönetim kurulunun karar tarihinden önceki altı aylık düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması esas alınarak hesaplanacak şirket değerine oranı % 10'dan fazla bir orana ulaşacağı öngörülyorsa, bu işlemlere ilişkin YK kararının alınması ve bu kararı bağımsız üyelerin çoğunluğunun onaylaması gerekmektedir. Yönetim kurulu kararı, toplantıya katılanların oybirliği ile alınmamış ise kararın ve muhalefet şerhlerinin KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Bağımsız üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde ise bu durumun işleme ilişkin gerekli bilgiyi içerecek şekilde KAP'ta duyurulması ve işlemin genel kurulun onayına sunulması gereklidir. Burada genel kurul kararının alınmasında SerPK m. 29/6 hükmüne atıfta bulunularak burada öngörülen özel nisabın uygulanacağı kabul edilmiştir⁷⁴⁴. Buradaki prosedüre bakıldığında ilişkili taraf işlemlerinde öngörülen değerlendirme raporu alınması gerekliliğinin öngörülmediği görülmektedir. Ayrıca burada aranan YK kararı katılanların oybirliği ile alınmamış ise bunun ve muhalif oyların açıklanması

⁷⁴⁴ Böylelikle genel kurulda esas sözleşmede daha ağır nisap öngörülmemiş ise toplantı nisabı aranmaksızın genel kurula katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oyuyla karar alınacaktır. Ancak esas sözleşmede daha ağır nisap öngörülmemişse toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların yarısının hazır olduğu durumda, toplantıya katılan oy hakkına sahip payların çoğunluğuyla da karar alınabilecektir.

gerekliliği de ilişkili taraf işlemlerinde bir prosedür olarak ayrıca belirtilmemiştir. Genel kurul onay safhası burada da öngörölmekte birlikte toplantı ve karar nisapları farklı düzenlenmiştir.

Ancak belirtelim sermaye piyasası mevzuatında şirketlerin % 10'u geçen işlemlerinin her halde korunduğu görölmektedir. Zira KYİ 1.3.9'da, payları borsada işlem gören şirketlerin % 10'u aşan varlık hizmet alımı ve satımı benzeri işlemleri tüm işlemleri için bir prosedür öngörölmüřtür⁷⁴⁵. Bu düzenlemede işlemin karşı tarafı önemli değildir; ancak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK'da ve KYT'de özel düzenleme bulunduğu için bu prosedür ilişkili taraf işlemi dışındaki diğer işlemler yönünden geçerli olacaktır. Buradan sermaye piyasası mevzuatında payları borsada işlem gören şirketlerin % 10'u geçen tüm işlemlerinin her halde korunduğu ancak işlem ilişkili taraf işlemi teşkil ediyorsa ek kontrol mekanizmalarını gerektirdiği anlaşılmaktadır. şirketin bu orana ulaşan işlemin ilişkili taraf işlemi olup olmadığını ayrıca kontrol etmesi ve ona göre ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü ya da KYİ 1.3.9'daki prosedürü işletmesi gerekmektedir. Dolayısıyla payları borsada işlem gören şirketler yönünden ifte koruma sağlanmıştır. Zira bir işlemin ilişkili taraf işlemi teşkil edip etmediği başta anlaşılamamış olsa da bu ilke gereğince bu prosedüre tabi tutulmak zorunda kalmaktadır. Kanımızca bu aynı zamanda gizli yapılan ilişkili taraf işlemleri yönünden de koruma sağlamaktadır. İlişkili taraflar TMS 24'te sınırlı olarak sayıldığı için burada sayılan kişilerin başkaları aracılığıyla gizli olarak yaptığı işlemleri bu kapsamda sayılmamaktadır. Ayrıca şirketlerin de çoğu zaman bunu tespit etme olanağı da bulunmamaktadır. Bu açıdan bu şekilde tespit edilemeyen, gözden kaçırılan ya da bilerek göz ardı edilen ilişkili taraf işlemlerinin ya da şirketle yakın ilişki içerisinde olan ancak TMS 24 uyarınca ilişkili taraf sayılmayan kişilerle yapılan işlemlerin KYİ 1.3.9 uyarınca benzer bir prosedürden geçirilmesi gerekecektir.

(1) Yönetim Kurulu Kararı Alınması

şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarla geekleştirecekleri varlık veya hizmet alımı veya satış benzeri işlemleri ile yükümlölük transferi işlemlerinde, işlem tutarının varlık toplamına, hasılat toplamına veya şirket değerine oranının % 5'i

⁷⁴⁵ KYİ 1.3.9 sayılı ilke KYT m. 5/1'de uyulması zorunlu olan ilkeler kapsamında sayılmıştır.

aşacağının öngörülmesi halinde, bu işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarının belirleneceği bir YK kararı alınması zorunlu tutulmuştur.

Küçük işlemler için bu aşamada alınan YK kararı, onay görevi görmemektedir. Burada küçük işlemler için işleme başlamadan önce yönetim kuruluna işlemin esaslarının belirlendiği bir karar alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu karar, işlemin ilişkili taraf olup olmadığı ve değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulup duyulmayacağının belirlenmesine hizmet etmektedir. Küçük işlemler için ayrıca bir uygunluk kontrolü öngörülmediği için işlemin yapılmasına ilişkin esaslar YK kararında şekillendirilmektedir. Bu açıdan YK kararında işlemin esaslarının gereği gibi belirtilmiş olması küçük işlemler için bilhassa önem taşımaktadır. Yönetim kurulu kararında, yapılacak işlemin esaslarının belirlenmesi gerektiği belirtilmiş ancak işlemin esasları ile neyin kastedildiği açıklanmamış olsa da “*işlemin esası*” ifadesinden genel itibarıyla işleme ilişkin açıklamalar, işlemin koşulları ile işlemin tutarı anlaşılmalıdır.

(2) Uygunluk Kontrolü Olarak Değerleme Raporu Alınması

i. Değerleme Yaptırılması

Payları borsada işlem gören anonim şirketin veya bağlı şirketinin ilişkili tarafıyla gerçekleştireceği varlık veya hizmet alımı veya satışı benzeri işlemde ve yükümlülük transferi işlemde, işlem tutarının varlık toplamına, hasılat toplamına veya şirket değerine oranının % 5’i aşacağının öngörülmesi halinde, işlem gerçekleştirilmeden önce SPK’ca belirlenen bir kuruluştan değerlendirme raporu alınması gerekmektedir. Eşik olarak % 5 yeterli ve gerekli görüldüğü için hem küçük işlemler hem de büyük işlemler için bu prosedürün yerine getirilmesi şarttır⁷⁴⁶.

Değerleme raporu alınması yükümlülüğü SerPK’da öngörülmemiş, Kurumsal Yönetim Tebliği ile getirilmiştir⁷⁴⁷. Görüldüğü gibi normlar hiyerarşisine aykırı olarak Kanun’da öngörülmeleyen bir yükümlülük Tebliğ ile düzenlenmiştir. SerPK’da

⁷⁴⁶ Yürürlükten kaldırılan Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ’de değerlendirme yükümlülüğünde eşik % 10 öngörülürken daha sonra yapılan değişiklikle 2011 yılında eşik % 5’e indirilmiştir.

⁷⁴⁷ Eski Sermaye Piyasası Kanunu döneminde olduğu gibi değerlendirme raporu alma gerekliliği Tebliğ ile öngörülmüştür.

düzenlenmeyen şirkete ek bir yükümlülük getiren bu hükmün de yine Kanun'da düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

KYT m. 9'da işlemin konusu varlığın pay olduğu ve bu payların devrinin borsada gerçekleştirildiği hallerde muafiyet tanınmış ve bu hallerde değerlendirme raporu alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun dışındaki varlık veya hizmet alımı veya satışı benzeri ilişkili taraf işlemleri için ise % 5 eşiğinin aşılması durumunda değerlendirme yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca değerlendirme raporunun alınması gereken % 5'lik eşiğe olumlu bir istisna öngörülerek SPK'ya geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. SPK gerekli görmesi halinde, belirtilen bu orana bağlı olmaksızın şirketin veya bağlı şirketlerinin ilişkili tarafları veya ilişkili taraf olmayan tarafları arasındaki işlemleri için de değerlendirme raporu alınmasını ve raporun sonuçlarının kamuya açıklanmasını zorunlu tutabilecektir. Bu hükümle, SPK kendisine gerekli görmesi halinde şirketlerin % 5'lik oranın altında kalan ilişkili taraf işlemleri için de değerlendirme yaptırma zorunluluğu getirme yetkisi tanımıştır. SPK'nın buradaki takdir yetkisinin nasıl ve ne şekilde belirleneceği konusunda ise sessiz kalınmıştır⁷⁴⁸.

Türk hukukunda değerlendirme raporu yükümlülüğü ilk olarak 2008 yılında getirilmiş ve SPK tarafından bu yükümlülüğün öngörülmesinde Dünya Bankası tarafından hazırlanan ve çeşitli ülkelerdeki yasal düzenlemelerin incelendiği "*Doing Business*" çalışmalarındaki önerisinin etkili olduğu belirtilmiştir⁷⁴⁹. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin üçüncü fıkrasında da üye devletlerin işlemin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından adil ve makul olup olmadığını değerlendiren bir raporun alınmasını şart koşabileceği düzenlenmiştir. Bu değerlendirme raporunun gerekliliği, AB Komisyonu'nun ilk orijinal önerisinde zorunlu bir prosedür olarak yer almıştır⁷⁵⁰. Ancak belirtelim Yönerge'nin 9c maddesinde işlemin adil ve

⁷⁴⁸ Diğer taraftan SPK kendisine bu maddede ilişkili taraf işlemleri dışındaki işlemler için de (şirketlere ve bağlı şirketlerine ilişkili taraf olmayan tarafları ile yaptıkları işlemler) değerlendirme yaptırma zorunluluğu getirme yetkisi tanımıştır. Böyle bir yetkinin neden tanınmış olduğu ve hangi işlemler için kullanılabileceği de yine açık değildir. Bu kadar kapsamlı bir yetkinin ve ilişkili taraf işlemleri dışındaki işlemler için bu yönde bir yükümlülük getirilme olanağının SPKya tanınmış olması Kanun'a aykırıdır. Böyle bir düzenlemenin Kanun'da düzenlenmesi ya da KYT'den çıkartılması normlar hiyerarşisi bakımından zaruridir.

⁷⁴⁹ Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/2008319/0>, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁵⁰ Yürürlükten kaldırılan Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ'de değerlendirme yükümlülüğünde eşiğin % 10'dan % 5'e indirilmesinde bu öneri etkili olmuştur.

makul olduğuna ilişkin bir değerlendirme raporu alınması zorunlu tutulmamış, değerlendirme raporu düzenlemesi gerekliliği üye devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu açıdan Türk hukukunda KYT’de değerlendirme yaptırılmasının zorunlu tutulmasının sürdürülmesinde, Komisyon’un ilk taslağının temel alınması ve bu gerekliliğin orada zorunlu tutulmuş olması da etkili olmuştur.

ii. Değerleme Raporu Hazırlayacak Kuruluş ve Özellikleri

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nin 9c maddesinin üçüncü fıkrasında ayrıca değerlendirme raporu alma yükümlülüğü öngörülmesi halinde, bu raporu hazırlayacaklar da sayılmıştır. Komisyon ilk orijinal taslağında, başlangıçta bağımsız bir uzmanın rapor hazırlamasını şart koşmuşken, Yönerge’nin 9c maddesinde üye devletlere birkaç seçenek sunmuştur. Buna göre değerlendirme raporu, “*bağımsız bir üçüncü taraf, şirketin yönetim veya gözetim organı veya gözetim komitesi veya çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan herhangi bir komite*” tarafından hazırlanabilecektir. Türk hukukunda değerlendirme raporunu hazırlayacak kişinin bağımsız bir taraf olması öngörülmüştür. Bağımsız taraf olarak SPK tarafından belirlenen değerlendirme kuruluşlarından biri seçilebilecektir. Türk hukukunda değerlendirme yapacak tarafın SPK’ca belirlenecek değerlendirme kuruluşlarından biri olmasının şart koşulması İngiliz Listeleme Kuralları ile benzerlik göstermektedir. Zira İngiliz Listeleme Kuralları uyarınca % 0,25’i aşan ancak % 5 eşikini geçmeyen işlemler için “sponsor” adı verilen ve FCA tarafından tanınan bağımsız uzmanlardan değerlendirme raporu alınması gerekmektedir⁷⁵¹.

Değerleme yapılacak kuruluşları belirleme yetkisi SPK’dadır. Bu kapsamda Kurul, değerlendirme yapılacak işlemin konusuna göre değerlendirme düzenlemelerini ayırmıştır. İşlemin konusu gayrimenkulün bütünleyici parçaları, gayrimenkule ilişkin proje ve gayrimenkule bağlı haklar ise SPK’nın gayrimenkul değerlemesine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır⁷⁵². Gayrimenkul ile ilgili sayılan

⁷⁵¹ Bkz. yuk. § 1/VIII/A/4.

⁷⁵² KYT m. 9(4): “İşleme konu gayrimenkul ile gayrimenkulün bütünleyici parçaları, gayrimenkul projeleri ve gayrimenkule bağlı haklar, Kurulun gayrimenkul değerlemesine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde değerlemeye tabi tutulur”. Gayrimenkul değerlendirme faaliyeti, “gayrimenkullerin, gayrimenkul ile ilgili projelerinin veya gayrimenkullere bağlı hakların belli bir tarihteki değerinin Kurul düzenlemeleri ve Kurulca kabul edilen değerlendirme standartları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/359>, Erişim Tarihi: 12.02.2021.

bu hususlar dışındaki işlemler için verilecek değerleme hizmetlerinde ise SPK'nın değerlemeye ilişkin diğer düzenlemeleri temel alınacaktır⁷⁵³.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde ayrıca üye devletlerin ilişkili tarafların bu raporun hazırlanmasında yer almasını önlemekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Türk hukukunda da esasen bu husus gözetilmiş ve raporun ayrı bir değerleme kuruluşundan alınacağı öngörülerek ilişkili tarafların raporun hazırlanmasında yer alması önlenmeye çalışılmıştır. Ancak KYT'de, değerleme kuruluşunun veya kuruluştaki uzmanların şirketle ilişkili taraf olması halinde, bu kişilerin raporun düzenlenmesinde yer alabileceği hususu göz ardı edilmiş; buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Açıkça bir düzenleme olmasa da hükmün amacı gereği ilişkili taraf işlemine taraf olan kişilerin bu değerleme raporunun hazırlanmasında yer almaması şarttır. Dolayısıyla şirketin ve değerleme kuruluşunun bu hususu gözetmesi gereklidir.

Diğer yandan değerleme kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerde, kuruluşların ve uzmanlarının bağımsızlığına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda örneğin SPK tarafından çıkarılan gayrimenkul değerleme kuruluşlarının yetkilendirilmesi ve faaliyetleri ilgili esasların düzenlendiği “*Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ*”⁷⁵⁴, ilişkili taraf işlemi özelinde ele alınmamış olsa da değerleme yapacak kuruluşun veya uzmanının bağımsız ve tarafsız olmak zorunda oldukları düzenlenmiş ve değerleme kuruluşunun ve uzmanının bağımsızlığının kalkacağı haller sayılmıştır⁷⁵⁵. Anılan bu düzenlemeler, ilişkili tarafların değerlendirme raporunda yer almasını engelleyici niteliktedir.

iii. Değerleme Raporunun İşlemin Uygunluğunu Kontrol İşlevi

Kurumsal Yönetim Tebliği'nde, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ndeki gibi raporun şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından adil ve makul olup

⁷⁵³ KYT m. 9 (5).

⁷⁵⁴ Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ (III-62.3), 31.8.2019 tarihli ve 30874 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁷⁵⁵ Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ m. 16. Bu kapsamda değerleme kuruluşunun ve uzmanlarının, değerleme faaliyetlerinde bulunurken ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarından uzak kalmak, dürüstlük ve tarafsızlıklarını etkileyebilecek her türlü müdahalede bulunulmasına mahal vermemek, inceleme neticesinde görüşlerini, başkalarının çıkarlarını gözetmeksizin raporlarını açıklamakla yükümlüdür.

olmadığının değerlendirmesine yönelik olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Ancak değerlendirme raporunun alınmasının temel gayesi, şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından işlemin oluşturabileceği tehlikenin tespit edilmeye çalışılması ve işlemin onlar açısından etkisinin ortaya koyulabilmesidir. Bu nedenle de değerlendirme raporunda işlemin şirket ve ilişkili olmayan diğer pay sahipleri bakımından etkisinin anlaşılabilir olması ve onlar açısından makul ve adil olup olmadığının belirtilmesi gereklidir. Bu açıdan değerlendirme raporunun işlemin şirket ve pay sahipleri açısından makul ve adil olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme içermesi şarttır.

Ayrıca bu değerlemede işlemin piyasa koşullarına göre de karşılaştırılması yapılmalıdır. KYT m. 10'da YK üyelerinin hazırlamakla yükümlü oldukları raporda işlemin şartlarına ve piyasa koşullarına ilişkin bir karşılaştırma yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir. Ancak m. 9'da açıkça yer verilmemiştir. KYT m. 9'da değerlendirme raporunun içeriği belirtilmese de piyasa koşullarına ilişkin karşılaştırma gerekliliğinin bu raporda da kabul edilmesi şarttır. Bu husus hem işlemin makul olup olmadığının anlaşılması için önem arz ederken hem de örtülü kazanç aktarımı kontrolünde önemli bir kolaylık sağlayacaktır⁷⁵⁶.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde değerlendirme raporu alınmasının zorunlu tutulduğu halde, raporda ayrıca değerlemenin dayandığı varsayımların ve kullanılan değerlendirme yöntemlerinin de belirtilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁵⁷. KYT'de değerlendirme raporunda yer alması gereken hususlara ayrıca yer verilmemiştir. Ancak ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, değerlemede kullanılan varsayımlar ve değerlendirme sonuçlarını içeren değerlendirme raporunun özeti ile eğer işlem değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun şekilde gerçekleştirilmemişse bunun gerekçesinin açıklanması gerektiği düzenlenmiştir⁷⁵⁸. Bu hükümden, Yönerge'deki gibi değerlendirme raporunda değerlemenin dayandığı varsayımların ve yöntemlerin açıklanmasının gerektiği anlaşılmaktadır.

⁷⁵⁶ Aşağıda örtülü kazanç aktarımı bahsinde etraflıca ele alındığı üzere, ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesinden önce işlemin örtülü kazanç aktarımı teşkil edip etmediğine ilişkin uygunluk kontrolü yapılmalıdır.

⁷⁵⁷ Bu husus AB Komisyonu'nun 2014 tarihli değişiklik önerisinde de benzer şekilde yer almıştır.

⁷⁵⁸ Bkz. KYT m. 9/5. Aynı düzenleme yürürlükten kaldırılan Seri IV, No: 41 Sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde de yer almaktaydı.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde ayrıca değerlendirme raporunun kamuya açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. KYT'de ise değerlendirme raporunun doğrudan kamuya açıklanması öngörülmemiş; işlemin yapılmasına karar verilmesi halinde değerlendirme raporunun sonuçlarını içeren özeti ile raporda kullanılan varsayımların açıklanması gerekli görülmüştür. Ayrıca işlemlerin değerlendirme raporunda belirtilen sonuca uygun şekilde gerçekleştirilmemesi halinde de bunun gerekçesi ile KAP'ta duyurulması şart koşulmuştur. Değerleme raporu doğrudan açıklanmasa da değerlemenin sonucu ve kullanılan varsayımlar açıklanacağı için Pay Sahipliği Hakları Yönergesi ile uyum sağlanmış olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada değerlendirme raporları birbirinden çok farklı hazırlanabilmekte ve sonuçları da değerlendirme raporu hazırlayan uzmanlara göre farklılaşabilmektedir. Bu nedenle sadece değerlendirme raporunun sonuçlarını içeren özeti değil; ilişkili taraf işlemlerine ilişkin şeffaflığın sağlanabilmesi için değerlendirme raporunun tamamının kamuya açıklanmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Değerleme raporunda yer alacak hususlar özellikle küçük işlemler için önem arz etmektedir. Çünkü küçük işlemler için onay prosedürü öngörülmemiş sadece değerlendirme raporunun alınarak uygunluk kontrolü yapılması ve işlemin esaslarının belirtildiği YK kararı alınması yeterli görülmüştür. Pay sahiplerinin ve şirketin bu işleme karşı menfaatlerinin korunması, sadece değerlendirme raporu ile sağlanmaktadır. Bu nedenle değerlendirme raporunun da bu eksikliği giderici nitelikte olması, pay sahiplerinin onayına sunulmasa da onlar için işlemin makul ve adil olup olmadığının raporda yer alıyor olması gerekir.

Hemen belirtelim ki, değerlendirme raporunun alınması, işlemin hukuka uygunluğunu sağlamayacak, işlemi yapanların hukuki sorumluluğuna gidilmesini engellemeyecektir. Bu raporlar, en azından YK üyesinin bu işlemlerde bu sorumluluğu düşünerek daha dikkatli davranmasını sağlayacaktır.

Küçük işlemler için değerlendirme raporunda işlemin pay sahipleri için adil ve makul olmadığı tespit edilse de işlemin yapılmasına engel olacak bir mekanizma mevcut

değildir. Yönetim kurulu yine de işlemi yapma olanağına sahiptir⁷⁵⁹. KYT m. 9'da işlemin yapılması halinde açıklama yükümlülüğü getirilmiş; ancak değerlendirme raporunda işlemin makul olmadığının tespit edilmesine rağmen işlemin yapıldığı hallere ilişkin açıklama yapılması açıkça öngörülmemiştir. Sadece değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun şekilde işlem gerçekleştirilmemişse bunun gerekçesinin açıklanması gerekmektedir. Burada ise işlemin rapora uygun yapılmadığı haller kastedilmiştir. Ancak kanaatimizce bu hükmün geniş yorumlanarak raporun olumsuz koşullar içerdiği hallerde bu işlemin yapılma gerekçelerinin de açıklanmasının gerekli olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde değerlendirme raporu alınmasının bir işlevi kalmayacaktır.

(3) İşleme İlişkin Alınacak Yönetim Kurulunun Kararının Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Çoğunluğunca Onaylaması

Şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarla gerçekleştirecekleri işlemin % 10'u aşacağına öngörülmesi durumunda, işleme ilişkin değerlendirme yaptırılmasına ek olarak işlemin esaslarının belirlendiği YK kararında bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından onaylanması şartı getirilmiştir.

i. Yönetim Kurulu Kararı Alınması

KYT m. 9'da onay prosedürü olarak büyük ilişkili taraf işlemlerine başlamadan önce işleme ilişkin yönetim kararı alınmasını ve bu kararı bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun onaylamış olmasını aramaktadır. Burada ilk şartı, işlem esaslarını belirleyen bir YK kararı alınması oluşturur.

Yönetim kurulu karar nisabı SerPK'da ayrıca düzenlenmediği için halka açık şirketler için de TTK m. 390'daki hüküm geçerli olmaktadır. Bu hükme göre, yönetim kurulunun, aksine ağırlaştırıcı bir hüküm olmadığı sürece üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanması ve kararlarını da toplantıya katılan üyelerin çoğunluğuyla alması şattır.

⁷⁵⁹ İtalyan CONSOB Yönetmeliği'nde de küçük işlemler için benzer bir prosedür benimsenmiş, bu işlemlere başlamadan önce bağımsız yöneticilerden oluşan komitenin bağlayıcı olmayan bir görüş bildirmesi öngörülmüştür. Komitenin bu görüşü olumsuz tavsiye içermesine rağmen şirket işlemi yine de yaparsa komitenin olumsuz tavsiyesine aykırı davranıldığını açıklama yükümlülüğü getirilmiştir.

KYİ 4.3.1.'de YK yapısı düzenlenmiş ve YK üyesi sayısının her durumda beş üyeden az olamayacağı öngörülmüştür. Payları borsada işlem gören şirketler bu ilkeye uymakla yükümlü olduğu için bu şirketlerde YK üye sayısı en az beş kişiden oluşacaktır. Normalde beş kişilik YK üyesi bulunan şirket, üç kişi ile toplanabilecek iki kişiyle de karar alabilecektir. Ancak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak YK kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız YK üyelerinin de çoğunluğunun olumlu oyu gerekmektedir. Bu nedenle, nisaplara uygun YK kararı alınmış olsa dahi bağımsız üyelerce çoğunluğunca onaylanmamış olan YK kararının uygulanması mümkün olmayacaktır.

Ayrıca işlemin onaylanmasına ilişkin yönetim kararının varlığı arandığı için bu yetkinin devir yoluyla bazı üyelere ya da üçüncü kişilere devredilerek hükmün dolandırılması da mümkün değildir.

Yönetim kurulu kararının nasıl alınacağı hususu, gerek SerPK m. 17 gerekse de KYT m. 9 'da açıkça düzenlenmemiştir. TTK m. 390 gereğince YK kararları toplantı suretiyle ya da öneriye yazılı onay verilmek suretiyle alınabilmektedir. İlişkili taraf işlemine ilişkin düzenlemelerde yazılı karara onay verilmesi suretiyle karar alınması açıkça yasaklanmamıştır. Ancak ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınan onay safhası ile değerlendirme kuruluşundan alınan raporun kurulda değerlendirilmesini ve bağımsız YK üyelerinin görüş ve düşünceleri ile işlemin uygunluk denetimini yapmaları sağlanmak istenmiştir. Bu nedenle de işlemin yapılmasına ilişkin YK kararı tek başına yeterli görülmemiş; bu kararda ayrıca bağımsız üyelerin çoğunluğunda olumlu oyu aranmıştır. Bu itibarla YK kararının alınması ve bağımsız YK üyelerinin onayının aranması ile güdülen amaç düşünüldüğünde, toplantı yapılmaksızın yazılı şekilde karar alınarak ilişkili taraf işlemlerinin onay safhasının gerçekleştirilmemesi gerekir. KYT m. 9/3 de bunu destekler niteliktedir. Zira bu maddede, konunun görüşüleceği YK toplantılarında ilişkili tarafların oy kullanamayacağı belirtilerek yönetim kurulunun toplantı şeklinde karar alacağına dolaylı da olsa işaret edilmiştir. Ayrıca bağımsız üyelerce işlemin onaylanmaması halinde bu durumun KAP'ta açıklanması gerekliliği bulunmaktadır. KAP'ta bağımsız üyelerin neden işlemi onaylamadığı da açıklanacağı için bu da toplantı yapılmasını gerektirmektedir.

KYİ 4.4.1’de toplantı gündemini, YK başkanının, diğer üyeler ve icra başkanı ya da genel müdür ile görüşerek belirleyeceği öngörülmüştür. Belirlenen YK toplantısı gündemine alınan konular, KYİ 4.4.6 gereğince YK tarafından açıklıkla ve her yönüyle tartışılır. Her bir YK üyesinin YK toplantılarında olumsuz oy verdiği konulara ilişkin makul ve ayrıntılı olarak karşı oy gerekçesini zapta kaydettirmesi gerekir⁷⁶⁰.

ii. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Çoğunluğunun Onayı

Yönetim kurulu kararının uygulanabilmesi için bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylaması şartı getirilmiştir. Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu olumlu oy vermezse, YK kararı alınarak işlem yapılamamaktadır. Bu yönüyle bağımsız YK üyelerine işlemin yapılıp yapılmayacağının belirlenmesi noktasında önemli bir yetki tanınmıştır. Bağımsız YK üyelerine bu yetkinin tanınması hususu aşağıda bağımsız YK üyelerinin işlevi ile değerlendirilerek açıklanmıştır.

AB Komisyon’unun bağımsız yöneticiye ilişkin tavsiye kararında, bağımsız yöneticilerin varlığının pay sahiplerinin ve diğer menfaat gruplarının menfaatlerini koruma aracı olarak düşünüldüğü ifade edilmiştir⁷⁶¹. Aşağıda kısaca ele aldığımız üzere bağımsız yöneticiler, pay sahiplerinin menfaatlerini gözetme ve tarafsız şekilde etki altında kalmaksızın karar verme özelliğini haiz olmalıdır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinde de bağımsız YK üyelerine böyle bir işlev tanınarak diğer pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahiplerinin çıkarlarının daha iyi korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Özellikle Türkiye gibi hâkim pay sahibi yapısının yaygın olduğu şirketlerin bulunduğu ülkelerdeki gibi, ilişkili taraf işlemleriyle ilgili karar alma aşamasında bağımsız YK üyelerine böyle bir işlev tanınmasının Türk sermaye piyasası yapısına da uygun bir tercih olduğu öğretide haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁶².

⁷⁶⁰ KYİ’de YK toplantılarının şekline ilişkin bu ilkeler uyulması zorunlu ilkeler arasında sayılmamıştır.

⁷⁶¹ AB hukukunda bağımsız YK üyeliği konusu Komisyon’un 2005/162/EC sayılı bağımsız yöneticiler ve komiteleri düzenlediği Tavsiye Kararı’nda yer almaktadır. 2005/162/EC sayılı Tavsiye Karar için bkz. “COMMISSION RECOMMENDATION of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board, parag 7”, (Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2005/162/oj>, Erişim Tarihi: 18.02.2021. Ayrıca 2005/162/EC sayılı Tavsiye Karar’a ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz. Seçil Sayın Gündüz, **Borsa Şirketlerinde Yöneticilere Yapılan Ödemeler ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Araştırma Raporu Sermaye Piyasası Kurulu, AB Grubu, Ekim 2009, s. 43. vd., (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1015>, Erişim Tarihi: 18.02.2020.

⁷⁶² Manavgat, **Halka Arz**, s. 285.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde, işlemin yönetim veya gözetim organı tarafından onaylanabileceğine işaret edilse de yönetim veya gözetim organında bağımsız yöneticilerin yer alması gerektiğine ilişkin açıkça bir şart getirilmemiştir. Yönerge'de işlemin adil ve makul olduğuna dair alınacak raporun, bağımsız bir üçüncü taraf komitesi ya da çoğunluğu bağımsız yöneticilerden oluşan herhangi bir komiteden alınması öngörülmüştür. Ancak belirtelim AB Komisyonu'nun bağımsız yöneticilere ilişkin tavsiyeleri kapsamında, üye devletlere icracı olmayan YK üyeleri veya gözetim kurulunda belirli sayıda bağımsız üyeye yer verilmesi tavsiye edilmiştir. Bu kapsamda pek çok ülkenin yönetim kurulunda ya da gözetim kurullarında bağımsız üyenin yer aldığı belirtilmelidir. Örneğin bağımsız YK üyelerine böyle bir yetkinin İtalyan hukukunda da tanındığı görülmektedir. CONSOB Yönetmeliği'ne göre daha büyük öneme sahip işlemlerde (% 5'i aşan işlemler) yönetim kurulunun kararıyla işlemin yapılabilmesi için bağımsız yöneticilerden oluşan ilişkili taraf işlemi komitesinin görüşünün alınması ve komitenin olumlu tavsiye vermesi şartı getirilmiştir. Komite olumlu tavsiye vermezse yönetim kurulunun onayı ile işlem yapılamamaktadır⁷⁶³. Türk hukukunda doğrudan ilişkili taraf işlemi komitesi öngörülmemekle birlikte, bağımsız YK üyelerine CONSOB Yönetmeliği'ndekine benzer bir yetki tanınmış, YK kararının uygulanabilmesi işlemin bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun tarafından onaylanması şart koşulmuştur.

(a) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevi ve Nitelikleri

Bağımsız YK üyelerinin niteliği, seçimi, sayısına ve boşluğunun doldurulmasına ve işlevleri ilişkin özel düzenlemelere KYT ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde yer verilmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak kararda özel nisap öngörülerek bağımsız YK üyelerine önem atfedildiği için bu düzenlemelere değinilme ihtiyacı doğmuştur.

Bağımsız YK üyeliği, KYİ 4.3'te "*yönetim kurulunun yapısı*" başlıklı bölüm altında yer almaktadır. KYT m. 5'te, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin uygulamak zorunda olduğu ilkeler arasında 4.3.3-4.3.8 numaralı bağımsız YK üyesine

⁷⁶³ İtalyan hukuku ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. § 1/VIII/A/5.

ilişkin ilkeler de sayılmıştır. Bu nedenle KYİ’de bağımsız YK üyeliğine ilişkin yer alan ilkelerin payları borsada işlem gören şirketler tarafından uygulanması zorunludur.

Bağımsız YK üyelerini diğer üyelerden ayıran temel özelliğini adı üstünde bağımsız olması oluşturur. Bağımsızlığın sağlanabilmesine ilişkin KYİ’de çeşitli kıstaslar getirilmiştir. Bağımsız YK üyesi, icrada görevli olmayan ve görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yerine getirebilme niteliğine sahip üye olarak tarif edilmiştir⁷⁶⁴. AB Komisyonu’nun 2005/162/EC sayılı Tavsiye Karar’ında bağımsız üye; icrada görevli olmayan YK üyesi olarak ele alınmış; bağımsızlık ise herhangi bir maddi çıkar çatışmasının olmaması şeklinde açıklanmıştır⁷⁶⁵. Komisyon’un Tavsiye Karar’ında görüldüğü gibi bağımsızlık, icrada görevli olmama ve maddi bir çıkar çatışması içinde olmama temelinde ele alınmıştır. Türk hukukunda da Tavsiye Karar’daki gibi, bağımsız üyenin icrada görevli olamayacağı temel kıstas olarak ele alınmış; ancak bağımsızlık kavramı herhangi bir etki altında kalmaksızın karar alabilme şeklinde tanımlanmıştır. Tavsiye Karar’da vurgulanan maddi çıkar çatışmasının olmaması hususu ise KYİ’de bağımsız üyenin taşınması gereken kriterler arasında sayılmıştır. Tavsiye Karar’da bağımsızlık kavramının tek bir tanımla sağlanmasının mümkün olmayacağı öngörülerek üyenin bağımsız karar almasını sağlayacak birtakım kıstaslar da sayılmıştır. Ancak yine de Tavsiye Karar’da, yöneticilerin bağımsızlığını sağlayacak tüm kriterlerin kapsamlı bir şekilde sıralanmasının mümkün olmadığına işaret edilmiş, belirtilen kriterlerin üye devletler

⁷⁶⁴ KYİ 4.3.3.

⁷⁶⁵ AB Komisyonu tarafından yayımlanan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporu’nun 62. sayfasında da yöneticinin bağımsız olarak nitelendirilebilmesi için, icracı olmamasının ve yöneticiliği dışında şirket ile maddi herhangi bir menfaat elde ettiği başka bir ilişkisinin olmamasının önemli olduğu belirtilmiştir. (AB Komisyonu 2001 yılında şirketler hukuk ile ilgili modern bir yapı oluşturulmasına ilişkin tavsiyelerde bulunmaları için ticaret hukukçulardan oluşan uzmanlar grubu oluşturmuştur. Uzmanlar Grubunun hazırladığı “*Report Of The High Level Group Of Company Law Experts On A Modern Regulatory Framework For Company Law In Europe*” (Şirketler Hukuku Alanında Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubunun Avrupa’da Modern Şirketler Hukukuna İlişkin Çerçeve Şartlarına Dair Rapor) rapor yayımlanmıştır. Bu rapor, Avrupa Şirketler Hukuku’nda rehber olarak ele alınabilecek yol gösterici bir rapordur. Uzmanlar Raporu’nda kurumsal yönetim başlığı altında ayrıca bağımsız YK üyeleri ile ilgili tavsiyelere yer verilmiştir. İlgili Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporu için bkz. https://ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf, 17.02.2021. Raporla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Özkorkut, **a.g.e.**, s. 81 vd. Bu raporun Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda da temel alındığı Genel Gerekçe’de açıkça ifade edilmiştir. TTK Genel Gerekçe’de Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporu şeklinde anıldığı için biz de bu şekilde anmayı tercih etmekteyiz (Bkz TTK Genel Gerekçe para. 93-94, bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-genel-gerekce/>, Erişim Tarihi: 17.02.2021)).

ve şirketler arasında belirli bir dereceye kadar değişebileceği ve bu konudaki en iyi uygulamaların zaman içinde gelişebileceği belirtilmiştir⁷⁶⁶. Böylelikle Komisyon tarafından bağımsızlık hususunda sınırlayıcı kriterlerin belirlenmemiş olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Türk hukukunda da bu yaklaşım kabul edilerek bağımsızlık için Tavsiye Karar'da yer alan kıstaslara benzer bazı kriterler getirilmiştir. Öğretide bir görüş, bağımsız üyeliğin temel kıstasını, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme özelliğine sahip olması oluşturduğu ve KYİ'de sayılan kriterlerin de YK üyesinin 4.3.3'te belirtilen kıstasın sağlanmasına hizmet ettiği ifade etmektedir⁷⁶⁷. Bu görüşe göre, KYİ'de sayılan kriterlerin de bu temel kıstas nazara alınarak yorumlanması ve üyenin burada sayılan tüm kriterleri sağlamasına karşın, herhangi bir sebeple etki altında kalmaksızın görevini yapamayacağı hallerde bağımsız üyelik görevini üstlenemeyeceğinin kabul edilmesi gereklidir. Kanaatimizce de bu yaklaşım isabetlidir. Aşağıda ele alacağımız sayılan asgari kriterlerle bağımsızlığın her durumda sağlanabilmesi olası değildir. Somut duruma göre, bağımsızlığı zedeleyecek başka durumların ortaya çıkması mümkündür. Bu hallerde, kriterlerde sayılmadığından bahisle üyenin tarafsız üye olduğunu söylemek bağımsız üyenin yönetim kurulunda yer alması ile öngörülen amaçla da bağdaşmaz. Bu nedenle KYİ 4.3.3 uyarınca bağımsız üyenin hiçbir etki altında kalmaksızın karar verebilecek nitelikte olması gerektiği için buna gölge düşürecek her husus bağımsız olmasına engel olarak yorumlanmalıdır.

Bağımsız üyenin taşınması gereken kriterler, KYİ 4.3.6'da sayılmış ve bağımsız YK üyesi olacak kişinin burada sayılan niteliklerin tamamına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. KYİ'de sayılan bu kriterler, öğretide "objektif", "sübjektif" ve "üyenin şirketle ilişkisine dair özellikler" olmak üzere üçlü ayrıma tabi tutulmaktadır⁷⁶⁸.

Objektif olarak nitelendirebileceğimiz kriterler, kişinin GVK uyarınca Türkiye'ye yerleşmiş sayılması ve üniversite öğretim üyeliği hariç kamu kurum ve kuruluşlarında

⁷⁶⁶ Bkz. Commission Recommendation, Annex II Article 1.

⁷⁶⁷ Ayşe Odman Boztosun, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 61.

⁷⁶⁸ Odman Boztosun, **Bağımsız YK Üyeliği**, s. 62-64.

tam zamanlı çalışmaması şeklinde sayılmıştır⁷⁶⁹. Bu kriterlerde açıkça ifade edilmese de bağımsız üyenin sayılan niteliklerinden dolayı sadece gerçek kişi olabileceği anlaşılmaktadır.

Sübjektif olarak sayılan kriterlere göre, bağımsız YK üyesinin görevini gereği gibi yerine getirebileceği mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olması şarttır. Ayrıca üyenin şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını gözeterek özgürce karar verebilecek etik değerlere, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması, görevinin gereğini tam olarak yerine getirebilecek ölçüde şirket işlerine zaman ayırabiliyor olması gerekmektedir⁷⁷⁰. Sübjektif kriterlerde belirtilen şirket ile pay sahiplerinin çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruması ve menfaat sahiplerinin haklarını gözetmesine ilişkin yükümlülüğü ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerdeki korunmak istenen amaçla da örtüşmektedir. Zira ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen prosedür, şirketin ve pay sahiplerinin zarara uğramasının önlenmesi ve özellikle ilişkili taraf olmayan ve azınlıkta kalan pay sahiplerinin haklarının korunmasını sağlama amacı taşımaktadır. Bağımsız YK üyeleri için bunun ayrıca bağımsızlık şartı olarak öngörülmüş olması, ilişkili taraf işlemlerinde onay safhasında onlara böyle bir işlevin neden tanınmış olduğunu da açıklar niteliktedir.

⁷⁶⁹ Bkz. KYİ 4.3.6. ç, d. Burada bağımsız YK üyeliği için ülkede yerleşik olunması aranırken Türk vatandaşı olma şartı getirilmemiştir. Ayrıca bu kritere göre kamu kurum ve kuruluşlarda çalışan kişilerin bağımsız üye olabilmeleri için ya kurumdaki görevinden ayrılmaları ya da yarı zamanlı çalışmaları gerekmektedir. Tam zamanlı çalışmama ve kamu kurum ve kuruluşlarında yer almamış olma kriteri, bağımsız üyenin zamanını şirkete yeterince ayırmasına hizmet etmektedir. Objektif olarak tasnif ettiğimiz bu kriterler AB Tavsiye Kararı'nda yer almamaktadır.

⁷⁷⁰ KYİ 4.3.6. c, e, f. Sübjektif olarak nitelendirdiğimiz bu kriterler AB Tavsiye Kararı'nda önerilen kriterler arasında sayılmamış, icracı olmayan YK üyelerinin ve gözetim kurulu üyelerinin özellikleri kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda icracı olmayan YK üyeleri veya gözetim kurulu üyelerinin, görevlerini düzgün bir şekilde yerine getirebilmek için gerekli olan bilgi, muhakeme ve tecrübe çeşitliliğine bir bütün olarak sahip olan üyelere oluşması sağlanmalıdır (Bkz. Commission Recommendation, Section II 13.1). Ayrıca Tavsiye Karar'da bağımsızlığın, yönetim kurulunun kararlarına itiraz edebilecek bağımsız üyelerin yönetim kurulunda bulunmasının genel olarak pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahiplerinin çıkarlarını korumanın bir yolu olarak kabul edildiği belirtilmiştir (Bkz. Commission Recommendation, Article 7). Bunu sağlamak için de bağımsız YK üyelerinin her koşulda bağımsızlığını koruması ve bağımsızlıklarının zedeleneyeceği şeklinde yorumlanabilecek ve makul olmayan herhangi bir menfaat elde etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Türk hukukunda ise Tavsiye Karar'da belirtilen bu hususlar, üyenin bağımsız karar vermesini sağlayacak birtakım niteliklere sahip olması gerektiği şeklinde ayrı bir kriter olarak öngörülmüştür.

Üyenin şirketle ilişkisine dair kriterler hükümde daha kapsamlı sayılmıştır⁷⁷¹. KYİ kapsamında üyenin şirketle ilişkisi kapsamında öngörülen ilk kriter, üyenin şirketin yönetim kurulunda son on yılda altı yıldan fazla YK üyesi sıfatıyla görev yapmamış olması⁷⁷², yine şirketin veya şirketin yönetim kontrolünü elinde tutan pay sahiplerinin yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin üçten fazlasında ve borsada işlem gören şirketlerin toplamda beşten fazlasında bağımsız YK üyesi olarak görev almamış olmasıdır⁷⁷³. Üyenin şirketle ilişkisi kapsamında öngörülen diğer bir kriter son beş yılda şirketin denetimi, derecelendirmesi ve danışmanlığı olmak üzere, şirketin önemli ölçüde hizmet veya ürün aldığı veya sattığı şirketlerde bu dönemlerde % 5 ve üzeri paya sahip ortak konumunda olmaması, YK üyesi veya önemli yetkilere sahip yönetici pozisyonunda çalışan olmamasıdır⁷⁷⁴. KYİ’de sayılan kriterlere üyenin yakınları dâhil edilmemiştir⁷⁷⁵. Bu nedenle çevrenin dar tutulması yerinde olmamıştır⁷⁷⁶. Nitekim kişinin yakınlarının da şirketin denetimini yapan bir kuruluştaki görev alması; şirketin önemli ölçüde ticari ilişkide bulunduğu şirketlerde kilit yönetici pozisyonuna sahip olması bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Açıkça kriter olarak sayılmamış olması, bu hususun göz ardı edilmesi ihtimalini arttırmaktadır. Diğer bir kriter olarak bağımsız YK üyesinin, şirket, şirketin kontrolüne sahip olan ya da önemli derecede etkide bulunduğu şirketler veya pay sahipleri ve bu pay sahiplerinin kontrol yetkisine sahip olduğu tüzel kişilerde kendisinin, eşinin veya ikinci dereceye kadar hısımlarının son

⁷⁷¹ Bunlar, AB Tavsiye Kararı’nda sayılan ölçütler ile nispeten benzerlik göstermektedir.

⁷⁷² KYİ 4.3.6. g.

⁷⁷³ Bkz. KYİ 4.3.6.ğ. AB Tavsiye Kararı’nda son beş yıl içinde şirketin ya da ilişkili olduğu başka bir şirketin icracı yöneticisi olmaması, şirkette üç dönemden uzun süre (ya da on iki yıldan fazla) icracı olmayan üye olarak görev almamış olması ya da şirket veya ilişkili olduğu bir diğer şirketle son bir yıl içinde yönetici olarak çalışmamış olması gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi KYİ’de AB Tavsiye Kararı’nda yer alan kıstaslara göre kapsam ve süre olarak daha farklı nitelikler benimsenmiştir.

⁷⁷⁴ KYİ 4.3.6. b.

⁷⁷⁵ Tavsiye Karar’da benzer bir kriter olarak son bir yıl içinde şirketle doğrudan ya da ilişkili olduğu diğer bir şirketle doğrudan veya pay sahibi, yönetici, kıdemli çalışanı olarak önemli bir ilişki içerisinde olmaması koşulu bulunmaktadır⁷⁷⁵. Tavsiye Karar’da belirtilen kıstasların daha katı ve kapsamlı olduğu görülmektedir. Ayrıca Tavsiye Karar’da belirtilen tüm bağımsızlık kıstaslarının yöneticilerin veya bu ölçütlerde sayılan kişilerin yakın aile üyeleri için de geçerli olduğu belirtilmiştir (Bkz. Commission Recommendation, Annex II, Article 1). Burada belirtilen iş ilişkileri, önemli bir mal veya hizmet (mali, hukuki, danışmanlık veya danışmanlık hizmetleri dâhil) tedarikçisinin, önemli bir müşterinin ve şirketten veya grubundan önemli katkılar alan kuruluşların durumlarını kapsamaktadır (Bkz. Commission Recommendation, Annex II, Article 1. e).

⁷⁷⁶ Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. Çağlar Manavgat, “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler”, **BATİDER**, C. 30, S. 1, 2014, s. 46.

beş yıl içerisinde önemli görev ve sorumluluklar üstlendiği yönetici pozisyonunda istihdam ilişkisi kurmamış olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁷⁷. KYİ’de şirketin kontrol gücüne sahip olduğu ve önemli etkiye sahip olduğu şirketler denilerek, şirketin bağlı kuruluşları ile diğer etkileşim içinde olduğu grupların belirli ölçüde kapsama dâhil edildiği görülmektedir. Bu kriterde ayrıca pay sahibi olunmasına ilişkin de bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, son beş yıl içinde bağımsız YK üyesinin kendisi ile eşi ve ikinci dereceye kadar hısımlarının görev yapacağı şirketle sermaye ve oy haklarının veya imtiyazlı payların % 5’inden fazlasına tek başına veya birlikte sahip olmaması ve önemli nitelikteki ticari ilişkiye girmemiş olması gerekir. Öğretide burada akrabalık sınırının ikinci dereceye kadar öngörülmesi nedeniyle dar tutulması ve beş yıl süre ile sınırlandırılması eleştirilmiştir⁷⁷⁸. Son kriter olarak YK üyesi seçilen tüzel kişinin temsilcisi olarak tescil ve ilan edilmemiş olma koşulu getirilmiştir. Bu koşul AB Tavsiye Kararı’nda yer almamaktadır. Ancak KYİ’de yer alması yerinde olmuştur. Bu şart aynı zamanda ilişkili taraf işlemine ilişkin prosedürde oydan yoksunluk sebebi teşkil etmektedir.

Tavsiye Karar’da, bağımsız YK üyelerinin karar alırken ve eylemde bulunurken her koşulda bağımsızlığını koruması ve bağımsızlığından ödün vermesi şeklinde değerlendirilebilecek makul olmayan herhangi bir menfaat talebinde bulunmaması veya kabul etmemesi ve muhalefetini açıkça ifade etmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷⁹. Bu hüküm de bağımsızlık kavramının durağan olmadığını, bağımsız YK üyesinin görevini ifa ederken her durumda bağımsız olma vasfının gerektirdiği gibi davranmasının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ KYİ 4.3.6. a.

⁷⁷⁸ Odman Boztosun, **Bağımsız YK Üyeliği**, s. 66-67. AB Tavsiye Kararı’nda ise hâkim pay sahibi olmama veya hâkim pay sahiplerini temsil etmeme, son üç yıl içerisinde şirket ya da ilişkili olunan diğer bir şirket tarafından istihdam edilmemiş olma ve şirketle ya da ilişkili olduğu diğer bir şirketle son bir yıl içerisinde pay sahibi, yönetici, kıdemli çalışan olarak önemli bir iş ilişkisi içerisinde olmama ölçütü bulunmaktadır. Tavsiye Karar’daki belirtilen bu kıstaslar yöneticilerin ve sayılan kişilerin yakın aile üyeleri için de geçerlidir. (AB Komisyonu tarafından yayımlanan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporu’nda, bağımsız YK üyeliği için şirket tarafından bağımsız üye olarak atanmadan önceki beş yıl içerisinde istihdam edilmemiş olması önerilmiştir. Ancak bu raporda şirket ifadesi ile şirketin tüm bağlı kuruluşlarının, grup şirketlerini, holding şirketlerini ve olası diğer iştirakleri içermesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Report Of The High Level Group Of Company Law Experts, s. 62-63).

⁷⁷⁹ Bkz. Commission Recommendation, Annex II Article 2.

⁷⁸⁰ Manavgat, **Bağımsız YK Üyeleri**, s. 48-49.

Bağımsız YK üyesinin şirket ile olan ilişkisinde taşımaması gereken bu kriterler, kişilerin ilişkili taraf sayılması için aranan koşullarla benzerlik göstermektedir. Örneğin özellikle, kişinin ve akrabalarının şirket üzerine kontrole sahip olması veya önemli etkiye bulunması, kilit yönetici pozisyonunda çalışması aynı zamanda ilişkili taraf sayılması için aranan kriterlerdir.

(b) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Onaylama Usulü

İlişkili taraf işlemine ilişkin alınacak YK kararının uygulanabilmesi için genel nisaba ek olarak karara bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy vermiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla YK kararının geçerli olması için tamamlayıcı unsuru bağımsız YK üyelerinin onayı oluşturmaktadır.

Burada bağımsız YK üyelerinin ayrı bir kurul şeklinde toplanıp karar vermesi öngörülmemiş, YK kararında verecekleri oylara bir sonuç bağlanmıştır. Bu nedenle YK kararında nisap ne olursa olsun, bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu onaylamadıkça işlem onaylanmamış kabul edilecektir. Örneğin beş kişilik bir yönetim kurulunda iki kişi bağımsız YK üyesi ise ve dört üye karara olumlu oy vermiş olsa bile bağımsız üyelere biri karara olumsuz oy vermişse işlem onaylanmamış sayılır. Burada bağımsız YK üyelerinin muhalif kalarak kararı uygulamama olanağı bulunmaktadır⁷⁸¹. Bir anlamda bağımsız YK üyelerine işlemin uygunluğuna karar verme yetkisi tanınmıştır.

Payları borsada işlem gören anonim şirketler için KYİ 4.3.3'te YK içerisinde bağımsız üyenin yer alması zorunlu tutulmuş ve ayrıca bağımsız üye sayısına ilişkin asgari koşullar getirilmiştir. Bu nedenle payları borsada işlem gören şirketlerde yönetim kurulunda bağımsız YK üyesi bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır. KYİ 4.3.4'te, asgari bağımsız YK üye sayısının nasıl olacağı da belirtilmiştir. Bu ilkeye göre, bağımsız YK üye sayısının toplam üye sayısının üçte birinden az olmaması ve her durumda da bağımsız üye sayısının ikiden az olmaması gerekmektedir⁷⁸². Bu nedenle bir yönetim kurulunda en az iki bağımsız üye bulundurulması şarttır. Bağımsız üye sayısının hesabında kusur olması halinde ise izleyen tam sayı esas alınacaktır.

⁷⁸¹ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 112, dn. 164.

⁷⁸² KYT m. 6'da, bankaların bağımsız YK üye sayısının en az üç olmak kaydıyla bankaların takdirinde olduğu düzenlenmiştir.

Bağımsız üye sayısının toplam üye sayısı içinde daha fazla olması sağlanmaya çalışılmıştır⁷⁸³. Örneğin yedi üyeden oluşan yönetim kurulunda en az üç üyenin bağımsız üye olması gerekir. İlişkili taraf işlemlerinde bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onayı gerektiği için de böyle bir olasılıkta, en az iki bağımsız üyenin olumlu oy vermesi gerekir.

Ancak belirtelim bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylaması şart koşulduğu için bu hesap toplantıya katılıp katılmalarına göre değil olması gereken bağımsız YK üye sayısına göre yapılır. Bu halde, genel kurulda bağımsız YK üyesi olarak öngörülen sayı esas alınmalıdır, eğer bu sayı KYİ’de öngörülen asgari sayıya uygun değilse KYİ’de öngörülen sınıra göre hesap yapılmalıdır. Örneğin genel kurul, yedi kişilik YK üyeliği için dört üyenin bağımsız üye olması yönünde karar alabilir. Bu halde, bağımsız üye dört kişildiği için kararın da üç kişi ile onaylanmış olması gerekir. Bununla birlikte eğer genel kurulda bir sayı belirlenmemiş ise KYİ’deki asgari sayı esas alınmalıdır. Bu halde bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun onayının geçerli olabilmesi için KYİ’de öngörülen asgari sayıda üyenin bulunması da aranır. Aksi halde usulüne uygun alınmış bir kararın varlığından söz edilemeyecektir.

Genel kurulda öngörülen ya da KYİ’de belirtilen asgari sayılarda bağımsız YK üyesinin olmaması ya da bağımsız üyeliğin boşaldığı durumlarda onay prosedürünün nasıl gerçekleştirilebileceği hususu da ayrı bir sorun oluşturmaktadır.

Esasen KYİ’de bağımsız üyeliğin boşalması halinde izlenmesi gereken süreç açıklanmış ve genel kurulda yeni üye seçilene kadar boşluğun YK tarafından seçilecek üyeye doldurulacağı belirtilmiştir. Buna ilişkin esaslar KYİ 4.3.8’de belirlenmiştir. Bağımsız üyeliğin boşalması halinde, otuz gün içerisinde aday belirleme komitesinin aday listesi hazırlayıp yönetim kuruluna sunması ve bu aday listesinin SPK’ya otuz gün içinde bildirilmesi ve SPK’nın da yirmi gün içinde olumsuz görüşü olması halinde bunu şirkete bildirmesi gereklidir. Yönetim kurulu, SPK’nın olumsuz görüş bildirmediği adaylar arasından ilk genel kurula kadar görev yapacak üyeyi seçmiş olmaktadır⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 111-112.

⁷⁸⁴ KYİ 4.3.7 uyarınca bağımsız YK üyeleri aday gösterme komitesi tarafından teklif edilen ve SPK tarafından olumsuz görüş bildirilmeyen adaylar arasından seçilir. (Gösterme Komitesinin nasıl

Boşalan bağımsız YK üyeliğinin en hızlı şekilde doldurulması amaçlansa da komite tarafından aday listesi hazırlanmasına ve SPK'nın görüş bildirme sürecinin tamamlanmasına kadar üyelik, belirli bir süre boş kalmaya devam etmektedir. Bu gibi hallerde, bağımsız üye sayısı tamamlanmış olmadığı için ilişkili taraf işleminin onaylanmasının gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce yönetim kurulunun bağımsız üye eksikliği olması durumunda ilişkili taraf işlemine ilişkin onay prosedürünü işletmek için bu eksikliği tamamlamayı beklemek ve eksiklik tamamlandıktan sonra işlemin esasına ilişkin karar almak gereklidir. Bu esasen olması gerekendir. Zira SerPK'da ve KYT'de aşamalı onay safhasının öngörülmesindeki temel amaç, bağımsız YK üyelerinin vereceği olumlu ya da olumsuz oylarına ilişkin gerekçelerinin KAP'ta duyurulmasıyla kamunun gereği gibi aydınlatılmasını ve pay sahiplerinin kararlarını bağımsız YK üyelerinin yaklaşımını görerek oluşturmalarını sağlamaktır. Pay sahiplerinin kararlarında, bağımsız üyelerinin oyları ve gerekçeleri önemli etkiye sahiptir. Bağımsız üye boşluğunun doldurulmasının beklenebileceği ve acele olmayan işlemlerde kanımızca üye sayısına ilişkin boşluğun ivedilikle tamamlanarak YK onay safhasının usulüne uygun şekilde yerine getirmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ancak sadece bağımsız üye eksikliğinin tamamlanamadığı veya işlemin acele yapılmasının zaruri olması

oluşturulacağı hususu KYİ 4.5'te düzenlenmiştir. AB Komisyonu'nun Tavsiye Kararı'nda komitelerin temel amacı kararların gereken değerlendirmeye dayandığından emin olarak alınmasını ve almış olduğu kararların maddi çıkar çatışmalarından arınmasını sağlayarak kurulun etkinliğinin artırılmasında yardımcı olmak olduğu belirtilmiştir. (Bkz. Commission Recommendation, Section II Article 6.1). Ayrıca Aday Komitesi ile ilgili AB Tavsiye Kararı'ndaki öneriler için bkz. Commission Recommendation, Annex II Article 2). Tavsiye Karar'da yer alan komitelerle ilgili düzenlemelerle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Sayın Gündüz, **a.g.e.**, s. 44-45; Özkorkut, **a.g.e.**, s. 120-123). KYİ 4.3.7'ye göre aday gösterme komitesinin, bağımsız YK üyesi aday tekliflerini, adayların bağımsızlık kriterlerini karşılayıp karşılamadığını nazara alarak değerlendirmeli ve bu değerlendirmelerini yönetim kurulunun onayına sunması gerekmektedir. Adayların aday gösterildiği sırada komiteye, bağımsız YK üyeliği için ilgili mevzuat ve esas sözleşmede yer alan kriterler uyarınca bağımsız olduğuna ilişkin yazılı bir beyan sunması gerekmektedir. Yönetim kurulu aday komitesinin raporu çerçevesinde hazırlamış olduğu bağımsız aday listesini genel kurul toplantısından en az altmış gün önce SPK'ya bildirmekle yükümlüdür. Kurul'un bu listeyi KYİ 4.3.6 uyarınca değerlendireceği ve liste hakkında olumsuz görüşü olması durumunda otuz gün içinde bunu bildireceği belirtilmiştir. Kurul'un olumsuz görüş belirttiği adaylar genel kurula bağımsız YK üyesi adayı olarak önerilemeyecektir. Bağımsız aday listesi ile birlikte adaylığı Kurul tarafından kabul edilmeyen adayların en geç genel kurul toplantısının ilanıya beraber KAP'ta açıklanması gerekir. Bağımsız YK üyesi seçimine ilişkin genel kurul kararı karşı oylar ve gerekçeleriyle birlikte şirketin internet sitesinde kamuya açıklanır.

nedeniyle tamamlanmasının beklenemeyeceği hallerde bağımsız üye boşluğunun doldurulmaması haklı görülmelidir. Bu hallerde de yine yönetim kurulunun esasa ilişkin karar alması ve bağımsız YK üyelerinin onayının neden alınmadığı hususunun KAP'ta gerekçesiyle birlikte açıklanması gereklidir. Bu safhanın ivedi olmayan hallerde üyelik boşluğundan bahisle doğrudan atlanabilmesi mümkün olmamalıdır.

Bağımsız YK üyelerinin yönetim kurulunda yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın bağımsız üyenin kurulda hiç bulunmadığı durumların olması da muhtemeldir. Bağımsız YK üyelerinin hiç seçilmediği hallerde, YK tarafından doğrudan üye seçilmesi imkânı yoktur. Bu hallerde, buna ilişkin eksikliğin genel kurulda tamamlanması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda, ilişkili taraf işlemine ilişkin prosedürün nasıl işletilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu hususta öğretide bağımsız YK üyelerinin çoğunluğun oy kullanamayacağı her durumda, bir sonraki safha olan genel kurul aşamasına geçilmesi ve genel kurulun onayı ile sürece devam edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸⁵. Yazarın bu görüşü kapsamında, bir sonraki safhaya geçilmesi ile bir önceki safha olan YK onayı ve KAP'ta açıklama prosedürünün hiç uygulanmayacağını mı kastetmiş olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak kanaatimizce bağımsız yönetim kurulunun hiç olmadığı ve haliyle çoğunluğunun onayının alınamayacağı durumlarda, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi doğrudan ikinci aşama alan genel kurul onayına geçilmesi mümkün değildir. Bağımsız üyelerinin onayının alınamayacağı aşikâr olsa da yine ilişkili taraf işleminin esasını belirleyen yönetim kurulunun karar alınmasına ve KAP'ta usulüne uygun açıklamanın yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak bu safhanın tamamlanması akabinde genel kurula gidilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bağımsız YK üyesi olmadığından bahisle yönetim kurulunun bir önceki safhayı atlayarak doğrudan işlemi genel kurulun onayına sunması hükmün amacıyla da bağdaşmamaktadır.

⁷⁸⁵ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 274-275; Mehmet Ali Aksoy, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, **TFM**, S. 3, C. 2, 2017, s. 28-29; Cankat, **a.g.e.**, s. 330.

(c) Onay Safhasında Yönetim Kurulu Üyelerinin Oydan Yoksunluğu

İlişkili taraf sayılan YK üyelerinin YK kararı alınırken oy kullanmalarını yasaklayan bir düzenleme SerPK m. 17/3'te yer almamaktadır. KYT m. 9'da ise ilişkili taraf işleminin esasına ilişkin alınacak YK kararlarında ilişkili taraf niteliğinde olan üyelerin oy kullanması yasaklanmıştır. Bu yasak, hem bağımsız üyeleri hem de diğer YK üyelerini kapsamaktadır. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde de ilişkili taraf işleminin tarafı olan yöneticilerin oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bu yönüyle Türk hukukundaki yaklaşım Yönerge ile uyumludur. Ancak bu yöndeki bir sınırlamanın Kanun'da öngörülmeyp ikincil düzenlemede yer alması normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil ettiği belirtilmelidir. Diğer taraftan, bu yöndeki bir sınırlamaya SerPK m. 17'de yer verilmemiş olsa da TTK m. 393'ün burada uygulama alanı bulacağı hususu göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁸⁶. SerPK'da oydan yoksunluğa ilişkin ayrıca bir hükme yer verilmediği için KYT m. 9'da yer alan oydan yoksunluğa ilişkin düzenleme TTK m. 393 hükmünün uygulama alanını ortadan kaldırmamaktadır.

KYİ'de sayılan kriterler, bağımsız YK üyesinin seçilirken bağımsız olmasına yönelik nitelikleri sıralamış ancak görev sırasında bağımsız olmasını sağlayacak kriterler sayılmamıştır. Ancak bununla birlikte bağımsızlığı ortadan kaldıran bir durum ortaya çıktığında ne yapılması gerektiği KYİ 4.3.8'de düzenlenmiştir. Buna göre, bağımsızlığı zedeleyen bir durum ortaya çıktığı takdirde, üyenin bunu gerekçesiyle birlikte KAP'ta açıklanması için hemen yönetim kuruluna bildirmesi ve ilke olarak da istifa etmesi gerekmektedir. Üyenin durumu yönetim kuruluna bildirmesi ile eş zamanlı olarak bu durumu SPK'ya da yazılı olarak iletmesi gerekmektedir. Burada belirtilen süreç, bağımsızlığı kalıcı olarak ortadan kaldıran durumlar için geçerlidir. Bağımsızlığı geçici olarak ortadan kaldıran somut bir olayın olması durumunda ne yapılması gerektiğine ilişkin KYİ'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bağımsız üyenin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi

⁷⁸⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 282; Evlek, **a.g.m.**, s. 446; Cankat, **a.g.e.**, s. 286,328.

için bağımsızlığın geçici olarak ortadan kalktığını yönetim kuruluna bildirmesi ve bu durumun ayrıca yatırımcılara da açıklanması gereklidir⁷⁸⁷. Bununla birlikte bağımsızlığı geçici olarak ortadan kaldıran bu durum, TTK m. 393 kapsamında sayılırsa bu hüküm gereği de üyenin oy kullanmaması gerekir.

KYT m. 9'da sadece ilişkili taraf niteliğinde olan üyelerin oy kullanamayacağından bahsedilmekte, müzakereye katılıp katılmamaları konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. TTK m. 393'te ise YK üyesinin hem müzakerelere katılamayacağı hem de oy kullanamayacağı öngörülmüştür. İlişkili taraf işleminin esasına ilişkin alınacak kararlarda da üyelerin müzakerelere katılamayacağı hem TTK m. 393 hükmü gereği hem dürüstlük kuralı gereği kabul edilmelidir⁷⁸⁸. Nitekim ilişkili taraf niteliğinde olan üyeler müzakerelere katılmaları halinde tarafsız olamayacak, müzakeredeki konuşmalarıyla diğer üyeleri de yönlendirerek şirketin ve pay sahiplerinin zararına olacak bir ilişkili taraf işleminin onaylanmasına sebep olabileceklerdir. İlişkili taraf işlemlerinde YK üyelerine oy kullanma yasağı getirilerek, kararların hiçbir etki altında kalınmaksızın alınabilmesi ve karar alınırken şirket ve pay sahipleri açısından makul, adil ve onların zararına olup olmadığının gereği gibi değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle buradaki oy yasağı da hem müzakerelere katılamama hem de oy kullanamama şeklinde yorumlanmalıdır.

TTK m. 393, YK üyelerinin tarafsız olamayacağı hallerde şirketin çıkarlarını koruyamayacağı düşüncesinden hareketle getirilmiş bir hükümdür ve bu nedenle oldukça kapsamlı ele alınmıştır. KYT m. 9'daki oydan yoksunluğa ilişkin düzenlemede ise sadece ilişkili taraf niteliğinde olan üyelerin oy kullanamayacağı belirtilmekte, ilişkili taraf olmayan ancak ilişkili taraflarla ilişkisi nedeniyle tarafsız oy kullanamayacak olan üyelerin oy kullanıp kullanamayacağı hususunda sessiz kalınmaktadır. SerPK m. 17/3'te YK üyelerinin oy yasaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemişse de genel kurulda oy kullanacak pay sahipleri yönünden oydan yoksunluğa ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, ilişkili taraf işlemlerinin onaylanacağı genel kurullarda işlemin tarafları ile bunlarla ilişkili kişiler oy

⁷⁸⁷ Manavgat, **Bağımsız YK Üyeleri**, s. 50-51.

⁷⁸⁸ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 278.

kullanamayacaktır. Görüldüğü üzere burada işlemin tarafları dışında bu ilişkili taraflarla ilişkili olanlar da oydan yoksun sayılmıştır. Genel kurul için öngörülen bu yasağın YK üyeleri için öngörülmemesinde haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Örneğin Alman hukukunda da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin gözetim kurulunun onay safhasında, ilişkili taraf niteliğinde olan veya ilişkili tarafla ilişkileri nedeniyle çıkar çatışması yaşadığından endişe duyulan üyelerin oy kullanamayacakları açıkça düzenlenmiştir⁷⁸⁹. Bu nedenle KYT m. 9'da öngörülme ve atlanılan hususların da TTK m. 393 kapsamında yasak kapsamında sayılması ve ilişkili taraflarla ilişkileri olan kişilerin de oydan yoksun olduğu kabul edilmelidir. Buradaki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak kararlarda TTK m. 393 hükmünün uygulanması, hükmün kapsamının geniş tutulmuş olması nedeniyle üyelerin oy kullanamayacağı çevrenin geniş tutulmasına yol açacak ve böylece korunmak istenen menfaate daha uygun olacaktır. Ayrıca bu hükmün ilişkili taraf işlemlerinin esasına ilişkin alınacak kararlarda esas alınarak üyelerin oydan yoksunluk hallerinin bu hüküm temelinde belirlenmesi pay sahiplerinin menfaatini korunmasında da olumlu etkisi olacaktır.

TTK m. 393 hükmüne göre, YK üyesinin kendisinin şirket dışı menfaatiyle veya yakınlarından birinin kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere ve oylamaya katılması yasaktır. Burada yönetim kurulunun yakınları da geniş tutulmuş üyenin eşi, alt soyu ve üst soyu ile üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları da bu kapsamda sayılmıştır. Ayrıca maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yönetim kurulunun müzakereye katılmama ve oy kullanmamasına yönelik bu yasağın, dürüstlük kuralının gereği olan hallerde de uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu sınırlama, ilk cümlede sayılan kişi ve hususlarla sınırlı tutulmamış; dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak her durumda üyelerin müzakerelere katılamayacağı da kabul edilmiştir⁷⁹⁰. İlişkili taraf işlemleri şirket içi menfaat gereği olabileceği gibi şirket dışı menfaat için de olabilmektedir; bu nedenle çoğu zaman dürüstlük kuralı gereği üyelerin müzakerelere katılamayacağı kabul edilecektir.

⁷⁸⁹ Bkz. AktG §111b(2).

⁷⁹⁰ Detaylı açıklamalar için bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 496-497.

TTK m. 393'te oydan yoksunluk halinin geniş ve dürüstlük kuralı temelinde düzenlenmesi, TMS 24 kapsamında belirlenen ilişkili taraf çevresinin dar tutulduğu hallerde önem arz etmektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere TMS 24'te ilişkili taraf sayılan bir kişinin yakın aile üyeleri de şirketle ilişkili sayılmaktadır. Ancak yakın aile üyeleri; yapılacak işlem üzerine etkisi olabilecek ya da işlemten etkilenebilmesi beklenerek aile üyeleri şeklinde tanımlanarak bu aile üyelerinin bireyin eşi, çocukları, eşinin çocukları ve bireyin veya eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler olduğu belirtilmiştir. Burada belirtilenler sınırlı olarak sayılmamış olsa da kişinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerine işaret edilerek birçok hısımla da kapsam dışı bırakılmıştır⁷⁹¹. Bu kapsamda kişinin kararlarında etkisi olabilecek ama bakmakla yükümlü olmadığı yakınlarına örnek olarak kardeşi, kayın babası veya yeğenleri gösterilebilir. Yine kişinin nişanlısı da buna örnek gösterilebilir. Kişinin nişanlısı TMS 24'te ilişkili taraf olarak sayılmamıştır. Ancak nişanlının da TTK m. 393 uyarınca dürüstlük kuralı gereği müzakerelere katılamayacağı kabul edilmelidir⁷⁹². İlişki taraf sayılan kişinin bakmakla yükümlü olmadığı yakın akrabaları TMS 24 kapsamında ilişkili taraf sayılmasa da bu kişiler o işlemle ilgili karar alırken, şirketin üstün çıkarlarını koruyamayacağı ve özgür iradesiyle etki altında kalmaksızın karar veremeyeceği endişesi uyandıracaktır. Bu nedenle TMS 24 kapsamında ilişkili sayılmasa da TTK m. 393 kapsamında ilişkili taraf işlemine ilişkin kararda dürüstlük kuralı gereği tarafsız olamayacağı anlaşılan YK üyelerinin oy kullanamayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle işlem YK üyelerinin TTK m. 393 kapsamında sayılan yakınlarını ilgilendiriyor ya da üyenin dürüstlük kuralı gereği tarafsız kalamayacağı anlaşıyorsa, üye, bunu kurula bildirmeli ve müzakereye katılmamalıdır. Sonuç olarak ilişkili taraf işlemine dâhil olan veya ilişkili taraflarla ilişkileri nedeniyle çıkar

⁷⁹¹ TMS 24 ile ilgili açıklamalarımız için bkz. § 2/I.

⁷⁹² Öğretide TMS 24 kapsamında nişanlının ilişkili taraf kabul edileceği ve TTK m. 393'te sayılan kişilerden biri olmasa da nişanlının müzakerelere katılamayacağının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Bkz. Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 28). Ancak belirtelim ki, TMS 24 kapsamında nişanlı doğrudan ilişkili taraf olarak sayılmamaktadır. İAS 24'te de hayat arkadaşı ilişkili taraf olarak kabul edilmekte bunun için de genel yaklaşım aynı evi paylaşmaları halinde hayat arkadaşı sayılacağı yönündedir. TMS 24'te ise hayat arkadaşı kapsama alınmamıştır. Kaldı ki bizim toplum düzeni kapsamında nişanlılık her durumda hayat arkadaşı kapsamında sayılacak bir statü değildir. Bu nedenle TMS 24 kapsamında hayat arkadaşlarının da ilişkili taraf sayılması temennimiz olmakla birlikte mevcut düzenlemeler ışığında nişanlıların ilişkili taraf sayılamayacağını da belirtmek gerekir.

çatışması olacağından endişe duyulan YK üyelerinin oy kullanamayacağı kabul edilmelidir.

Öğretide kişinin TTK m. 393'te sayılan yakınları arasında yer alması da ilişkili taraf sayılan kişi tarafından aday gösterilmesi neticesinde seçilen üye olması halinde de dürüstlük kuralı gereği oy kullanamayacağı ileri sürülmüştür⁷⁹³. Ancak kanımızca bu sonuç sadece TTK m. 360 bağlamında aday gösterilen üyeler yönünden kabul edilmelidir. Aksi halde pay sahiplerinin YK üyesi seçme hakkına bir anlamda bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.

Yine tüzel kişi YK üyesi adına seçilip tescil ve ilan edilen kişinin de ilişkili taraf işlemine ilişkin alınacak kararda oy kullanmaması, kendisi veya temsil ettiği tüzel kişi bakımından dürüstlük kuralı gereği gerekliyse bu hallerde bu kişinin YK toplantısında oy kullanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Bu husus KYİ'de, bağımsız YK üyelerinin sahip olması gereken kriterleri arasında sayılarak üyelerin YK üyesi olarak seçilen tüzel kişi adına tescil ve ilan edilmemiş olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹⁴.

TTK m. 393 uyarınca YK üyelerinin, menfaat uyuşmazlığının diğer YK üyeleri tarafından bilinmediği hallerde bunu açıklamak ve yasağa uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırı davranan üyeler ve menfaat çatışmasının bilinmesine rağmen üyenin müzakerelere katılmasına itiraz etmeyen diğer üyeler, bu sebeple şirketin uğrayacağı zararlardan sorumlu olur. İlişkili taraf işlemlerinin müzakeresinde de ilişkili taraf niteliğinde olan veya dürüstlük kuralı gereği katılmaması gereken bir üyenin müzakereye katılması ve oy kullanması halinde de bu üyenin ve bildiği halde sessiz kalan diğer üyelerin şirketin uğrayacağı zarardan sorumlu olacakları sonucuna varılmalıdır⁷⁹⁵.

TMS 24 kapsamında kilit yönetici personel kapsamında sayılan yöneticiler ilişkili taraf sayılmaktadır. Ancak oy yasağı sadece o işlem bazında değerlendirilerek belirlenecektir. Dolayısıyla doğrudan her ilişkili taraf işleminde şirketle TMS 24 kapsamında ilişkili sayılan üyelerin oy kullanamayacağı sonucuna varılamayacak, o

⁷⁹³ Manavgat, **Halka Arz**, s. 282; Cankat, **a.g.e.**, s. 329.

⁷⁹⁴ Bkz. KYİ 4.3.6 (h).

⁷⁹⁵ Manavgat, **Halka Arz**, s. 282. Benzer yönde bkz. Cankat, **a.g.e.**, s. 295.

ilişkili taraf işlemi kapsamında şirketin ilişkili tarafı olması ya da ilişkili olan kişiyle ilişkisi nedeniyle oy kullanamayacağı kabul edilecektir.

(d) İşlemin Onaylanması

İşleme ilişkin alınacak YK kararını, bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu onaylamış ise işleme ilişkin onay safhası tamamlanmış olur. Bu halde ayrıca genel kurulun onayına ihtiyaç bulunmamaktadır. İşleme ilişkin onay alındığı için bu aynı zamanda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün de tamamlanması anlamına gelir. Yönetim kurulunca usulüne uygun olarak işlemin yapılmasına karar verildiği için işlemin yapılmasından sonra buna ilişkin KYT m. 9/6 gereğince KAP'ta duyuru yapılması gerekir.

(4) İşlemin Onaylanmaması Halinde KAP'ta Açıklama Yapılması

Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde, SerPK m. 17/3'te ve KYT m. 9/3'te, bu durumun işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulacağı ve işlemin genel kurulun onayına sunulacağı düzenlenmiştir.

İşlemin bağımsız yönetim kurulunca onaylanmaması halinde gerçekleştirilebilmesi için ilk önce bu durumun işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde KAP'ta açıklanması gerekir. Burada Pay Sahipliği Yönergesi'nden ve incelediğimiz AB ülkelerinden farklı olarak ayrı bir açıklama yükümlülüğü getirilmiştir. Daha önce ele aldığımız üzere Yönergesi'de işlemin onaylanması akabinde açıklama yükümlülüğü öngörülmüş; işlemin onaylanmaması halinde ise herhangi bir açıklama yükümlülüğüne yer verilmemiştir. Türk hukukunda da işlemin gerçekleştirilmesi durumunda açıklama gerekliliği getirilmiş; ancak bunun dışında işlemin bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu tarafından onaylanmaması halinde KAP'ta açıklanması öngörülerek, işlem tamamlanmasından önce ayrı bir açıklama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yönüyle Türk hukukundaki düzenleme AB mevzuatından ayrılmıştır.

İşlemin onaylanmamasına ilişkin durumun ve işleme ilişkin yeterli bilginin KAP'ta açıklanması gerekmeyle birlikte işleme ilişkin yeterli bilgi ile neyin kastedilmiş olduğu açık değildir. Ancak burada genel kurulun onayından önce

açıklama gerekliliği öngörülmesi ile özellikle pay sahiplerinin karar vermesini sağlayacak nitelikte bilgilerin açıklanması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle KAP'ta açıklanacak duyuru, pay sahiplerinin karar vermesini ve kamunun bilgilenmesini sağlayacak şekilde işleme ilişkin yeterli bilgi içermelidir. Bu kapsamda işlemin taraflarının ve işlemin yapılmasındaki amacın, işlemin nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin gerekli bilgilerin, değerlendirme raporunda belirtilen hususların ve işlemin şirkete ve pay sahiplerine olası etkilerinin mutlaka yer alması gereklidir⁷⁹⁶. SerPK'da ve KYT'de bağımsız YK üyelerinin onaylamaması durumunun açıklanması da özellikle belirtildiği için; açıklamada, kontrol unsuru olarak öngörülen bağımsız YK üyelerinin karara muhalif kalma gerekçeleri mutlaka yer almalıdır⁷⁹⁷. Diğer taraftan şirketin pay sahiplerinin kararları üzerinde etkiye sahip olduğu için olumlu yönde oy kullanan bağımsız YK üyelerinin de varsa gerekçelerine bu duyuruda yer verilmelidir⁷⁹⁸.

(5) Genel Kurul Onayının Alınması

İlişkili taraf işleminin onaylamadığı hususunun KAP'ta duyurulmasının ardından işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekir. İşlemin gerçekleştirilebilmesi için son aşama olarak genel kurulun onayına ihtiyaç bulunmaktadır.

SerPK'da ve KYT'de genel kurulun kararı alınırken uyulması gereken esaslar açıklanmış ve düzenlemelerde belirtilen esaslara uyulmaksızın alınacak genel kurul kararlarının geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür kapsamında genel kurul kararının alınmasında uyulması gereken özel hususlara aşağıda yer verilmiştir.

i. Genel Kurul Toplantısına İlişkin Usul

Anonim şirketlerin genel kurul toplantılarının nasıl yapılacağı hususu Türk Ticaret Kanunu'nda, halka açık anonim şirketler için ayrıca geçerli olacak hükümler ise Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu nedenle SerPK m. 17/3 ve KYT

⁷⁹⁶ Aynı yönde bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 283.

⁷⁹⁷ KYİ 4.4.6 numaralı ilke gereğince de YK üyelerinin muhalif olduğu konulara ilişkin makul ve detaylı karşı oy gerekçelerini toplantı zaptına geçirtmeleri gerekmektedir.

⁷⁹⁸ Manavgat, **Halka Arz**, s. 283.

m. 9'da öngörülmeven hususlarda, genel kurul toplantısına ilişkin TTK ve SerPK'nın genel kurul toplantılarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

SerPK m.17/3 ve KYT m. 9'da genel kurulun nasıl toplanması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu açıdan ilişkili taraf işleminin onaylanmasına ilişkin genel kurul toplantısının hem olağan hem de olağanüstü şekilde yapılması mümkündür. SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9'da nisap ve oydan yoksunluk halleri düzenlenmişse de genel kurul toplantısının çağrı prosedürüne ve gündemine ilişkin ayrıca bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Dolayısıyla payları borsada işlem gören anonim şirketler yönünden uygulanacak esaslar burada da geçerli olacaktır.

Genel kurulda çağrı, gündem ve ilana ilişkin hususlarda esas itibariyle TTK m. 410 ila 414 hükümleri ve SerPK m. 29 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Çağrı ve ilan için TTK'daki esaslar geçerli olmakla birlikte, TTK'dan farklı olarak SerPK m. 29'da genel kurul toplantısı ve gündeminin şirketin internet sitesinde, KAP'ta ve bunlarca SPK tarafından ayrıca belirlenen yerlerde ilan edilmesi ve çağrının ilan ve toplantı günleri hariç olmak kaydıyla genel kurul toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁷⁹⁹. KYİ 1.31'de de şirketin internet sitesinde ve KAP'ta genel kurul toplantı ilanıyla birlikte, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere toplantı tarihinden en az üç hafta önce TTK m. 437 uyarınca pay sahiplerinin incelemesine hazır tutulması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰⁰. Gündem esas itibariyle TTK m. 413'te düzenlenmiştir. Gündem, genel kurulda müzakere edilecek hususları belirler ve istisnalar dışında da gündemde olmayan hususlarda karar alınması mümkün değildir. SerPK'da gündemin nasıl olması gerektiği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemişse de KYİ'de genel kurul toplantı gündemine ve gündem konularının görüşülmesine ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Genel kurulun gündemine ilişkin ilkelerin yer aldığı KYİ 1.3.5-13.6'da, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin uygulamakla yükümlü olduğu ilkeler arasında sayılmıştır⁸⁰¹. Bu itibarla burada belirtilen ilkeler

⁷⁹⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 101.

⁸⁰⁰ KYİ 1.3.1 sayılı ilkeler payları borsada işlem gören şirketlerin uygulamakla yükümlü olduğu ilkeler arasında sayılmıştır (KYT m. 5/1)

⁸⁰¹ KYT m. 5.

ilişkili taraf işlemlerine ilişkin genel kurul toplantılarında da uygulama alanı bulacağından önem arz eder.

KYİ 1.3.5'te belirtilen hususlar gündemin görüşülmesine ilişkin toplantı başkanının gözetmesi gereken genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Toplantı başkanı gündemde yer alan konuların tarafsız ve ayrıntılı olarak açık ve anlaşılır bir şekilde aktarılması konusunda özen göstermeli, pay sahiplerine eşit koşullarda düşüncelerini açıklama ve sorularını sorma olanağı tanınmalıdır. Bu kapsamda toplantı başkanının pay sahiplerinin genel kurulda sorduğu soruların cevaplanması hususunda özen göstermesi ve ticari sır kapsamında olmayan her sorunun cevaplandırılmış olmasını sağlaması gereklidir. Pay sahiplerinin hemen cevaplanması mümkün olmayan sorularının ise on beş gün içerisinde Yatırımcı İlişkileri Bölümü'nce cevaplandırılması gerekmekte ve genel kurul toplantısında sorulan tüm sorularla bunlara verilen cevapların en geç genel kurul tarihinden sonraki otuz gün içinde Yatırımcı İlişkileri Bölümü tarafından şirketin internet sitesinde de kamuya duyurulmalıdır⁸⁰². Bu kapsamda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin gerçekleştirilen genel kurulda pay sahiplerinin tüm sorularının cevaplandırılması ve sorulan her soru ve cevabın da şirket internet sitesinde duyurulması gerekmektedir. İlişkili taraflarla yapılan işlemlerde ticari sır konusunda KYT m. 10'da bir ifadeye yer verilmiş; yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin hazırlanacak raporda, ticari sır niteliğinde olmayan sözleşme unsurlarının açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Ticari sırların korunması genel kaidedir. Bu nedenle KYT m. 9'da açıkça yer bulmamış olsa da sorulan soruların ticari sırları ilgilendirmesi durumunda, genel kaidenin burada da geçerli olduğu kabul

⁸⁰² Bu düzenlemenin esasen pay sahiplerinin TTK m. 437 uyarınca düzenlenen bilgi alma hakkının uygulanmasını sağlamaya yönelik bir düzenleme olduğu ifade edilebilir. KYİ'de yer verilen bu düzenleme, TTK m. 437'deki hükümle uyumla birlikte ondan farklılaşan düzenlemeler de içermektedir. TTK m. 437'de pay sahibinin genel kurulda şirketin işleri hakkında bilgi isteyebileceği ve bunun ancak şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer menfaatlerin tehlikeye gireceği gerekçesiyle reddedilebileceği düzenlenmiş ve reddedilmesi halinde pay sahiplerine dava açma hakkı tanınmıştır. KYİ'de toplantı başkanının yerine getirmesi yükümlülükler temelinde pay sahiplerinin sorularının cevaplandırılmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. KYİ'de de ticari sırlar dışında pay sahiplerinin tüm sorularının cevaplandırılması gerekliliğine işaret edilmiş, hemen cevaplandırılmayan hususların da on beş gün içerisinde cevaplandırılması ve tüm sorularla cevapların yayımlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme TTK m. 437'de genel kurulda bilgi alınmasına ilişkin hükmün uygulanmasına mâni değildir, dolayısıyla pay sahiplerinin sorularının cevaplandırılmaması durumunda TTK m. 437 uyarınca dava açma olanakları bulunmaktadır.

edilmeli, şirketin ticari sırrını ilgilendiren hususların cevaplandırılmasından imtina edilmesi olanağı tanınmalıdır.

KYİ 1.3.6’da, ilişkili taraf işlemlerini ilgilendiren gündemle ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu ilke ayrıca öğretilde, “*ilişkili taraf işlemleri hakkında genel kurulda bilgi verilmesi zorunluluğu*” şeklinde ifade edilmektedir⁸⁰³. Ancak belirtelim KYİ 1.3.6’da bütün ilişkili taraf işlemleri kapsama alınmamış, bu ilke ile sayılan kişilerle sayılan işlemlerin varlığı halinde bu zorunluluk öngörülmüştür. Bu ilke kapsamında “*yönetim kontrolü elinde bulunduran pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, idari sorumlulukları bulunan yöneticilerin ve bunların eş ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarının*” şirket veya bağlı şirketleriyle çıkar çatışmasına yol açabilecek nitelikteki bazı işlemlerine ilişkin genel kurulda karar alınacağı hallerde, bu gündem konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi verilmek üzere ayrı bir gündem maddesi olarak genel kurula alınması ve tutanağa işlenmesi gerekmektedir. Bu kişilerin şirket veya şirketin bağlı şirketleriyle gerçekleştireceği işlemler ise önemli bir işlem yapması ve/veya şirketin veya bağlı şirketlerinin işletme konusuna giren iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapma ya da aynı tür işlemlerle uğraşan başka bir şirkete sorumluluğu sınırsız olan ortak sıfatıyla girme şeklinde sayılmıştır. Görüldüğü gibi bu düzenleme, bazı ilişkili taraf işlemlerini içermekte ve işlemlere ilişkin genel kurulda ayrıntılı bilgi verilmesini ve ayrı ayrı bir gündem maddesi ile görüşülmesini şart koşmaktadır⁸⁰⁴. Bu ilke kapsamında her ne kadar belirli bazı ilişkili taraf işlemleri sayılmışsa da kanaatimizce bütün ilişkili taraf işlemleri için ayrı bir gündem maddesi ile genel kurul gündemine alınması ve genel kurulda bu işlemler hakkında pay

⁸⁰³ Murat Doğu, “Sermaye Piyasası Mevzuatında Kurumsal Yönetim ve İlişkili Taraf İşlemleri Düzenlemeleri”, **TKYD -Kurumsal Yönetim Tebliği Özel Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 39.

⁸⁰⁴ Bahsedilen bu işlemlerin ilişkili taraf işlemi kapsamında kabul görmesi için KYT m. 9’daki eşiği aşması gerekir. Bu ilke ile sayılan kontrole sahip pay sahipleri, YK üyeleri ile kilit yönetici personel sıfatını haiz olan kişiler ile bunların yakınları çoğu zaman ilişkili taraf olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla pay sahipleri ve yöneticilerin ilişkili taraf sayıldığı hallerde bu ilke uyarınca ayrıntılı bilgiye yer verilen ayrı bir gündem maddesi şeklinde gündeme alınması ve genel kurul tutanağına işlenmesi gerekmektedir. Anılan kişilerin yakınları da bu kapsamda sayılmıştır, ancak TMS 24 kapsamında ilişkili taraf sayılan kişilerin yakınlarının da ilişkili taraf sayılabilmesi için hısımlık çevresi dar tutulmuş, kişinin eşi ve çocuklarıyla kişinin bakmakla yükümlü olduğu yakın aile üyeleri bu kapsamda sayılmıştır. Bu nedenle KYİ 1.3.6 uygulaması her zaman ilişkili taraf işlemi kapsamında sayılamayacaktır. İlişkili taraf işlemleri ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. § 2/1/B/1.

sahiplerine bilgi verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira SerPK m. 17/3'te ilişkili taraf işlemlerine ilişkin genel kurulda onay safhası öngörülmüş olması, bu konunun ayrı bir gündem maddesi ile görüşülmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle bütün ilişkili taraf işlemleri için ayrı bir gündem maddesi belirlenmesinin gerekli ve şart olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla KYİ 1.3.6 kapsamına girmeyen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin genel kurul toplantılarında da ayrı bir gündem maddesi olarak ilişkili taraf işlemlerine yer verilmelidir. İlişkili taraf işlemi birden fazla ise bu durumda her biri ayrı ayrı gündem maddesi olarak belirlenmelidir.

ii. Toplantı Nisabı

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin genel kurul toplantısının görüşülmesinde özel bir nisap öngörülmüştür. Genel kurul toplantısında toplantı nisabı aranmamakta ve oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınabilmektedir. Toplantı nisabı ya da nitelikli bir yeter sayı öngörülmediği için genel kurulda çok az oranda payın temsili halinde de çoğunluğun sağlanması ile karar alınması mümkün kılınmıştır.

SerPK m. 17/3'te karar nisabı “*oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu*” olarak belirlenmiştir. Aynı ifade KYT m. 9'da da tekrarlanmıştır. Maddenin lafzı nazara alındığında, karar nisabında kelle başı hesabı yapılması gerekecek ve toplantıya katılan pay sahiplerinin çoğunluğuyla karar alınacaktır. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde genel kurul onayı ile ilgili bir nisap öngörülmemiştir. Ayrıca incelediğimiz ülkelerde de genel kurul nisapları ile ilgili kelle başı hesabı kabul edilmemiştir. Öğretide ise maddede geçen “*oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu*” ifadesinin yanlış olduğu, anonim şirketlerde karar yeter sayısının pay sahibi sayısına göre değil; oy sayısına göre belirlendiği, bu sebeple SerPK m. 17/3'teki karar yeter sayısının oyların çoğunluğu şeklinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁰⁵. Öğretideki diğer görüş ise maddeyi yazıldığı gibi yorumlamakta ve pay sahiplerin çoğunluğuyla karar alınacağını kabul etmektedir⁸⁰⁶. Biz de ilk görüşe katılmakta ve SerPK'da bilinçli olarak pay sahiplerinin çoğunluğuna işaret edilmediği ve maddedeki ibarenin yanlış kaleme alındığı kanaatindeyiz. SerPK m. 17/3'teki bu ifade, yürürlükten kaldırılan Seri: IV,

⁸⁰⁵ Manavgat, **Halka Arz**, s. 284.

⁸⁰⁶ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 275.

No: 56 sayılı Tebliğ ekinde yer alan KYİ'nin 4.4.7 sayılı ilkesinde yer alan ifadeden aynen alınmıştır. Bahsi geçen Tebliğ'de ilişkili taraf işlemine ilişkin yapılacak genel kurul toplantılarında toplantı nisabı aranmayacağı ve “*oy hakkı bulunanların adi çoğunluğu ile*” karar alınacağı öngörülmekteydi. Kanımızca Kanun'a eski Tebliğ'deki bu prosedür, aynı şekilde alındığı için nisaba ilişkin bu hatalı ifade de gözden kaçırılmıştır. Ayrıca halka açık anonim şirketlerin de nihayetinde bir anonim şirket olması nedeniyle karar nisabının pay sahiplerinin sahip oldukları oy haklarına göre belirlenmesi esastır ve bu itibarla burada pay sahiplerinin sahip olduğu oyların çoğunluğu ile karar alınabileceği kabul edilmelidir. Kaldı ki, sermaye şirketi olan ve borsada işlem gören bir anonim şirketin şahıs şirketi gibi karar almasını gerektirecek herhangi bir haklı gerekçe de bulunmamaktadır. Zira ilişkili taraf işlemleri için iki aşamalı bir onay safhası getirilmiş ve son aşama olan genel kurul toplantısında da ilişkili taraf işlemiyle ilişkili kişilerin oy kullanmasının önüne geçilmiştir. Bu açıdan gerekli koruma sağlanmaya çalışılmıştır, bu sebeple pay sahiplerinin oy haklarının yok sayılarak pay sahiplerinin çoğunluğuyla karar alınmasını öngörmenin hukuken de bir yararı yoktur. Aksinin kabulü sermaye şirketlerinde pay sahiplerinin oy hakkının paylarının toplam itibari değeriyle orantılı kullanması ilkesini zedeleyecek (TTK m. 434) ve pay sahiplerinin oy haklarının ölçsüz olarak sınırlandırılmasına yol açacaktır. Bu nedenle burada da oy çoğunluğuna göre karar verileceğinin kabul edilmesi ve tartışmaya mahal vermemek için de SerPK m. 17/3'teki bu ifadenin “*pay sahiplerinin oylarının basit çoğunluğu*” şeklinde düzeltilmesi yerinde olacaktır.

Karar yeter sayısının hesaplanmasında SerPK m. 17/3'te, oydan yoksun olanlar dışındaki tüm pay sahiplerinin oylarının mı yoksa toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin oylarının mı esas alınacağı açıkça belirtilmemiştir. Öğretide bir görüş, “oy hakkı bulunanların çoğunluğu” ifadesinin toplantıya katılanları değil tüm pay sahiplerinin oylarının hesaba katılmasını ifade ettiğini, nisabın da karardan bağımsız tüm oyların nazara alınarak hesaplanması gerektiği ileri sürmektedir⁸⁰⁷. Öğretideki diğer görüş ise toplantıya katılan pay sahiplerinin haiz olduğu oya göre nisabın

⁸⁰⁷ Cankat, **a.g.e.**, s. 333.

hesaplanması gerektiğini belirtmektedir⁸⁰⁸. Kanaatimizce de toplantıya katılan ve oy hakkı bulunan pay sahiplerinin oylarına göre nisap hesabı yapılmalıdır. Zira hükümde ilişkili tarafların ve bunlarla ilişkili olan pay sahiplerinin oydan yoksun olduğu belirtilmiş ve oy hakkı bulunanların çoğunluğuyla karar alınacağı vurgulanmıştır. Maddenin amacı da nazara alındığında, genel kurul karar nisabının hesaplanmasında, genel kurul toplantısına katılan ve oydan yoksun olmayan pay sahiplerinin sahip oldukları oyların esas alınması gerekir.

Maddede toplantı nisabı aranmadığı için toplantıya katılan ve oydan yoksun olmayan pay sahiplerinin sahip oldukları oy hakları esas alınır. Bu nedenle toplantıya hangi oranda oy hakkına sahip pay sahipleri katılırsa katılsın, katılanların çoğunluğuyla karar alınabilmektedir. Öğretide, toplantı nisabı ve nitelikli bir karar nisabı öngörülmemiş olması nedeniyle çok düşük oranda pay sahibi topluluğunun karar alacağı hallerde bu pay sahipleri topluluğunun genel kurul sayılıp sayılmayacağının tartışılabilirliği; ancak yine de ilişkili taraf işleminin onaylanması için organ kararına ihtiyaç olması ve anonim şirketlerin organlarının sınırlı şekilde sayılmış olması nedeniyle, bu organın genel kurul olduğu sonucuna ulaşılması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰⁹.

Kanımızca burada düşük nisap öngörülmüş olması, ilişkili tarafların çoğunlukla şirketi kontrol eden pay sahiplerinden oluşması nedeniyle önem taşımaktadır. Kontrol gücüne sahip pay sahibinin ilişkili taraf olduğu hallerde, bu pay sahibi ilişkili taraf olması nedeniyle oydan yoksun olacağı için toplantı nisabı çoğu zaman sağlanamayabilecektir. İlişkili tarafların konumlarından yararlanmasını engellemek ve azınlık pay sahipleri dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerinin korunabilmesini sağlamak için önemli ilişkili taraf işlemlerinin şirketin organı tarafından onaylanması prosedürü öngörülmüştür. Bu sebeple, toplantı nisabı aranmaması ve düşük karar nisabı öngörülmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Azınlıkta kalan pay sahiplerine, şirketin veya kendi zararına yol açabilecek bir işlemi hâkim pay sahiplerinin gerçekleştirmesine engel olma imkânı tanınmıştır. Öte yandan

⁸⁰⁸ Manavgat, **Halka Arz**, s. 284.

⁸⁰⁹ **A.e.**

ağırlaştırılmış nisabın öngörülmemiş olması şirketin de lehine olmaktadır. Zira ilişkili taraf işleminin hâkim pay sahipleri olması halinde, onay prosedürünün çoğu zaman işletilmesi mümkün olmayacak ve şirketin yararına olan işlemlerin de bu prosedür nedeniyle gerçekleştirilmesinin bir anlamda önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca bu durum nisap sağlanamadığı hallerde şirketi ikinci genel kurul toplantısına gitmek zorunda bırakarak ciddi masraf yapılmasına yol açacaktır.

iii. Oydan Yoksunluk

Oydan yoksunluk müessesesi ile şirketin ve diğer pay sahiplerinin menfaatinin üstün tutularak menfaat çatışmasının tarafının oy kullanmasına engel olunarak şirketin ve diğer pay sahiplerinin herhangi bir zarara uğraması olasılığının bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır⁸¹⁰. İlişkili taraf işlemleri için öngörülen oydan yoksunluk halinde de ilişkili taraf niteliğinde olan kişilerin oy kullanması engellenerek tarafsız pay sahiplerinin alacağı kararla diğer pay sahiplerinin ve şirketin menfaatinin korunması sağlanmak istenmektedir. Bu amaçla SerPK m. 17/3'te, ilişkili taraf işlemlerinde oydan yoksunluk hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, genel kurul toplantısında, işleme dâhil olan ilişkili tarafların ve bunlarla ilişkili olan kişilerin oy kullanması yasaktır.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde de ilişkili taraf niteliğinde olan pay sahiplerinin kural olarak oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bu açıdan hükmün Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ndeki düzenlemeye uygun olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak Yönerge'de ilişkili taraf olan pay sahiplerine, belirli koşullarda oy kullanma olanağının tanınabileceği de ayrıca belirtilmiştir. İlişkili taraf niteliğindeki pay sahiplerinin de oy kullanmasına izin verilebilmesi için şirketin ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çıkarlarını koruyacak önlemlerin sağlanmış olması ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çoğunluğunun muhalif görüşüne veya bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun muhalefetine rağmen bu işlemin onaylanamayacak olması gerekmektedir. Böylelikle şirketin ve diğer pay sahiplerinin onayı olmaksızın alınamayacak bir genel kurulda, ilişkili tarafların da oy kullanmasına

⁸¹⁰ Bkz. F. Pelin Tokcan, **Limited Ortaklıkta Oy Hakkında Yoksunluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 26.

imkân tanınmıştır. Yönerge'nin 2014 yılında sunduğu değişiklik önerisinde ise ilişkili tarafların oy kullanamayacağı açıkça belirtilmiş, herhangi bir istisna ise öngörülmemiştir. Türk hukukunda da ilişkili tarafların veya bunlarla ilişkili olanların oy kullanamayacakları açıkça kabul edilmiş ve herhangi bir istisna da tanınmamıştır.

SerPK m. 17/3'te düzenlenen oydan yoksunluk halinin TTK m. 436 hükmü açısından da ele alınması gereklidir. TTK m. 436'da, pay sahibinin kendisinin, eşinin, alt soyu ve üst soyunun veya bunların ortağı olarak bulunduğu şahıs şirketleri ya da hâkimiyeti altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikteki işlere ve işlemlere veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin ilişkin oy kullanmaları yasaklanmıştır. TTK m. 436'da pay sahibinin oydan yoksun sayılmasına yol açacak ilişki çevresi sınırlı olarak sayılmıştır⁸¹¹. SerPK m. 17'de, TTK m. 436'dan farklı olarak şirketle kişisel iş niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın ilişkili taraflarla ilişkili olan pay sahipleri yönünden oydan yoksunluk hali öngörülmüştür. Burada belirtilen ilişki kriteri de sınırlı sayılmayarak TTK m. 436'da sayılan hısım çevresine göre oldukça geniş bir çevreyi kapsamına almaktadır. Ayrıca burada oydan yoksunluk hali, sadece ilişkili taraf işleminin onaylanması kararına ilişkin öngörülürken; TTK m. 436'da ise kişisel nitelikte bir işe veya işleme ya da bir davaya ilişkin alınacak kararlar için oydan yoksunluk hali öngörülmüştür. Bu açıdan iki hüküm hem kapsamı hem de düzenlenme amaçları yönünden farklılık göstermektedir⁸¹².

İlişkili taraf işleminin tarafının TMS 24 bağlamında belirleneceği hususunda bir problem bulunmamaktadır. Bu halde TMS 24 kapsamında ilişkili taraf sayılan pay sahiplerinin oy kullanamayacakları açıktır. KYT'de ilişkili taraf çevresi daha geniş tutularak, ana şirketin ilişkili taraflarıyla bağlı ortaklıklarının yapacağı işlemler de bu kapsamda sayılarak prosedüre tabi tutulmuştur. Bu nedenle bu hallerde, bağlı şirketin işleme ilişkin alacağı genel kurulda ana şirketinin de pay sahibi olması durumunda

⁸¹¹ Yargıtay'ın yan soyun oydan yoksun sayılamayacağına ilişkin bir kararı için bkz. Yarg. 11. HD., 14.03.2018 T., 2016/7190 E., 2018/1960 K., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 02.03.2021.

⁸¹² Manavgat, **Halka Arz**, s. 283-284

oydan yoksun olacağı kabul edilmelidir. Ana şirket, işlemin tarafı olmasa da KYT m. 9’da ilişkili taraf sayılmaktadır.

SerPK m. 17/3’te ilişkili taraflarla ilişkili olan pay sahiplerinin oydan yoksun olacağı kabul edilmiş ancak bu ilişkinin kapsamına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ilişkili taraflarla hangi ilişkilerin oydan yoksunluğa yol açacağı hususu belirsizdir. Dolayısıyla bu konuda bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kanaatimizce SerPK m. 17/3 uyarınca sınır dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. İlişkili tarafla ilişkisi nedeniyle dürüstlük kuralı gereği ilişkili taraf işlemine ilişkin alınacak kararda tarafsız oy vermesinden şüphe duyulan pay sahibinin oy kullanamayacağı kabul edilmelidir. Dürüstlük kuralına göre oy kullanamayacaklar belirlenirken bu konuda TTK m. 436’deki hükümden faydalanılması da elbette mümkündür. Ancak SerPK m. 17/3’ün, TTK m. 436’da pay sahibinin oydan yoksun sayılmasına yol açacak ilişki çevresi ile sınırlı yorumlanamayacağını da belirtelim. Örneğin TTK m. 436’da sayılmayan kardeşinin tarafı olduğu ilişkili taraf işlemine ilişkin kararda, pay sahibinin oy kullanamayacağının kabul edilebilecektir⁸¹³.

Diğer yandan, TTK m. 436’da sayılan yakınlık ilişkileri çoğu durumda ilişkili taraf işlemleri ile ilgili alınacak kararlarda oydan yoksunluğa neden olabilecektir. Örneğin ilişkili tarafın pay sahibinin eşi, alt soyu (çocuklar, torunlar) üst soyu (anne, baba, büyükanne, büyükbaba) olduğu hallerde bunlar yakın akraba sayıldığı için hemen hemen her durumda pay sahibinin oydan yoksun olduğunun kabulü gerecektir. Yine ilişkili tarafın bir şirket olduğu hallerde de, bu şirketin pay sahibinin ve anılan yakınlarının ortağı olduğu şahıs şirketi ya da hâkimiyeti altında olduğu sermaye şirketi, tarafsız oy kullanamayacağı için oydan yoksun sayılacaktır.

iv. Genel Kurulun İşlemi Onaylaması

⁸¹³ Yargıtay’ın TTK m. 436 uyarınca yan soyun oydan yoksun sayılamayacağına ilişkin bir kararı için bkz. “Oy yoksunluğunda yalnızca eş altsoy ve üstsoyun ortağı olduğu şirketlerle yapılacak işler zikredilmiş, kardeşler arasında böyle bir oy yoksunluğu hali düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun yasa maddesinde açıkça altsoy ve üstsoy ibarelerine yer verdiği, kardeşler arasında ise TMK maddesinde de ifade edildiği üzere yansoy hısımlığı bulunduğu, bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin kardeş olması nedeniyle söz konusu genel kurul maddesinin oylamasında oydan yoksun olacağı şeklinde yorum yapılamayacağı, ... kararın gerekli çoğunlukla alındığı anlaşıldığından şirket genel kurulunun 16 numaralı kararının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir”, Yarg. 11. H.D., 14.03.2018 T., 2016/7190 E., 2018/1960 K., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 02.03.2021.

Genel kurulun onayı prosedürdeki nihai aşamadır. Genel kurul onayından sonra işlem yapılabilir. Genel kurulun işlemi usulüne uygun olarak onaylaması halinde işlemin yapılmasını da hukuka uygun hale gelir. Ancak genel kurulun işlemin yapılmasına izin vermiş olması, şirketin zararına yol açacak işlemlere önceden izin verildiği şeklinde düşünülemez. Diğer bir ifadeyle genel kurulun ilişkili taraf işlemini onaylaması, o işlemin şirketin menfaatlerine aykırı olarak yapılabileceği sonucunu doğurmaz. Zira YK üyelerinin TTK m. 369 uyarınca şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı gereğince gözetme yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülük yapılacak bir işlemi genel kurulun onaylamış olması ile ortadan kalkmaz. Pay sahipleri, değerlendirme raporunu da dikkate alarak işlemin şirketin çıkarına olduğunu düşünerek onay verir. Bu itibarla, gerçekleştirilecek işlemin değerlendirme raporuna uygun olarak şirketin menfaatine olacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. KYT m. 9/6'da da işlemin değerlendirme raporunda öngörülen sonuçlara uygun şekilde yapılmaması halinde bunun gerekçesinin açıklanmasını zorunlu kılmıştır.

(6) Bağlı Şirketlerin İlişkili Taraflarıyla Gerçekleştireceği İşlemlerin Onayı

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür, şirketin bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştireceği işlemler için de öngörülmüş; ancak hangi şirketin yönetim kurulunun bu kararı alacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle, işlemin tarafının bağlı şirket olduğu hallerde, YK kararının akabinde genel kurul kararının hangi şirkette alınacağı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Anılan düzenlemede bağlı ortaklıkların kendi ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemlere değil, bağlı ortaklıkların halka açık ana şirketinin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemlere işaret edilmiştir. Bu nedenle, bağlı ortaklık payları borsada işlem gören şirket ise zaten kendi ilişkili tarafıyla işlem gerçekleştireceği zaman prosedürü uygulamak zorunda kalacaktır. Ancak kanımızca bu düzenleme burada hem halka açık şirketi hem de bağlı şirketini prosedüre tabi kılmaktadır. Bağlı şirketin yapacağı işlem hem ana şirketi hem de bağlı şirketi etkilemektedir. Bağlı ortaklığın ana şirketinin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlerde, işlemin tarafı bağlı şirket olsa da işlem dolayısıyla oluşabilecek zararlar hem ana şirketi hem ana şirketin varsa diğer bağlı şirketlerini ve

pay sahipleri üzerinde etki doğuracaktır. Burada korunmak istenen amaçlardan biri de ana şirketin ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerde prosedürü uygulamaktan kaçınmak için bağlı şirketleri aracılığıyla işlemleri gerçekleştirmesinin önüne geçmektir. Bunu sağlamak için ana şirketin bağlı şirketi ile ilişkili tarafı arasında yapılacak işlemlere ilişkin de bu prosedürün uygulanması öngörülmüştür. Bu sebeple bağlılık raporunda olduğunun aksine ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü yerine getirmesi gereken taraf sadece bağlı şirket değildir. Burada ana şirketin ve bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla yapacakları işlemlerde prosedürün her iki şirket nezdinde işletilmesi gerekecektir. Her iki şirket de payları borsada işlem gören şirket ise bu konuda bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Burada esas sorun ana şirketin ilişkili taraflarıyla halka açık olmayan ya da payları borsada işlem görmeyen bağlı şirketlerinin işlem yapacağı hallerde ortaya çıkmaktadır. Zira bağlı şirket, KYT gereğince payları borsada işlem gören bir şirket olmadığı durumda prosedürü uygulamakla yükümlü olmayacaktır. Bu durumda yine bağlı şirket tarafından ilişkili taraf işlemine ilişkin prosedürün uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu hususta öğretide bir görüş, bu karar alma sürecinin halka açık olmayan bağlı ortaklıklarda uygulanabilir nitelikte olmadığını çünkü bu şirketlerde bağımsız YK üyesi bulundurma zorunluluğu olmadığı için bağımsız üyelerin olumlu oy verme koşulunun yerine getirilmesinin mümkün olamayacağını ileri sürmüştür⁸¹⁴. Öğretide bir diğer bir görüş ise hâkim şirketin halka açık, bağlı şirketin halka kapalı olduğu kombinasyonlarda, düzenlemenin getirilme amacı ilişkili taraf işlemlerinin halka açık şirketlere olumsuz etkilerinin önlenebilmesi olduğu için bu işlemin onayının da halka açık şirketin YK ve genel kurulu tarafından yapılması gerektiğini belirtmiş ve işlemin payları borsada işlem gören halka açık şirket tarafından onaylanması gerektiği sonucuna varmıştır⁸¹⁵.

Kanımızca da bağlı şirketin payları borsada işlem gören bir şirket olmadığı hallerde, prosedürü bağlı şirketin yerine getirmesi beklenemez. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü yukarıda ifade ettiğimiz üzere her durumda payları

⁸¹⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 279.

⁸¹⁵ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 275.

borsada işlem gören ana şirketin zaten yerine getirmesi zaruridir. Dolayısıyla YK kararının ve genel kurul kararının da ana şirket tarafından alınması yeterli kabul edilmelidir. Bu nedenle, bağlı şirketin halka kapalı bir anonim şirket olduğu ya da payları borsada işlem görmeyen bir anonim şirket olduğu hallerde payları borsada işlem gören ana şirketin gerekli prosedürü yürütmesi gerekli ve yeterli sayılmalıdır.

(7) İşlemin Yapılmasına İlişkin KAP'ta Duyuru Yapılması

SerPK m. 17'de ilişkili taraf işleminin yapılmasına karar verilmesi halinde kamuya duyurulmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak KYT m. 9'da ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, bunun kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde KAP'ta duyurulması gerektiği düzenlenmiştir. Bu açıklama gerekliliği hem küçük hem de büyük ilişkili taraf işlemleri için getirilmiştir. Dolayısıyla % 10'un altında kalan ancak % 5'i aşan ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda da bunun kamuya duyurulması şarttır. Ancak büyük işlemler için onay prosedürünün tamamlanması akabinde açıklama gerekliliğinin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Pay Sahipleri Hakları Yönergesi'nde, şirketlerin ilişkili taraflarıyla önemli işlemlerini en geç işlemin sonuçlandırılması sırasında kamuya açıklamaları gerektiği belirtilmiş ve bu açıklamanın içermesi gereken asgari hususlar da sayılmıştır. Buna göre işlemin yapılmasına ilişkin açıklamada; ilişkili taraf ilişkisinin niteliği, ilişkili tarafın adı, tarihi ve değerine ilişkin bilgiler, şirket ve azınlık pay sahipleri dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin işlemin adil ve makul olup olmadığını değerlendirebilmeleri için gerekli olan diğer bilgiler yer almalıdır.

İlişkili taraf işleminin yapılmasına karar verilmesi durumunda açıklanacak asgari hususlar KYT m. 9'da da sayılmıştır. Açıklamada asgari olarak şu hususların yer alması gerekir: *“işlemin taraflarının birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkileri, işlemin niteliği, değerlemede kullanılan varsayımlar ve değerlendirme sonuçlarını içeren değerlendirme raporunun özeti, işlemler değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse bu durumun gerekçesi”*. Maddede geçen işlem taraflarının birbiriyle ilişkileri ve işlemin niteliği Pay Sahipliği Hakları Yönergesi ile paraleldir.

Bu kapsamda ilk olarak ilişkili taraflara ilişkin bilgilerin ve işleme ilişkin bilgilerin verilmesi gerekmektedir.

İlişkili taraflarla ilgili olarak tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinin açıklanması gerektiği belirtilmiş, Yönerge'deki gibi doğrudan tarafların adlarının duyurulması açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu şekilde ifade edilmese de tarafların birbirleriyle ilişkilerinin açıklanabilmesi için tarafların adının da belirtilmesi gereklidir. Bu nedenle açıklamada işlemin taraflarının adları ile birlikte aralarındaki ilişkinin açıklanması gerekir⁸¹⁶. İşlemin niteliğine ilişkin ise bu işlemin bedeli, yapılacağı tarih, işleme ilişkin koşullar gibi çeşitli detaylara yer verilmelidir.

Ayrıca değerlemede kullanılan varsayımlar ve bunların sonuçlarını içeren özetin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Değerleme raporu işlemin şirkete ve pay sahiplerine olası etkilerine ilişkin bir değerlendirme içerir. Bu nedenle değerlendirme raporuna ilişkin özetin açıklanması; pay sahiplerinin yanı sıra alacaklıların, çalışanların ve diğer menfaat gruplarının bu işlemin şirketin mali durumuna etkisi hakkında bilgi almalarını sağlar. Bu açıdan değerlendirme raporuna ilişkin özetin yer alması koşulu, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde belirtilen şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için işlemin makul ve adil sonuçlar doğurup doğurmadığına ilişkin değerlendirmelerin yer alması gerekliliğini de karşılamaktadır.

Son olarak KYT m. 9/6 uyarınca yapılması gereken açıklamada, değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde işlem gerçekleştirilmemişse bu durumun gerekçesinin açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Açıklanması gereken bu husus, işlemin öngörüldüğü gibi sonuç doğurmayacağı hallerde kamunun bilgilendirilmesine hizmet etmektedir. Ancak bu durum, açıklamanın işlem yapılmadan önce mi yapılmasından sonra mı açıklanması gerektiği tartışmasını ortaya çıkarmaktadır. Zira değerlendirme raporuna uygun işlemin gerçekleştirilmemiş olmasına ilişkin açıklama, ancak işlemin gerçekleştirilmesi durumunda yapılabilecektir. Düzenlemede, işlemin gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda, açıklanması gereken hususlarla birlikte işlemin gerçekleştirilmesi halinde işlemin raporda

⁸¹⁶ Uygulamada da ilişkili tarafların adlarının ve ilişkilerinin belirtildiği görülmektedir. Bu konuda ilişkili taraf ilişkilerine ilişkin KAP'ta yapılan açıklamaya örnek olarak bkz. <https://www.kap.org.tr/Bildirim/404265>, Erişim Tarihi: 03.03.2021.

değerlendirilen sonuçlara uygun yerine getirilmemişse bunun gerekçesinin de açıklanması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu nedenle düzenlemeden hareketle işlemin tamamlanmasından sonra işleme ilişkin açıklama yükümlülüğünün yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Yönerge’de işlem tamamlanana kadar işlemin yapılacağına ilişkin bu açıklamanın yapılması gerektiğine işaret edilerek *ex ante* açıklama yükümlülüğü öngörülürken, Türk hukukunda ise *ex post* açıklama gerekliliği öngörülmüştür. Alman hukukunda ise açıklama gerekliliğinin en erken onay prosedürü yerine getirildikten sonra yapılabileceği, Kanun’un ilişkili tarafla yapılan işlemin onay verildikten sonra sonuçlandığını varsaydığı belirtilmiştir⁸¹⁷. Bu noktada işlem yapılmadan önce açıklamanın, ilişkili olmayan taraflarca ilişkili taraf işlemlerinin denetlenbilmesine hizmet edeceği düşünüldüğünde açıklamanın Pay Sahipleri Yönergesi’nde olduğu gibi işlem yapılmadan önce olması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin aynı zamanda içsel bilgiler gereğince de kamuya açıklama yapılması gerekebilir. İçsel bilgi olarak “*Sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek içsel veya sürekli bilgilerin*” kamuya açıklanması gerekir⁸¹⁸. İlişkili taraf işlemleri, yatırımcıların kararlarını etkileyecek nitelikteki işlemlerin başında gelir. Bu hallerde, ilişkili taraf işlemine ilişkinin açıklamanın yanı sıra içsel bilgi açıklaması yapılması gerekip gerekmediği konusunda Sermaye Piyasası mevzuatında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta Alman hukukunda AktG § 111c (3)’de ayrıca hükme yer verilerek ilişkili taraf işlemlerine ilişkin yapılacak açıklamanın içsel bilgileri açıklama yükümlülüğü gereğince yapılacak açıklamaya dâhil edilerek tek bir açıklama yapılması öngörülmüştür. SerPK’ya da böyle bir düzenleme eklenmesi ve Türk hukukunda da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin yapılması gereken açıklamaların içsel bilgiler kapsamında yapılması gereken açıklamaya dâhil edilerek tek bir açıklama yapılması

⁸¹⁷ BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111c Rn. 8.

⁸¹⁸ İçsel bilgilere ilişkin açıklama gerekleri II-15.1 Sayılı Özel Durumlar Tebliği’nde düzenlenmektedir. Tebliğ’in 24. maddesi gereğince içsel bilgi açıklamalarının yatırımcıların karar vermelerine yarayacak ölçüde, doğru, tam, zamanında, anlaşılabilir, dolaysız ve yeterli olacak şekilde yapılması gerekir. İçsel bilgi açıklaması ile ilgili detaylı bilgiler için bkz. SPK, Özel Durumlar Rehberi, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103>, Erişim Tarihi: 08.10.2021.

yerinde olacaktır. Zira birden fazla aynı konuya ilişkin yapılacak duyuru, yatırımcıları yanlış yönde yönlendirebilir ve bilgi karışıklığına yol açabilir. Bu açıdan içsel bilgiler kapsamında açıklanması gereken hususlar da yer alacak şekilde tek bir açıklama yapılmalıdır.

d. Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler İçin Koruma Mekanizması

(1) Genel Olarak

İlişkili taraf işlemlerinin yaygın ve süreklilik arz eden bir işlemlere ilişkin usul ve esaslar KYT m. 10'da ayrıca düzenlenmiştir. KYT'de şirketlerin ve bağlı ortaklıklarının ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin YK kararıyla karara bağlanacağı ve işlemin şartlarında ve koşullarında önemli bir değişiklik olması durumunda, yeniden YK kararı alınması gerektiği belirtilmiştir.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenen *“on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde aynı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemler”*, KYT'de yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olarak yer bulmuştur. Yönerge'de on iki aylık dönemde veya mali yılda aynı ilişkili tarafla yapılan önemsiz sayılan işlemlerin toplanması ile önemli işlem eşiğinin aşılması halinde öngörülen prosedürün bu işlem için de uygulanacağı düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise önemsiz sayılan işlemlerin toplanması gibi bir usul benimsenmiş ve süreklilik arz eden bu işlemler için ilişkili taraf işlemleri ile ilgili tüm prosedür de öngörülmemiştir. Bu işlemler için YK kararının alınması gerekli ve yeterli görülmüştür. Bu açıdan Yönerge'den ayrı bir düzenleme benimsenmiştir.

Diğer taraftan Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinin dördüncü fıkrasında, ilişkili taraf işlemleri için genel kurulun onayı, yönetim veya gözetim kurulu onayı ya da yönetim veya gözetim kurulu kararının onayı ve genel kurulun müteakip onayı olmak üzere üç prosedürden birini seçip uygulama imkânı tanınmıştır. Bu açıdan KYT m. 10'da YK kararı ile işlemin yapılmasına olanak tanınmış olması, Yönerge'nin 9c maddesindeki onay gerekliliği ile uyumludur. Bu yönüyle tek seferlik ilişkili taraf işlemleri ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin onay safhasında farklı

organların iradesine ağırlık verilmiştir⁸¹⁹. Türk hukukunda süreklilik arz eden işlemlerde daha kısa ve diğer ilişkili taraf işlemlerinden oldukça farklı bir prosedür kabul edilmiştir.

(2) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlem Kavramı

Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler, KYT m. 3'te şirketin olağan faaliyetleri kapsamında ticari nitelikte olan veya olmayan bir yıllık hesap dönemi içerisinde en az iki defa yapılan veya yapılacak olan aynı nitelikteki işlemler olarak tanımlanmıştır. Bir hesap dönemi içerisinde en az iki defa aynı nitelikte işlemin yapılmış olmasına işaret edilmişse de bu tanımda işlemin aynı tarafla yapılması gerekliliği açıkça zikredilmemiştir. Ancak bir işlemin ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilebilmesi için en başta işlemin ilişkili tarafla yapılması gerekir. İşlemin sürekli olarak nitelendirilmesi için de işlemin tarafının aynı olması gerekir. Bu husus, tanımda yer almasa da KYT m. 10'da dolaylı olarak ifade edilmiştir. Aynı nitelikleri işlemlere ilişkin KYT m. 10'da oranların hesaplanmasında toplu değerlendirilmenin esas olduğu, aynı şirket ile farklı nitelikte yapılan işlemlerin her birinin ayrı bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hükümde açıkça belirtilmese de aynı tarafla aynı nitelikte yapılacak işlemlerin bu kapsamda sayılacağı anlaşılmaktadır. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde de on iki ay ya da bir mali yıl içinde aynı tarafla yapılan işlemlerin toplanması gerektiğine işaret edilmiştir. Hükümün *ratio legis* gereği de böyle yorumlanması zaruridir. Bu nedenle aynı nitelikteki işlemlerin aynı tarafla yapılması aranmalıdır. Dolayısıyla ilişkili taraf işleminin tarafının aynı olmadığı sürece, bu işlemin sürekli kabul edilmesi ve dolayısıyla KYT m. 10 kapsamındaki prosedürün uygulanabilmesi mümkün değildir.

Yaygın ve süreklilik arz eden bu işlemlerin ortak özelliğini aynı mali yıl içerisinde en az iki defa yapılması oluşturur. Bu zaman diliminde yapılacak işlemlerin yaygın ve sürekli işlem olarak nitelendirilebilmesi için “aynı nitelikte” işlem olması gerekmektedir. Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde işlemin aynı tarafla yapılmasına işaret edilmekle birlikte aynı nitelikte işlem vurgusu yapılmamıştır. Türk hukukunda “aynı nitelikte” işlem ile ne kastedildiği hususu öğretide tartışılmıştır. Öğretide bir

⁸¹⁹ Evlek, **a.g.m.**, s. 455.

görüş, burada denetimden yoksun kılınacak işlemlerin bütüncül olarak ele alınmasının temel hedef olduğunu, bu bağlamda sözleşme tipine göre değil sözleşmelerin amaç ve içerikleri yönünden yapılan ayırma göre aynı nitelikteki işlemlerinin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸²⁰. Böylelikle farklı tipolojide ama aynı nitelikte olan işlemler, yaygın ve süreklilik arz eden işlem kapsamında sayılacaktır⁸²¹. Öğretide diğer görüş, işlemin aynı nitelikte olup olmadığı hususunun satış, kira, hizmet sözleşmeleri gibi sözleşme türlerine göre belirlenmesinin daha uygun olacağını savunmaktadır⁸²². Bu görüş uyarınca, maddenin amacı şirketin malvarlığının azaltılması tehlikesini önlemek olduğu için tarafların karşılıklı olarak yaptığı alış-satış ya da hizmet alma-verme gibi işlemler aynı nitelikte farklı işlemler olarak sayılmalıdır⁸²³. Kanaatimizce de ikinci görüş yerindedir. Süreklilik arz eden işlemler daha çok aynı kişilerle karşılıklı olarak yapılan işlemler şeklinde tezahür edecektir. Bu nedenle örneğin, her iki şirketin karşılıklı hammadde alıp sattığı hallerde işlemin hammadde alımı şeklinde nitelendirilerek bu işlemlerin yaygın ve sürekli işlem olarak nitelendirilmesi uygun düşecektir. Ayrıca aynı nitelikteki işlem çerçevesinin dar tutulması öncelikle KYT m. 9'un uygulama alanının daralmamasını sağlayacak ve prosedürden bir anlamda muaf tutulan işlemlerin de tayinini daha kolay kılacaktır.

(3) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemlerin Eşik Değeri

Türk hukukundaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde aynı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemleri karşıladığını ifade etmiştik. Ancak Yönerge'de, aynı mali yıl veya on iki aylık dönemde tekrarlanan üye devletlerce öngörülen eşik değerlerin altında kalan işlemlerin toplamda belirlenen eşiği aşması halinde prosedürün uygulanacağı düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise KYT m. 9'da anılan eşik değerlerden bağımsız olarak kriterler getirilerek süreklilik arz eden işlemler için eşik

⁸²⁰ Cankat, **a.g.e.**, s. 325.

⁸²¹ Yazar, burada sözleşmelerin amaçları ve içerikleri yönünden kullandırma, yararlandırma, mülkiyetin devri amacını taşıyan sözleşmeler, saklama sözleşmeleri gibi ayrımlara tabi tutulabileceğini ifade etmiştir (Bkz. Cankat, **a.g.e.**, s. 325, dn. 1112).

⁸²² Manavgat, **Halka Arz**, s. 287.

⁸²³ **A.e.**

öngörülmemiş; tek kıstas olarak işlemlerin yaygın ve süreklilik arz edecek nitelikte olması aranmıştır.

KYT m. 10'da YK kararı alınması öngörülmüş ancak bu işlemlerin hangi eşik değerde olması gerektiğine ilişkin bir koşul öngörülmemiştir. Bu nedenle KYT m. 9'da belirtilen oranlardan bağımsız olarak aynı taraflarla aynı mali yıl içerisinde iki veya daha fazla aynı nitelikte işlemin yapılacağına öngörüldüğü hallerde YK kararının varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Dolayısıyla bir işlemin en az iki kez yapılacağı öngörülüyorsa % 5'in altında kalsa da veya bu eşiği aşıya da KYT m. 10 uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle bir işlem % 5 eşiğinin altında kalan ve KYT m. 9 uyarınca prosedüre tabi olmayan küçük nitelikte işlemlerin en az iki kez yapılacağı öngörülüyorsa KYT m. 10 kapsamında prosedüre tabi olacaktır. Diğer taraftan hükümde işlemlerin % 10'dan fazla orana ulaşması halinde YK kararına ek olarak kurulun değerlendirme raporu hazırlaması ve bunun KAP'ta açıklanması gerekliliği de getirilmiştir. Bu ise birden fazla yapılacak işlemin % 10'u aştığı hallerde dahi KYT m. 10 hükmünün uygulama alanı bulacağı anlamına gelmektedir. Kaldı ki hükme göre bu oranın tek seferde aşılmasının da bir önemi bulunmamakta, bir hesap dönemi içerisinde bu tutarın aşılmış olması yeterli görülmektedir.

Kanımızca Türk hukukundaki bu düzenleme yerinde olmamıştır. Öncelikle bizdeki düzenleme birden fazla yapılmak suretiyle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanmasından kaçınılmasını önlemek amacı taşımamaktadır. Bu düzenleme ile şirketlerin sürekli olarak ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemleri prosedürden muaf tutarak kolay şekilde gerçekleştirebilmesi olanağı tanınmaktadır. Ancak bu sefer bir şirket, tek seferde yaptığı işlem için KYT m. 9 gereğince bir dizi prosedüre tabi olurken birden fazla aynı nitelikte işlemi yaptığı halde adeta bu prosedürden muaf olmaktadır. Bu kolaylık karşısında şirketlerin yapacağı işlemleri bölerek yapmasının da önü açılmış olmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin yapılan açıklamalar da incelendiğinde KAP'ta genellikle sürekli ve yaygınlık arz eden işlemlere ilişkin açıklamaların yapılıyor olması bu savımızı doğrular niteliktedir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen yaygın ve süreklilik arz eden işlemler KYT m. 9'u uygulanamaz hale getirmemelidir, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde olduğu

gibi önemsiz nitelikteki küçük işlemlerin toplanarak eşiği aştığı işlemler yönünden bir düzenleme getirilmelidir. KYT m. 10'un Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'ndeki düzenleme gibi kaleme alınması yerinde olacaktır.

Kaldı ki KYİ 1.3.9 sayılı ilkede dahi şirketlerin varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transfer işlemleri ile varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerinin % 10'dan fazla orana ulaştığı durumlarda söz konusu işleme ilişkin YK kararının uygulanabilmesi için bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı şart koşulmuştur. Bağımsız üyelerin işlemi onaylanmaması halinde işlemin genel kurulun onayına sunulacağı öngörülmüştür. Bu ilke gereğince, işlem ilişkili taraf olsun olmasın % 10 eşiği geçtiği hallerde benzer bir prosedüre tabi tutulmaktadır. KYİ 1.3.9'da ilişkili taraf işlemi niteliğinde olmayan işlemler için dahi KYT m. 9'dakine benzer prosedür öngörülmesine karşın ilişkili taraf işlem süreklilik arz ediyor diye sadece yK kararı ve raporunun gerekli görülmesinde haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır.

Kanımızca KYT m. 9'un uygulama kabiliyetini korumak için öncelikle birden fazla yapılacak işlem olsa dahi; bir işlemin tek başına KYT m. 9 'da belirtilen % 10'luk eşik değeri aşması halinde SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9'da öngörülen ilişkili taraf işlemine ilişkin prosedürün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. İşlemlerin toplamda % 10'u aştığı hallerde ise KYT m. 10 gereğince bu hüküm uygulama alanı bulacağı sonucuna varılmalıdır.

(4) Koruma Mekanizması

Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için karar alma safhası sadece YK için öngörülmüştür. Bu işlemlere ilişkin önceden kapsam ve koşullarının belirlendiği bir YK kararı alınması gerekmektedir. Aynı tarafla birden fazla işlemin yapılacağı öngörülemiyorsa başta bu şekilde bir karar alınmasına elbette gerek bulunmamaktadır. Ancak o mali yılı içinde aynı türden ikinci bir işlemin yapılmasının öngörülmesi durumunda işlem gerçekleştirilmeden önce KYT m. 10 kapsamında YK kararının alınması gerekir. Öğretide ikinci işlemin yapılmasının öngörülebiliirliğinin gerçekleştiği anda söz konusu kararın alınması gerektiği belirtilmektedir⁸²⁴. Ancak belirtelim birden fazla yapılacağı baştan belli olmayan işlem % 5 eşiğini aşıyorsa o

⁸²⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 287-288.

halde KYT m. 9 gereğince değerlendirme raporu alınması gereklidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce işlem tek başına % 10'u geçiyorsa da herhalde KYT m. 9 uygulanmalıdır. Aksi halde KYT m. 9'un uygulama alanı oldukça daraltılmış olacaktır.

Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun bu işlemi onaylamaması halinde olumsuz oy verme gerekçelerinin KAP'ta açıklanması şarttır. Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerde ayrıca bağımsız YK üyelerinin onayına bir işlev yüklenmemiş; sadece bağımsız üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde muhalefet gerekçesinin KAP'ta açıklanması zorunlu tutulmuştur. Böylece bağımsız üyelere sadece kamuyu aydınlatma kapsamında bir işlev tanınmıştır⁸²⁵. Bu işlevin amacı gereği, bağımsız YK üyelerinin, kamunun aydınlatılmasına hizmet edecek şekilde ayrıntılı ve tarafsız olarak muhalefet gerekçelerini hazırlamaları gerekmektedir⁸²⁶.

Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için YK kararı alınırken KYT m. 9'da olduğu gibi YK üyelerinin oydan yoksunluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak burada böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da TTK m. 393 hükmü uygulanmalıdır. Bu nedenle bu karar alınırken de ilişkili taraf niteliğinde olan ya da ilişkili taraflarla ilişkileri nedeniyle katılmalarında tereddüt duyulan üyelerin TTK m. 393 uyarınca müzakerelere katılmamaları ve oy kullanmamaları gerekir.

Bir hesap dönemi içindeki şirketler ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin tutarının, alış işlemlerinde son finansal tablolarda belirtilen satış maliyetine göre % 10'u aşacağı, satış işlemlerinde ise son finansal tablolarda belirtilen hasılat tutarına olan oranının % 10'dan fazla olacağı öngörülmesi durumunda YK kararına ilave olarak ayrıca bir rapor hazırlanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu oranların hesabında, aynı nitelikteki işlemlerin toplu olarak değerlendirilmesi gereklidir. Bu kapsamda toplamda şirketin aynı taraflarla yapacağı aynı nitelikteki işlemleri esas alınırken, aynı tarafla farklı nitelikteki işlemleri ayrı işlem olarak değerlendirilmelidir. Bu oranların aşılması

⁸²⁵ Manavgat, **Halka Arz**, s. 287; Evlek, **a.g.m.**, s. 455.

⁸²⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 287.

halinde YK, işlemin şartlarının ve piyasa koşullarının karşılaştırıldığı bir rapor hazırlamak ve bu raporun tamamını KAP'ta açıklamakla yükümlüdür. Burada görüldüğü gibi, değerlendirme kuruluşlarından bir değerlendirme raporu alınması gerekli görülmemiş, bu raporu hazırlama yükümlülüğü yönetim kuruluna bırakılmıştır. Bu raporun hazırlanmasında da ilişkili tarafların veya ilişkili taraflarla ilişkisi nedeniyle dürüstlük kuralı gereği katılamayacak üyelerin katılmaması gerektiği kabul edilmelidir.

Yönetim kurulunun işlemin şartlarını ve piyasa koşullarını karşılaştırarak hazırlayacağı raporda yer alması gereken asgari hususlar da sayılmıştır. KYT m. 9'da ise değerlendirme raporunda yer alması gereken hususlara yer verilmemiştir. Bu açıdan KYT m. 10'da belirtilen asgari koşulların KYT m. 9'da alınacak değerlendirme raporuna da uygun olduğu ölçüde esas alınmalıdır.

Yönetim kurulunun hazırlayacağı raporda, asgari olarak aşağıdaki hususlara ilişkin bilgilerin yer alması zorunludur:

- “ 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 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”.*

Bu rapor, KYT m. 9/6'da öngörülen işleme ilişkin açıklama gerekliliğini karşıladığı için kamuya duyurulması gereken hususlar da bu kapsamda sayılmıştır. Ticari sır niteliğinde olmayacak sözleşmedeki unsurların da belirtilmesi gerektiği belirtilerek ticari sırların açıklanmayacağı da açıkça ifade edilmiştir.

Özetle, aynı mali yıl içerisinde aynı tarafla en az iki kere yapılan aynı nitelikteki işlemlerin toplanması sonucu % 10 eşiğini aşacağı öngörülüyorsa, işleme ilişkin raporda işleme ve taraflarına ilişkin bilgilerle birlikte işlemin piyasa koşullarına uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirme ve bu değerlendirmede temel alınan kriterlerin de yer alması gerekmektedir.

B. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE UYGULANMASI GEREKEN DİĞER DÜZENLEMELER

Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuatında bazı ilişkili taraf işlemi için uygulanması gereken başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Aşağıda ilgili düzenlemeler ele alınmıştır.

1. İlişkili Taraflar Lehine Teminat Verilmesi

a. Genel Olarak

Şirketin ve bunların bağlı şirketlerinin üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet vermesi hususu özel olarak KYT m. 12’de düzenlenmiştir⁸²⁷. Bu teminatların ilişkili taraflar lehine verilmesi durumunda hangi hükümlerin uygulanması gerektiği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda öğretide bir görüş bu özel düzenleme gereği, şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili tarafları lehine verecekleri teminat, rehin, ipotek ve kefalet gibi işlemlerin de bu maddeye tabi olacağını savunmaktadır⁸²⁸. Öğretideki diğer görüş ise bu işlemlerin ilişkili taraf lehine gerçekleştirilmesi durumunda KYT m. 9/3’ün uygulanacağını ve buna ilişkin prosedürün yürütülmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸²⁹.

Kanaatimizce ilişkili taraflar lehine teminat verilmesi durumunda da KYT m. 12 hükümleri uygulanmalı; ancak KYT m. 9’da belirtilen eşikleri aşan işlemler için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür de işletilmelidir. Üçüncü kişiler lehine teminat verilmesi KYT m. 12’de belirli amaçlarla sınırlı tutulsa da, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen koruma mekanizmasını karşılayacak nitelikte önlem içermemektedir. Bu nedenle KYT m. 12’de izin verilen ölçüde ilişkili taraflara teminat verilebileceği, KYT m. 9’da belirlenen oranları aşan işlemler yönünden ise prosedürün uygulanması gerekir. Önemli nitelikteki işlemler yönünden de bu sonuç kabul edilmiş, KYT m. 12’ye aykırı olmamak kaydıyla belirlenen ölçütlerini aşan işlemler yönünden

⁸²⁷ Bu hükümden önce SPK’nın halka açık şirketlerin verecekleri teminat, rehin ve ipoteklere ilişkin 09.09.2009 tarih ve 28/780 sayılı ve 27.10.2010 tarih ve 32/927 sayılı ilke kararları yer almaktaydı. Ancak bu ilke kararlarda kefalet sayılmıyordu. İlke kararlarda ele alınan konu KYT m. 12’de yeniden düzenlenmiş ve bu maddeye halka açık şirketlerin kefaletleri de eklenmiştir.

⁸²⁸ Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 276.

⁸²⁹ Veliye Yanlı, Halka Açık Anonim Şirketler ve Bağlı Şirketlerinin Teminat İşlemleri, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Ankara, BTHAE Yayınları, 2016, s. 366, 373.

önemli nitelikteki işleme ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Aynı sonucun ilişkili taraf işlemleri yönünden kabul edilmemesi açısından haklı bir gerekçe bulunmamaktadır.

KYT m. 1/4'te, payları borsada işlem görmeyen halka açık şirketlerin bu Tebliğ'in dördüncü bölümünde yer alan "*teminat, rehin, ipotek ve kefalet*" ilişkin 12. madde hükümlerine tabi olmadığı belirtilmiştir. Böylelikle KYT m. 12'inin uygulama kapsamı ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerle eş tutulmuş ve payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden düzenlemenin uygulama alanı ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle oldukça dar bir şirket çevresi yönünden hükmün uygulanması mümkün olmakta, kalan şirketler açısından ise hükümlerin uygulanması gönüllülük esasına dayanmaktadır⁸³⁰.

Ayrıca KYT m. 12/6'da da yatırım ortaklıkları, bankalar ve finansal kuruluşların, üçüncü kişiler lehine verdiği teminatların bu madde hükümlerine tabi olmayacağı belirtilmiştir. İstisna çevresinin de KYT m. 9'da sayılan istisnalar ile paralellik gösterdiği görülmektedir.

b. Üçüncü Kişiler Lehine Teminat Verme Yasağı

Payları borsada işlem gören halka açık şirketler ile onların bağlı şirketleri "*kendi tüzel kişilikleri lehine, finansal tablolarında tam konsolidasyon kapsamına dahil ettikleri ortaklıklar lehine ve olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla diğer üçüncü kişiler lehine*" teminat verebilecek, bunlar dışında üçüncü kişiler lehine teminat veremeyecektir⁸³¹. Böylelikle anılan bu istisnalar dışında, payları borsada işlem gören şirketlerin ve onların bağlı şirketlerinin üçüncü kişiler lehine teminat vermesi yasaklanmıştır. Bu yönde yasak getirilerek şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak bir faydası olmayacak teminatlar vermesinin önüne geçilmesi ve böylelikle şirketin

⁸³⁰ Diğer taraftan belirtelim; paylarını ilk defa halka arz eden veya borsada işlem görmek için SPK'ya başvuran şirketler KYT m. 12/5 uyarınca paylarının borsada işlem görmeye başladığı yılı izleyen dördüncü yılın sonuna kadar, KYT m. 12'ye aykırı olarak vermiş oldukları mevcut teminatlarını sıfır düzeyine indirmekle zorunlu tutulmuştur. Bu hükümle payları borsada işlem görmeye yeni başlayan şirketlere, düzenlemeye uyum sağlamaları için dört yıllık süre tanınmıştır (Bkz. Selma Kurtay, "Kurumsal Yönetim İlkelerinde Neler Değişti?", **TKYD -Kurumsal Yönetim Tebliği Özel Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 34.

⁸³¹ KYT m. 12/1.

malvarlığının başka kişiler lehine azaltılmasının engellenmesi amaçlanmıştır⁸³². Bağlı şirketler yönünden de aynı yasak getirilmiştir. Buradaki bağlı şirket TFRS 10'da tanımlanan bağlı şirketi ifade eder⁸³³. Ancak buradaki bağlı şirket herhangi bir halka açık anonim şirketin değil, payları borsada işlem gören anonim şirketin bağlı şirketi olmalıdır⁸³⁴.

Şirketlerin finansal tablolarında tam konsolidasyon kapsamına giren şirketler lehine teminat vermesi yasaklanmıştır. Konsolide finansal tablolar, konsolidasyon kapsamına giren şirketlerin tamamının finansal tablolarda yer alan varlıklar, gelirler, giderler, öz sermaye ve borçlarını birleştirilmesi suretiyle adeta tek bir şirket varmış gibi hazırlanan finansal tablolardır⁸³⁵. Bu nedenle konsolidasyon bünyesindeki şirketlerin farklı tüzel kişilikleri olmasına karşın ekonomik yönden bir bütün olarak ele alınırlar. Ekonomik yönden tek bir şirket gibi değerlendirilmesi nedeniyle bu şirketlere teminat verme konusunda istisna tanınmıştır⁸³⁶. Burada bu şirketlerin birbirleri için vermiş oldukları teminatların olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla verilmiş olması şartı ise aranmamıştır.

Konsolidasyon kapsamına giren şirketler için tanınan bu imkân, payları borsada işlem gören anonim şirketler ve bunların bağlı şirketleri açısından tanınmamıştır. Bunlar, diğer üçüncü kişi statüsünde sayılırlar ve kural olarak olağan ticari faaliyetin yürütülmesi amacıyla teminat verebilirler. Ancak SPK, payları borsada işlem gören şirketler ile bağlı şirketlerinin olağan ticari faaliyetin yürütülmesi dışında da teminat vermesine olanak tanıyan ilke kararını kabul etmiştir. SPK ilke kararında, halka açık şirketlerin veya bunların bağlı şirketlerinin kendilerine fon temin eden grup şirketi lehine teminat, rehin, ipotek veya kefalet vermesinin; kendilerine aktarılan fon tutarı ile sınırlı olması kaydıyla KYT m. 12'ye aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁸³⁷. Böylelikle konsolidasyon kapsamında olmasa da grup şirketlerinin de

⁸³² Manavgat, **Halka Arz**, s. 289.

⁸³³ TFRS 10 EK A'da bağlı şirket “*başka bir işletme tarafından kontrol edilen bir işletme*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁸³⁴ Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 375-376.

⁸³⁵ Terzi, **a.g.m.**, s. 255.

⁸³⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 289.

⁸³⁷ Bkz. SPK'nın (i-SPK. 17.5 (27.01.2016 tarihli ve 3/73 s.k.) İlke Kararı, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=3>, Erişim Tarihi: 15.03.2021. SPK'nın bu ilke

birbirleri lehine fon aktardığı hallerde, bu fon miktarı ile sınırlı olmak üzere teminat vermesine olanak tanınmıştır. Bu hallerde olağan ticari faaliyetin yürütülmesi amacının aranmasına da gerek yoktur⁸³⁸. TMS 24.9 uyarınca aynı grubun üyesi şirketler birbiriyle ilişkili taraf sayıldıkları için SPK burada aynı zamanda grup şirketlerinin teminat verilmesine yönelik ilişkili taraf işlemlerine de bir üst limit getirmiş olmaktadır.

Şirketlerin olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi maksadıyla üçüncü kişiler lehine verilen teminatlar da teminat verme yasağından muaf tutulmuştur. Burada üçüncü kişilere olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla verilen teminatlar ve bu amacın dışında başka amaçlarla verilen teminatlar yönünden ikili bir ayırım yapılarak ilki için teminat verilmesine imkân tanınmış, ikinci ayırım kapsamına giren teminatlar ise yasaklanmıştır⁸³⁹. Böylelikle KYT m. 9'da öngörülen eşiği aşan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak değerlendirme raporunda, bu teminatın şirketin olağan faaliyeti kapsamında verilip verilmediğinin yer alması gerekecektir. Burada olağan ticari faaliyet ile ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Şirketin olağan ticari faaliyeti esas itibarıyla fiili olarak gösterdiği faaliyetleri kapsar, bu nedenle şirket esas sözleşmesinde belirtilen işletme konusundan daha dar alanı ifade etmektedir⁸⁴⁰. Öğretide olağan yürütülen faaliyet kapsamında olmasa da şirket esas sözleşmesinde gösterilen işletme konusuna giren iş ve işlemlerle ilgili üçüncü kişiler lehine teminat verilebileceği savunulmaktadır⁸⁴¹. Ancak anılan hükümden doğrudan bu sonucuna ulaşılması olanaklı görülmemelidir. Madde şirketin faaliyetiyle bağdaşmayan veya ilgisi olmayan işlemlere yönelik teminat verilmesini engelleyerek şirketin malvarlığının korunmasını sağlama amacına hizmet etmektedir. Burada şirketin olağan ticari faaliyetleri kapsamında işletme konusundaki işlemlerin girip girmediği hususu her somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Zira şirketler o an fiili olarak

kararında ayrıca halka kapalı şirketlerin, halka açık anonim şirketler lehine verecekleri teminatların da KYT m. 12'ye aykırı olmayacağına karar verilmiştir. Burada bir üst limit öngörülmemiş, sadece halka kapalı şirketin halka açık şirketine teminat verirken olağan ticari faaliyetin sürdürülmesi amacı aranmaksızın teminat verme olanağı tanınmıştır (Bkz. Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 381).

⁸³⁸ Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 381.

⁸³⁹ Odman Boztosun, **KYT**, s. 42.

⁸⁴⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 289.

⁸⁴¹ **A.e.**

faaliyette bulunmadığı faaliyet konusu bir işle ilgili yeni bir yatırım yapılması için veya bu iş ve işlemlerde de faaliyete geçme amacıyla üçüncü kişiler lehine teminat verme yoluna gidilebilir. Bu yöndeki teminatlar için bir sorun teşkil etmediği, bu gibi şirketin lehine olacak hallerde işletme konusu kapsamında olan bu işlemlerle ilgili teminat verilebileceği kabul sonucuna varılabilir. Ancak diğer taraftan fiili olarak faaliyette bulunmadığı konularda teminat verilmesi ile şirketin malvarlığının azaltılması da amaçlanabilir. Bu nedenle baştan işletme konusundaki işlemlerle ilgili böyle bir serbesti tanınmaması gerektiği, somut olaya göre değerlendirilme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. KYT m. 12’de şirketin olağan faaliyeti kapsamında vereceği teminatlar için ayrı bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Bu koruma mekanizması da bu değerlendirmenin yapılmasında etkin rol oynayacaktır. Ancak bu koruma mekanizmasının KYT m. 9’daki gibi kapsamlı bir prosedür içermediğini de belirtelim.

Teminat verme yasağının bir diğer istisnasını, sermayelerine doğrudan katılınan iştiraklere ve iş ortaklığı lehine teminat verilmesi oluşturur. Ancak bu teminat doğrudan katılınan sermaye payı oranında verilebilecektir. Şirketin iştirakleri ve iş ortaklığı aynı zamanda şirketin ilişkili tarafları sayılırlar. Buradaki iştirak ve iş ortaklığı kavramları, TMS/TFRS’ye göre belirlenecektir⁸⁴². Bu iştirak ve iş ortaklığı lehine verilecek teminatların da olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla verilir verilemeyeceği hususu açık değildir. Ancak maddenin birinci fıkrasının düzenleniş biçimine göre, şirketin kendi lehine ya da tam konsolidasyona tabi olan şirketleri lehine verdiği teminatlar dışında üçüncü kişilere verdiği tüm teminatlar için bu koşulun geçerli olacağı sonucuna varılması mümkündür. Dolayısıyla iş ortaklığı ve iştiraklerin de üçüncü kişiler kapsamına girdiği ve olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla teminat verilmesiyle sınırlandırıldığı sonucuna varılması olasıdır⁸⁴³. Ancak burada bu sınır açıkça belirtilmese de teminat miktarı yönünden sınır getirilmiş ve teminatın doğrudan katılınan sermaye payı oranında verilebileceği düzenlenmiştir. Böyle bir sınır getirilmiş olması nedeniyle başkaca bir sınıra gerek olmadığı, olağan faaliyete

⁸⁴² İştirak önemli etki kavramı ekseninde düzenlenmiş ve önemli etki kurul olarak % 20 paya sahip olunmasını ifade ederken, iş ortaklığı ise müşterek kontrol altında düzenlenmiştir. Bu kavramlarla ilgili TMS/TFRS düzenlemeleri kapsamında açıklamalarımız için bkz. yuk. § 2/I/B/1/a(2).

⁸⁴³ Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 369.

ilişkin koşulun burada uygulanmayacağı öğretide ifade edilmektedir⁸⁴⁴. Kanaatimizce de bu istisna özelinde ayrı bir sınır öngörüldüğü için tekrardan şirketin olağan ticari faaliyeti amacıyla teminat verilmesi koşulu aranmamalıdır. Kaldı ki, iştirakler ve iş ortaklığı ilişkili taraf olduğu için ayrıca eşikleri sağlaması durumunda onlara verilen teminat işlemlerine ilişkili taraf işlemine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu nedenle hem miktar yönünden sınır hem de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerin uygulanma ihtimali olduğu için birinci fıkradaki sınırlamanın uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

Diğer taraftan iş ortaklığı ve iştirakler yönünden neden böyle bir sınır getirildiği de izaha muhtaçtır. Öğretideki bu sınır, teminat, rehin, ipotek veya kefalet miktarının sermaye katılma payı miktarını aşamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁴⁵. Öğretide bu sınırın şirketlerin veya bağlı şirketlerinin iştirak veya iş ortakları lehine verilecek teminatlarda, bu şirketlerde sermaye katılım payının itibari değerine göre sınırlama öngörüldüğü şeklinde yorumlanabileceği ancak bu halde de amaca uygun olmayacağı belirtilmiştir⁸⁴⁶. Yine aynı yazar tarafından bu sınırın, diğer ortakların bu iştirak ve iş ortaklıklarına verdiği teminatlar içinde, şirketin veya bağlı şirketlerinin iştirak ve iş ortaklıkları lehine verilecek teminatların oranının iştirak payı oranından fazla olamayacağı şeklinde yorumlanabileceği de savunulmuştur. Bu halde diğer ortaklar teminat vermedikçe şirketin veya bağlı şirketlerin de teminat veremeyeceğini, böylelikle teminat yükünün sınırlama kapsamındaki şirketlere yüklemeyeceğine işaret edilmiş ve amaçsal bakımdan bu yorumun kabul edilmesinin daha yerinde olduğu belirtilmiştir⁸⁴⁷. Ancak kanaatimizce madde lafzından, diğer ortakların iş ortaklığı ve iştirak lehine verdiği teminatlara göre bir üst sınırın belirlenmesi gerektiği sonucuna varılması olanaklı değildir. Böyle bir sınır iş ortaklıkları ve iştiraklerin teminat almasına da ayrı bir sınırlandırma getirmiş olmaktadır. Bu şekilde bir sınırlamanın ise yorum yoluyla getirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle burada şirketin veya bağlı

⁸⁴⁴ A.e., s. 369-370.

⁸⁴⁵ Odman Boztosun, **KYT**, s. 42; Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 369.

⁸⁴⁶ Manavgat, **Halka Arz.**, s. 290.

⁸⁴⁷ A.e.

şirketinin katılınan iştirak ve iş ortaklığındaki sermaye payının itibari değeriyle sınırlı olarak teminat verilebileceğinin kabulü daha uygun olacaktır.

Halka kapalı bağlı şirketlerin, halka açık ana şirketler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet vermesi de SPK ilke kararında KYT m. 12'ye aykırı olmadığı belirtilmiştir⁸⁴⁸.

c. Koruma Mekanizması

Olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla her koşulda üçüncü kişilere lehine verilen teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin YK kararı alınması zorunluluğu bulunmaktadır⁸⁴⁹. Yönetim kurulu kararı alınması zorunluluğu, yalnızca olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilecek teminat işlemleri için öngörülmüştür. Bu YK kararlarında da bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun onayı aranmaktadır. Yönetim kurulu toplantılarında, ilişkili taraf teşkil eden üyelerin oy kullanması yasaktır. Burada da, işlem bazında ilişkili taraf niteliğinde olanların katılamayacağı kabul edilmelidir.

Konuya ilişkin alınacak kararı bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu onaylamadığı takdirde olumsuz oy veren üyelerin muhalefet gerekçelerinin KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Yönetim kurulu kararı alınamamış olması veya bağımsız YK üyelerinin bu kararı onaylamaması işlemin yapılmasına engel teşkil etmemektedir⁸⁵⁰. Burada bağımsız üyelerin muhalefet gerekçelerinin KAP'ta açıklanması gerekli ve yeterlidir.

Son olarak üçüncü kişilere verilen rehin, teminat, ipotek ve kefalet ile elde edilen gelir ve menfaatler konusunda ayrı bir gündem maddesi ile olağan genel kurul toplantısında yer verilmesi gerekmektedir. Bununla pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Burada olağan genel kurul toplantısında bilgi verilmesinin yeterli olduğu belirtilerek, bu konuda şirketin olağanüstü genel kurula gitmesine gerek olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur.

⁸⁴⁸ Bkz. SPK'nın (i-SPK. 17.5 (27.01.2016 tarihli ve 3/73 s.k.) İlke Kararı, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=3>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.

⁸⁴⁹ KYT m. 12/3.

⁸⁵⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 291.

Son olarak bu koruma mekanizmasının KYT m. 9 uyarınca eşikleri aşmayan ilişkili taraf işlemleri için uygulama alanı bulacağını, KYT m. 9 kapsamına giren işlemler yönünden ise bu hükümdeki prosedürün işletilmesi gerektiğini hatırlatalım.

2. Önemli Nitelikteki İşlemler

SerPK m. 23'te halka açık şirketlerin önemli nitelikteki işlemleri düzenlenmiş ve bunlara uygulanacak usul ve esasları belirleme yetkisi SPK'ya bırakılmıştır. Bu işlemlerin kiminle yapıldığı önemli olmaksızın, önemli nitelikteki işlem ölçütlerini sağlıyorsa önemli nitelikteki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁸⁵¹. Önemli nitelikte işlem olarak nitelendirilen işlemlerin bir kısmı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemlerdendir. Öğretide bu işlemlere de özel hüküm niteliğinde olan önemli nitelikteki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁸⁵².

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin hükümler tüm halka açık anonim şirketler için uygulanmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17/3 ile KYT m. 9 ve 10 hükümleri ise sadece payları borsada işlem gören anonim şirketler yönünden uygulama alanına sahiptir. Bu açıdan önemli nitelikteki işlemlere ilişkin hükümlerin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen hükümlere nazaran daha geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Böylelikle payları borsada işlem görmeyen anonim şirketlerin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdikleri işlemler de önemli nitelik ölçütlerini karşılıyorsa II-23.3 Sayılı Önemli Nitelikleri İşlemler ve Ayrılma Tebliği'nin⁸⁵³ (Bundan sonra "ÖNİT" olarak anılacaktır) hükümleri kapsamında öngörülen usul ve esaslara tabi olmaktadır. SerPK m. 23'te beş önemli nitelikte işlem sayılmış ve bunlar dışında önemli nitelikteki işlemler ise ÖNİT m. 4 ve 6'da belirlenmiştir⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Damla Gül Tarhan, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 154.

⁸⁵² Evlek, **a.g.m.**, s. 450; Manavgat, **Halka Arz**, s. 306-307; Tarhan, **a.g.e.**, s. 154; Sönmez, **İlişkili Taraf İşlemleri**, s. 276; Cankat, **a.g.e.**, s. 352. Aksi görüş için bkz. Odman Boztosun, **Bağımsız YK Üyeliği**, s. 106. Yazar, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerde bağımsız YK üyelerinin itirazı üzerine genel kurul onayının gerektiği hallerde de nisabın farklı yetersayıya tabi olması gerektiğini, SerPK m. 17/3 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. Odman Boztosun, **Bağımsız YK Üyeliği**, s. 106).

⁸⁵³ "Önemli Nitelikteki İşlemler Ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3)", 27.06.2020 tarih ve 31168 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸⁵⁴ Ayrıca ÖNİT m. 4/1'de sayılmayan ancak bir bütün olarak değerlendirildiğinde şirketin temel faaliyetleri veya olağan ticari hayatından esaslı değişiklik yapılarak yatırımcıların kararlarının

Mülga II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği⁸⁵⁵,nin m. 5/1.e hükmünde, halka açık anonim şirketlerin ilişkili taraflarından önemli ölçüde malvarlığı edinmesi veya kiralaması işlemleri önemli nitelikte işlem olarak sayılmaktaydı⁸⁵⁶. ÖNİT'te ise ilişkili taraflardan önemli ölçüde malvarlığı edinilmesi veya kiralanması gibi işlemler önemli nitelikteki işlem kategorisinden çıkarılmıştır. Tebliğ'de neden böyle bir değişikliğe gidilmiş olduğu SPK tarafından belirtilmemiştir. Ancak artık önemli nitelikte işlem kategorisinde sayılmadığı için payları borsada işlem gören anonim şirketlerde ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek bu işlemlere de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Aşağıdaki ilişkili taraf işlemi niteliğinde sayılan önemli nitelikteki işlemler incelenmiş ve bunlara ilişkin uygulanması gereken esaslar ele alınmıştır.

a. Malvarlığı Konu Alan İşlemler

SerPK m. 23'te örnek kabilinden önemli nitelikte işlemler sayılmış ve bu işlemler arasında şirketin malvarlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devredilmesi veya üzerinde ayni hak tesis edilmesi veya kiralanması da sayılmıştır⁸⁵⁷. Şirketin malvarlığının devri veya ayni haklar tesis edilmesi, ilişkili taraflarla da gerçekleştirilecek işlemlerdendir. Bu nedenle ÖNİT kapsamında ölçütleri sağlayan malvarlığın devri veya ayni hak tesisi gibi işlemlerin ilişkili taraflarla gerçekleştirilmesi durumunda özel hüküm niteliğinde olan SerPK m. 23 ve ÖNİT hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

değişmesine yol açacak şirketin yapısına ilişkin temel işlemlerin de SPK tarafından önemli nitelikte işlem olarak kabul edilebileceği öngörülmüştür (ÖNİT m. 4/3). Bu nedenle SPK tarafından anılan sebeplerle gerekli görülmesi halinde ÖNİT'te sayılmayan işlemler de önemli nitelikte işlem olarak nitelendirilebilecektir.

⁸⁵⁵“Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.1)”, 24.12.2013 tarih ve 28861 sayılı RG’te yayımlanmıştır.

⁸⁵⁶ Bu hükümle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Gülçin Çam, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 106-110; Tarhan, **a.g.e.**, s. 154-156; Manavgat, **Halka Arz**, s. 306-310.

⁸⁵⁷ Bu önemli nitelikteki işlem ÖNİT m. 4’de de tekrarlanmış ve Tebliğ’in 6. maddesinde belirtilen ölçütleri sağlayan malvarlığının devri veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuracak işlemler veya KYT m. 12 hükmüne aykırı olmamak şartıyla üçüncü kişiler lehine ayni hak tesis edilmesine yönelik işlemlerin önemli nitelikte işlem olduğu belirtilmiştir.

Malvarlığı kavramı ÖNİT'in tanımlar başlıklı 3. maddesinin j bendinde tanımlanmış ve malvarlığının “ortaklığın finansal tablolarında duran varlık olarak sınıflandırılan varlıkları ve satış amaçlı sınıflandırılan duran varlıkları ile bağlı ortaklıkları” ifade ettiği belirtilmiştir⁸⁵⁸. Buradaki malvarlığı hem menkulleri hem de gayrimenkulleri kapsamaktadır⁸⁵⁹. Tesis edilecek aynı hakkın türü önemli değildir. Ancak üçüncü kişiler lehine teminat tesis edilmesine ilişkin işlemlerin, KYT m. 12’de düzenlenen üçüncü kişiler lehine teminat verme esaslarına aykırı olmayacak şekilde gerçekleştirilmesi şarttır⁸⁶⁰. Bu kapsamda, aynı hak tesisinde KYT m. 12 hükmüne riayet edilecek ve bu maddede yasaklanan hallerde üçüncü kişiler lehine teminat verilemeyecektir. Bu madde hükmüne uygun teminat verilmesi halinde ise ÖNİT m. 6’daki ölçütleri karşılayan işlemler önemli nitelikte işlem olarak kabul edilecek ve ÖNİT hükümlerinin yerine getirilmesi gerekecektir⁸⁶¹.

Şirketin malvarlığının devri veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuran işlemler ile üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis edilmesine yönelik işlemler için önemlilik ölçütü ÖNİT m. 6’da düzenlenmiştir. Bu maddede halka açık anonim şirketlerin niteliğine göre malvarlığını konu alan işlemlerle ilgili önemlilik ölçütü %50 veya %75 olmak üzere iki farklı oran şeklinde belirlenmiştir⁸⁶². ÖNİT’te öngörülen

⁸⁵⁸ Maddi duran varlıklar, TMS 16 –Maddi Duran Varlıklar Standartı Para. 6’da “(a) Mal veya hizmet üretimi veya arzında kullanılmak, başkalarına kiraya verilmek veya idari amaçlar çerçevesinde kullanılmak üzere elde tutulan ve (b) Bir dönemden daha fazla kullanımı öngörülen, fiziki kalemler” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁸⁵⁹ Burak Adıgüzel, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, s. 1-52. Malvarlığının devri veya bu sonucu doğuran işlemlerle ise “TFRS 16 Kiralamalar” uyarınca kiraya veren yönünden finansal kiralama olarak nitelendirilen kiralama veya trampa gibi işlemlerin tesis edilmesi kastedilmektedir. Bkz. SPK, **Önemli Nitelikteki İşlemler Ve Ayrılma Hakkı Tebliği Uygulama Rehberi**, s. 1, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1313>, 16.03.2021. Ayrıca kiraya veren yönünden finansal kiralama olarak sınıflandırılan işlemler için bkz. TFRS 16.61 vd.

⁸⁶⁰ Mülga II.23.1 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinde aynı hak tesisi yalnızca, “mal varlığının tümü veya önemli bir bölümü üzerinde aynı hak tesis edilmemesi” şeklinde ifade edilmiş ve KYT m. 12 hükmü ile ilgili hususa yer verilmemişti. Bundan hareketle öğretide önemli nitelikte işlem kapsamına giren işlemlerin genel kurul tarafından onaylanacağı için üçüncü kişi lehine yapılacak teminat işlemlerinde KYT m. 12/1(c) hükmünün burada dikkate alınmasına gerek olmadığı ve şirketin olağan faaliyetinin yürütülmesi kapsamında teminat verip vermediği hususunun önem arz etmediği ileri sürülmekteydi. (Bkz. Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 368). Ancak ÖNİT’te açıkça KYT m. 12’ye aykırı hareket edilmemesi gerektiğine işaret edildiği için önemli nitelikte işlem kapsamında olsa dahi bu hükümlere uyulması gerekliliği konusunda bir tartışma kalmamıştır.

⁸⁶¹ SPK, **ÖNİT Uygulama Rehberi**, s. 1.

⁸⁶² Mülga II-23.1 sayılı Tebliğ’de bu oran sadece % 50 olarak öngörülmüşken ÖNİT’te % 75 olarak kabul edilmiştir. SPK burada işlemin önemli sayılması için % 75 oranını öngörerek oldukça yüksek bir

oranların altında kalmak maksadıyla ekonomik bütünlük oluşturan malvarlığı konusu bu işlemlerin ilk işlemin yapıldığı tarihten itibaren on iki aylık dönem içerisinde birkaç seferde yapılması halinde, bu işlemler tek bir işlem olarak dikkate alınacak ve ÖNİT hükümlerine tabi olacaktır. Burada oranın altında kalmak için işlemlerin bölünerek yapılmak suretiyle ÖNİT hükümlerinin dolanılması önlenmek istenmiştir.

Konsolide finansal tablo hazırlayan halka açık şirketlerin bu oranları hesaplarken bağlı şirketlerinin yaptığı işlemleri de dikkate alması gereklidir. Böylelikle halka açık hakim şirket açısından konsolide finansal tablolarında önemlilik ölçütlerini sağlayan ve bağlı şirketler tarafından yapılan işlemler de önemli nitelikte işlem sayılacaktır. Bu kapsamda ÖNİT’den doğacak yükümlülükleri de ana şirketin yerine getirmesi gereklidir. Ancak bu durum halka açık olan bağlı şirketin ÖNİT kapsamında doğan yükümlülüklerine de halel getirmez. İşlem halka açık bağlı şirket yönünden de önemli nitelikte sayılıyorsa hem ana şirket hem de bağlı şirket ÖNİT kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmelidir⁸⁶³.

b. Sermaye Artırımında Elde Edilecek Fonun İlişkili Taraflara Olan Borcun Ödenmesinde Kullanılması

şik belirlemiştir. ÖNİT m. 6/1’de, malvarlığını konu alan bu işlemlerin önemli nitelikte sayılabilmesi için 8. madde çerçevesinde alınan YK kararı tarihinde; işlem konusu malvarlığının açıklanan son finansal tablolarına göre kayıtlı değerinin varlık toplamına oranının veya kamuya açıklanmış son yıllık finansal tablolarına göre işleme konu malvarlığından sağlanan gelirin yürütülen faaliyetler dönem net kar/zararına etki eden bütün gelir kalemlerinin toplamına oranı % 75’ten fazla olması şarttır. İşlem konusu malvarlığın devri olduğunda ayrı bir ölçüt daha öngörülmüş ve işlem tutarının son altı aylık dönem içinde günlük olarak düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatının aritmetik ortalaması nazara alınarak hesaplanacak şirket değerine oranının % 75’i aşmayacağı belirtilmiştir. Anılan bu son ölçüt sadece malvarlığın devri işlemlerinde geçerli olmakta diğer malvarlığına konu işlem türleri yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır (Bkz. ÖNİT m. 6.(3)). % 50’lik ölçüt ise malvarlığını konu alan işleme ilişkin YK kararının açıklandığı tarih itibarıyla, KYT’de belirtilen birinci ve ikinci grupta⁸⁶² yer alan şirketler ile girişim sermayesi ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları dışındaki payları borsada işlem gören şirketlerden fiili dolaşımdaki pay oranı⁸⁶² % 50’yi aşanlar için uygulanacaktır. Böylelikle anılan bu halka açık şirketler için önemlilik ölçütü % 50 olarak esas alınacaktır. Ayrıca bu şirketlerin bu orana bağlı kalmaksızın şirketin fiili faaliyet konusunun tamamıyla değişmesine yol açacak malvarlığına konu sayılan işlemleri de önemli nitelikte işlem olarak kabul edilecektir. ÖNİT m. 6/6’da belirli koşulların varlığı halinde orana bakılmaksızın önemli nitelikte işlem sayılacağına öngörülmesi öğretide dolaylı olarak önemli nitelikte işlem belirlemesi şeklinde yorumlanmıştır (Bkz. Damla Gül Tarhan, “*Önemli Nitelikteki İşlem Uygulamasına İlişkin Yeni Kurallar*”, **Lexpera Blog**, 21.07.2020, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/onetli-nitelikteki-islem-uygulamasina-iliskin-yeni-kurallar/>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.

⁸⁶³ SPK, ÖNİT Uygulama Rehberi, s. 2.

Pay Tebliği'nin⁸⁶⁴ 12. maddesinin altıncı fıkrasında, *“Halka açık ortaklıklar tarafından yapılacak bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve Kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olması durumunda gerçekleştirilecek sermaye artırımı”* nın SerPK m. 23 uyarınca önemli nitelikte işlem sayılacağı belirtilmiştir⁸⁶⁵. Bu halde, sermaye artırımına ilişkin SPK'nın onayladığı izahnamenin ihraççıya verilmesinden önce SerPK m. 24 uyarınca şirket ayrılma hakkı tanınması ve buna ilişkin işlemlerin tamamlanmış olması gerekmektedir.

Pay Tebliği'nde pay sahiplerine şirketten çıkma hakkı getirilerek, bu işlemlere karşı pay sahipleri korunmaya çalışılmıştır. Ayrıca önemli nitelikte işlem kapsamına alınarak da ilişkili taraflara varlık devri nedeniyle borç adı altında para aktarılması önlenmek istenmiştir. Ancak bu koruma ilişkili taraflarla borçlanma işleminin yapılmasına yönelik değil, borçlanma işlemi yapıldıktan sonra bunun ödenmesi noktasında bir sınırlama getirmektedir. Zira hüküm kapsamında önemli nitelikteki işlemden söz edebilmek için öncelikle ilişkili tarafların şirkete nakit dışında bir varlık devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme akdedilmiş olmalıdır. Bu sözleşmeden doğan nakit borcunun sermaye artırımı ile elde edilecek nakitten ödenmesi önemli nitelikte işlem kapsamına girer⁸⁶⁶. Bu nedenle ilişkili taraflara borç verilmesine yönelik işlemler yapılmadan önce payları borsada işlem gören şirketler yönünden, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaya devam edecektir. Bu açıdan bu hüküm özellikle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı şirketlerde önemli bir koruma işlevi görecektir.

Halka açık anonim şirketlerin sermaye artırımı sonucunda elde ettiği mevcut sermaye miktarından fazla fonu ilişkili taraflarına olan nakit dışındaki varlık

⁸⁶⁴ Pay Tebliği (VII-128.1), 22/6/2013 tarih ve 28685 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸⁶⁵ Bu önemli nitelikteki işlem, Mülga II-23.1 sayılı Tebliğ'in 5/1.g hükmünde önemli nitelikteki işlem kategorisinde sayılıyordu. Böylece Tebliğ yürürlükteyken aynı hüküm hem Pay Tebliği'nde hem de II-23.1 sayılı Tebliğ'de yer almaktaydı. ÖNİT de ise bu düzenlemeye yer verilmemiş anılan işlem önemli nitelikteki işlemler kapsamında sayılmamıştır. Ancak ÖNİT m. 4/4'te SPK'nın diğer düzenlemelerinde önemli nitelikteki işlem olduğu belirtilen işlemlerin de ÖNİT hükümlerine tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle Pay Tebliği'nde belirtilen önemli nitelikteki bu işlem de bu kapsama girmektedir (Bkz. Tarhan, **a.g.e.**, s. 158).

⁸⁶⁶ Tarhan, **a.g.e.**, s. 158.

devirlerinden kaynaklanan borcun ödenmesinde kısmen veya tamamen kullanılması önemli nitelikte işlem sayılmaktadır. Buna göre şirketin mevcut sermayesini aşan miktarda öncelikle bedelli bir sermaye artırımını yapılması ve elde edilen miktarın TMS 24 uyarınca belirlenecek ilişkili taraflara nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçları için ödenmesi gerekmektedir. Bedelli sermaye artırımını ile elde edilen fonun ilişkili taraflara ödenecek borcun ödenmesinde kısmen kullanılması önemli nitelikte sayılmış; ancak “kısmen” kelimesiyle hangi oranın bu kapsamda sayılacağı hususu belirtilmemiştir. Bu nedenle çok küçük bir ödemenin de bu kapsamda sayılıp sayılmayacağı hususu ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Sermaye artırımını yapılırken elde edilecek fonun ilişkili tarafa borcun ödenmesinde kullanılacağı ya da ne kadarının kullanılacağı da belirsizdir. Öğretide, bu belirsizliğin sermaye artırımının görüşüleceği genel kurul toplantı gündeminde yer verilerek çözülebileceği belirtilmiştir⁸⁶⁷.

Diğer taraftan burada fonun ilişkili taraflara olan borç için kullanılması belirtilmişse de ne şekilde ve ne kadar sürede kullanılması gerektiği gibi hususlara değinilmemiştir. Bu nedenle sermaye artırımında elde edilen meblağın hemen kullanılmaması, finansal araçlara yatırılarak ya da bankada mevduat hesabı açılarak nemalandırılmasından sonra borcun ödenmesi halinde de bu hüküm kapsamına girip girmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide sermaye artırımını ile elde edilen fonun ve bundan herhangi bir ticari faaliyette bulunmaksızın sağlanan nemanın ilişkili tarafa borç ödemedede kullanılmasının Pay Tebliği kapsamında önemli nitelikteki işlem olarak kabul edilmesi gerektiği; ancak elde edilen bu nakdin, şirketin ticari faaliyetinde kullanılması ve bu yolla elde edilen kazançla ilişkili tarafa borcun ödenmesi halinde bu kapsamda sayılmaması gerektiği belirtilmektedir⁸⁶⁸. Sermaye artırımından ne kadar süre sonra paranın borcun ödenmesi için kullanılmasının önemli nitelikte işlem kapsamında sayılacağı hususu da açık değildir. TTK m. 356’daki kanuna karşı hile hükmündeki gibi iki yıllık bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle sermaye artırımını ile elde edilen meblağın uzun süre ne için kullanıldığını takip etmek son derece güçtür,

⁸⁶⁷ Çam, **a.g.e.**, s. 117.

⁸⁶⁸ Manavgat, **Halka Arz**, s. 309-310.

olması gereken bakımından bu hükmün uygulanabilmesi için bir süre sınırlaması getirilmesi yerinde olacaktır⁸⁶⁹.

c. Koruma Mekanizması

Önemli nitelikteki işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için ilk olarak yönetim kurulunun işlemin esaslarını belirlediği bir karar alması ve ardından bu işlemin genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. SerPK m. 24'te önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul kararı alınması koşuşundan bahsedilirken, ÖNİT düzenlemelerinde genel kurul kararı öncesinde YK kararının alınması aranmıştır. Böylelikle karar alma sürecinde ilk aşama olarak yönetim kurulunun esasa ilişkin karar alınması, daha sonra bu kararın genel kurul toplantısında görüşülerek onaylanması şartı getirilmiştir⁸⁷⁰. Ancak burada ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürden farklı olarak işlemi onaylama yetkisi genel kurula bırakılmıştır⁸⁷¹. Bir işlemin önemli nitelikteki işlem olup olmadığı ve ÖNİT'te yer alan önemlilik ölçütünü sağlayıp sağlamadığını değerlendirme ve buna ilişkin karar alma sürecinin yürütülmesi YK tarafından yerine getirilmektedir. Bu nedenle yönetim kurulunun işlemi onaylama yetkisi bulunmasa da önemli nitelikteki işlemin nitelendirilmesinde ve karar alma sürecinin yürütülmesinde önemli bir işlevi bulunmaktadır⁸⁷².

(1) Yönetim Kurulu Kararı Alınması

Yönetim kurulunun önemli nitelikteki işlemin esaslarını belirlediği karar alırken uyması gereken usul ve esaslar ÖNİT m. 8'de düzenlenmiştir⁸⁷³. Yönetim kurulu işlemin esasına ilişkin karar alacağı için işlemin niteliği ve işlemin varsa tutarının, işlemin tarafları gibi işleme ilişkin esaslı unsurlara kararda yer verilmesi gereklidir.

⁸⁶⁹ Aynı yönde bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 309-310.

⁸⁷⁰ Tarhan, **a.g.e.**, s. 211.

⁸⁷¹ ÖNİT m. 7/2'de de bu husus vurgulanmış ve genel kurulun önemli nitelikteki işlemin yapılabilmesi için yönetim kuruluna önceden izin verilmesine yönelik bir karar almış olsa dahi bu kararın işlemin genel kurul tarafından onaylanması gerekliliğinin ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

⁸⁷² Tarhan, **a.g.e.**, s. 206-210; Çam, **a.g.e.**, s. 124.

⁸⁷³ Bu maddeye göre, anılan yönetim kararında önemli nitelikteki işlemin niteliğine, ÖNİT'in ikinci bölümü kapsamında önemli nitelikteki işlemlere ve ölçütlerine ilişkin yapılan değerlendirmelere, bu işleme esas teşkil eden değerlemelerin veya raporların olması durumunda bunların özeti veya sonucuna, işlemin yapılma gerekçesine, ayrılma hakkının kullanım fiyatına, hangi pay sahiplerinin hangi koşullarla ayrılma hakkından yararlanabileceğine ve SPK'ya pay sahiplerine ayrılma hakkının kullanılması yükümlülüğünden muafiyet başvurusunda bulunulacaksa bu başvurunun dayandığı hükümlere ilişkin bilgilere yer verilmesi zorunludur.

İşlemin tarafları ilişkili taraf ise bunların ilişkili taraf oldukları da açıkça belirtilmelidir. Yönetim kurulunun alacağı kararda öncelikle önemli nitelikteki işlemin niteliğine ve önemlilik ölçütlerine göre değerlendirmelerine yönelik açıklamalar ve varsa buna ilişkin rapor ve değerlemelerin özetine veya sonuç kısmına ilişkin bilgiye yer almalı ve işlemin yapılma gerekçesinin belirtilmesi gereklidir⁸⁷⁴.

TTK m. 390 uyarınca aksine ağırlaştırıcı bir nisap öngörülmemişse, YK kararı alınırken bağımsız üyelerin de dâhil olduğu YK üyelerinden toplantıya katılanların çoğunluğuyla karar alınabilecektir. Bağımsız YK üyelerin, mutlak surette oylamaya katılmaları zorunlu tutulmamıştır⁸⁷⁵. Yönetim kurulu kararının bağımsız YK üyelerinin oy kullanıp kullanmadığı bilgisi ve bu üyelerin muhalefet şerhlerinin olması durumunda bu şerh ile birlikte SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin hükümleri uyarınca kamuya açıklanması gereklidir⁸⁷⁶. Görüldüğü üzere burada ilişkili taraf işlemlerindeki prosedürden farklı olarak bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemleri onaylaması gibi bir şart öngörülmemiş, YK kararında sadece bağımsız yönetim kurulunun üyelerinin oy kullanıp kullanılmadığının ve olumsuz oy kullanılmış ise muhalefet şerhlerini belirtmeleri zorunlu tutulmuştur⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ Önemli nitelikteki işlemin sonuçları kapsamında pay sahiplerine ayrılma hakkı tanındığı için kararda belirtilmesi gereken esaslar arasında pay sahiplerinin ayrılma hakkının kullanılması hakkında bilgilendirilmesi de zorunlu tutulmuştur. Özellikle işlemin gerçekleştirilme gerekçesinin belirtilmesi zorunluluğu, pay sahiplerinin bilgi sahibi olarak şirkette kalma ya da ayrılma konusunda karar almalarını sağlamakta ve bu yönüyle pay sahiplerinin korunması işlevini görmektedir (Bkz. Tarhan, **a.g.e.**, s. 171-172).

⁸⁷⁵ Bağımsız YK üyesi bulundurma yükümlülüğü bütün halka açık anonim şirketler yönünden zorunlu tutulmadığı için bu yönde gereklilik öngörülmemiştir.

⁸⁷⁶ Payları borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulunun önemli nitelikteki işlemin esasına ilişkin almış olduğu bu kararının, II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği uyarınca KAP'ta aynı gün borsa pay piyasasının işlem saatleri dışında (seans bitiminde) açıklanması şart koşulmuştur. (Bkz. SPK, **ÖNİT Uygulama Rehberi**, s. 2). Alınacak YK kararının yatırımcının kararlarına etki edecek hususların açıklanmasını sağlamaya hizmet eden SPK'nın özel durumlara ilişkin düzenlemeleri kapsamında açıklanması, önemli nitelikte işleme ilişkin karar alma prosedürünün başlatıldığının yatırımcılara duyurulması amacı taşımaktadır (Bkz. Tarhan, **a.g.e.**, s. 182).

⁸⁷⁷ Bağımsız üyelere bir onay yetkisi tanınmamış; sadece üyelerin varlığı halinde onların oyları konusunda bilgiye yer verilmesi gerekli ve yeterli görülmüştür. Bağımsız YK üyelerinin hangi yönde oy kullandıkları ve neden olumsuz oy kullandıkları yatırımcıların ve pay sahiplerinin bilgilendirilmesi açısından öneme sahiptir. Zira bağımsız üyelerinin taşınması gereken özellikler ve sahip oldukları yetkinlikleri, bilgi ve tecrübeleri işlemin gerekli olup olmadığı ve işlemin etkileri konusunda değerlendirmelerini önemli kılmakta, yatırımcılar ve pay sahiplerinin işleme ilişkin alacakları kararlarda da etkili olmaktadır. Bu itibarla önemli nitelikteki işlemlerde bağımsız YK üyeleri, yatırımcıların ve pay sahiplerinin bilgilendirilmesini sağlama fonksiyonu görmektedir.

(2) Genel Kurulun İşlemi Onaylaması

i. Genel Olarak

Genel kurul toplantısının çağrı ve ilanı için gerekli usule yönelik ÖNİT’te ayrı bir prosedür öngörülmemiş; sadece gündemin içeriğinin nasıl olması gerektiğine ilişkin hususlara yer verilmiştir. Önemli nitelikteki işlemin onaylanacağı genel kurul toplantısının gündeminde ayrı ayrı yer alması gereken hususlar düzenlenmiştir⁸⁷⁸. Bu kapsamda öncelikle işlemin niteliği ve işlemin varsa tutarının, işlemin tarafları gibi işleme ilişkin esaslı unsurları belirtecek şekilde işlemin genel kurulun onaya sunulduğu hususunun gündem maddesinde ayrı bir madde olarak yer verilmesi gerekmektedir⁸⁷⁹. Bu zaten önemli nitelikteki işlemin onaylanmasına ilişkin genel kurul toplantısının yapılma sebebidir.

Önemli nitelikteki işlemlerin, YK karar tarihi ile varsa işleme ilişkin SPK ya da diğer ilgili kurum ve kuruluşların izin veya onay tarihinden sonraki tarihli olandan itibaren en geç üç ay içinde genel kurulun onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir⁸⁸⁰. Burada YK karar tarihi ile işleme ilişkin varsa kurumlardan alınması

⁸⁷⁸ ÖNİT m. 9.

⁸⁷⁹ ÖNİT m. 8/3 uyarınca yönetim kurulunun önemli nitelikteki işleme dair genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce, “*ayrılma hakkı kullanımları sonucunda ortaklığın katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşacak olması veya belirlenen orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması halinde*” genel kurulun işlemi onaylamasına rağmen bu işlemten vazgeçilmesi hususunun genel kurulun onayına sunulmasını da kararlaştırabileceği düzenlenmiştir. Esasen bu imkân yönetim kurulunun önemli nitelikteki işlemin onaylanması ile ayrılma hakkının kullanılması durumunda şirketin zor durumda kalıp kalmayacağını öngörme yükümlülüğü olduğunu ortaya koymaktadır. Yönetim kurulunun bu madde uyarınca işlemin yapılmasından vazgeçilmesini kararlaştırdığı hallerde, gündemde işlemten vazgeçilmesine ilişkin koşulları da içerecek şekilde işlemten vazgeçilmesinin genel kurulun onayına sunulmasının da ayrı bir madde olarak yer alması gerekmektedir. Ayrıca ayrılma hakkına ilişkin bilgi dokümanı hazırlanması ve bu dokümanda ayrılma hakkından yararlanabilecek kişilerin belirtilmesi, bu hakkın nasıl kullanılacağı ve kullanım sürecine ilişkin açıklamalarla ayrılma hakkının fiyatına ilişkin bilgilere yer verilmesi zorunludur. Gündemde de ayrılma hakkının kullanımı ile ilgili detaylı açıklamaların bilgilendirme dokümanında yer aldığına ilişkin bilgiye ayrı bir gündem maddesi olarak yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

⁸⁸⁰ Mülga II-23.1 sayılı Tebliğ’de önemli nitelikteki işlemler için genel kurulun onayının YK kararından ne kadar süre sonra alınması gerektiğine ilişkin bir süre sınırı öngörülmemiştir. Öğretide YK kararı alınmasından sonra genel kurulun onayının alınması sürecinin kısa tutulmasının yatırımcılarının değerlendirmesi ve yatırım kararı alması için yeterli olmayabileceği, çok uzun tutulmasının da pay sahiplerinin zarara uğramasına yol açabileceği belirtilerek bu sürecin pay sahiplerinin zararına olacak kadar uzun tutulmaması, yatırımcıların yatırım kararı vermelerine engel olacak kadar da kısa süre olmamasına yönetim kurulunun özen göstermesi gerektiği belirtilmekteydi (Bkz. Tarhan, **a.g.e.**, s. 182-185). ÖNİT’de azami sınır getirilerek bu eksiklik böylelikle giderilmiştir.

gereken onayların tarihi farklı ise en son tarihli olan baz alınarak bu tarihten sonrası için üç aylık süre işletilecektir.

Önemli nitelikteki işlemin görüşülmesine ilişkin genel kurul toplantısının olağan veya olağanüstü şekilde yapılması konusunda bir düzenleme bulunmadığı için her iki şekilde de toplantının yapılması olanaklıdır. Ancak genel kurulun onayına sunulması için üç aylık süre şartı bulunduğu için YK kararı alındığında olağan genel kurul toplantısının yapılmasına daha uzun bir sürenin olması durumunda olağanüstü genel kurul toplantısı yapılması gerekecektir.

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul kararının alınması için gerekli nisaplar SerPK m. 29/6'da düzenlenmiş, aynı düzenlemeye ÖNİT m. 10'da da yer verilmiştir⁸⁸¹. İlişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerde de genel kurul karar nisabı bu maddeye göre hesap edilecektir⁸⁸². Önemli nitelikteki işleme ilişkin karar alınabilmesi için toplantıya katılıma göre iki farklı karar nisabı belirlenmiştir. İlkinde, toplantı nisabı aranmaksızın esas sözleşmede daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde sadece toplantıya katılanlardan oy hakkına sahip payların üçte ikisinin olumlu oyuyla karar alınabilirken, ikincisinde ise toplantıya sermayeyi temsil eden oy hakkına haiz payların en az yarısının katılması halinde, daha ağır nisap esas sözleşmede yer almadıkça, toplantıya katılan oy hakkına sahip payların çoğunluğu ile de karar alınabilmektedir⁸⁸³.

ii. Oydan Yoksunluk

SerPK m. 29/6'da önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurulda TTK m. 436/1 uyarınca taraf olan pay sahiplerinin oy kullanamayacakları düzenlenmiştir. ÖNİT'te

⁸⁸¹ ÖNİT m. 10/4'da bu nisaplar önemli nitelikteki işlemin onaylanmasında olduğu gibi önemli nitelikteki işlemde vazgeçilmesine ilişkin gündem maddesinin oylamasında da uygulanacağı belirtilmiştir.

⁸⁸² Nisabın SerPK m. 17/3'e göre tayin edileceği görüşü için bkz. Odman Boztosun, **Bağımsız YK Üyeliği**, s. 106.

⁸⁸³ Böylelikle önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurulda esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın toplantıya katılanlardan oy hakkını haiz olan paylardan üçte ikisinin olumlu yönde oy kullanması ile karar karar alınabilecek ancak sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en yarısının toplantıda hazır bulunması durumunda ise katılanların çoğunluğunun olumlu yönde oy kullanması halinde karar alınabilecektir. SerPK m. 29/6'da bu nisapların esas sözleşme ile hafifletilmesi yasaklanmış ve bu nisapları hafifleten esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir.

ise oydan yoksunluk hali daha farklı şekilde kaleme alınmış⁸⁸⁴, TTK m. 436 hükmüne atıf yapılmakla birlikte bu maddeye nazaran oydan yoksunluğun kapsamı genişletilmiştir⁸⁸⁵. Ancak önemli nitelikteki işlemlerin onaylanmasına ilişkin genel kurulda oydan yoksunluk SerPK m. 29’da düzenlenmiş, bu konuda SPK’ya düzenleme yetkisi verilmemiştir. Tebliğ hükmü, yetki tanınmamış bir konuda düzenlenmiş olması ve oydan yoksunluk hallerinin kapsamının SerPK’ya göre genişletilmesi nedeniyle hukuka aykırıdır⁸⁸⁶. Bu nedenle hukuka aykırı olan bu hükme uyulmaması durumunda TTK m. 445 vd. hükümlerine göre iptal davası açılması mümkün olmaz. Zira TTK m. 445 hükmünde iptal sebepleri arasında sayılan kanuna aykırılık kapsamına, yalnızca kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak çıkarılan ve yine kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde tesis edilen ikincil düzenlemeler girmektedir⁸⁸⁷.

TTK m. 436/1’deki koşulların gerçekleşmesi halinde oydan yoksunluk gerçekleşmiş olacağı için ayrıca ÖNİT hükümlerine göre başka koşullara bakılmasına gerek yoktur⁸⁸⁸. Tebliğ hükmünde de oydan yoksunluğun belirlenmesinde önemli nitelikteki işlemlere taraf olma konusunda TTK m. 436’ya atıfta bulunulmuşsa da kapsam oldukça geniş tutulmuştur. Tebliğ hükmüne göre oydan yoksunluk, nihai kontrol eden statüde bulunan pay sahibi gerçek kişinin veya bunların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin, gerçek kişilerin kendileri için kişisel nitelikte doğrudan sonuç doğuyor olması halinde söz konusu olmaktadır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ ÖNİT m. 10/2 hükmüne göre, “önemli nitelikteki işleme TTK’nın 436 ncı 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”.

⁸⁸⁵ Öğretide Yanlı ise SerPK ve ÖNİT hükümlerinin birbirinden farklı olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 371.

⁸⁸⁶ Tarhan, **a.g.e.**, s. 194; Manavgat, **Halka Arz**, s. 314. Öğretide bazı yazarlar da SPK’ya tanınan düzenleme yetkisinin bir pay sahibinin oydan yoksun kılınmasını kapsayıp kapsamadığının sorgulanması gereken bir sorun olduğu işaret etmiştir. Bkz. Tekinalp/Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Kanunu**, s. 34-35.

⁸⁸⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 314.

⁸⁸⁸ Tarhan, **a.g.e.**, s. 196. TTK m. 436’da pay sahiplerinin, şirket ile kendisi, eşi, alt soyu ve üst soyu ya da bunların ortak oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri arasındaki kişisel nitelikte bir işleme, yargı kurumu veya hakemdeki davaya ilişkin müzakerelerde ilişkin oy kullanamayacakları düzenlenmiştir. Önemli nitelikteki işlemlerde oy kullanamayacaklar belirlenirken işlemin kişisel nitelikte olması aranacaktır (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 314).

⁸⁸⁹ Yönetim kontrolü kavramı ÖNİT’te tanımlanarak “Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip

Tebliğ’de oydan yoksunluk hallerinin uygulanmayacağı ilgili işlemler ve gündem maddeleri ayrılmıştır. Buna göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin pay sahipleri için kişisel nitelikte sonuç doğurmadığı kabul edilecek ve bu işlemlerde oydan yoksunluk söz konusu olmayacaktır. Yönetim kurulunun önemli nitelikteki işlemde vazgeçilmesini kabul etmesi halinde vazgeçmeye ilişkin gündem maddesi oylamasında da oydan yoksunluk halleri uygulanamayacaktır. Öğretide, ÖNİT’teki bu hükümler ile oydan yoksunluk hallerinin sınırlandırıldığı hem oy kullanılamayacak işlemlerin hem de pay sahiplerinin çevresinin daraltılmış olduğu ifade edilmiştir⁸⁹⁰.

d. Pay Sahibinin Korunmasına İlişkin Getirilen Diğer İmkânlar

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin karar alma sürecinde pay sahiplerinin yeterli bilgi sahibi olarak işlemin kendileri açısından etkilerinin doğru değerlendirip öyle karar almaları sağlanmaya çalışılırken, diğer taraftan da kararın alınmasında azınlıkta kalan pay sahiplerine belirli koşullarla ayrılma hakkı tanınmıştır⁸⁹¹. Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy veren ve bu muhalefeti tutanağa geçiren pay sahipleri, paylarını halka açık ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir⁸⁹². Ayrıca önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısına katılmasına ve oy kullanmasına haksız bir şekilde engel olunması, çağrının usulüne göre yapılmadığı veya gündemin gereği gibi ilan edilmediği hallerinde ise karara

olunmasını, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunmasını” ifade ettiği belirtilmiştir. Nihai kontrol gücü kavramı ise TMS 24.13’te ilişkili taraf işlemlerinin açıklanması bahsinde karşımıza çıkmakta ve topluluk şirketleri bağlamında düzenlenmektedir. Bu düzenleme gereği, grup şirketlerinden nihai kontrol gücüne sahip olan tarafın da adının açıklanması gereklidir. Tebliğ hükmünde de şirketler topluluğu yapılanması da göz önünde bulundurulmuş, oydan yoksun olarak nihai olarak kontrol eden pay sahibi ile nihai olarak kontrol eden pay sahibinin yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketler bu kapsama alınmıştır. (Bkz. Tarhan, a.g.e., s. 196).

⁸⁹⁰ Veliye Yanlı, “Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015, s. 466.

⁸⁹¹ Pay sahiplerine belirli şartların varlığı halinde paylarını şirkete satıp ayrılma hakkı tanınmış olması, bilhassa hâkim pay sahiplerince yönetilmekte olan şirketlerde azınlıkta kalan pay sahiplerinin korunabilmesi ve paylarını borsada satma olanağı bulunmayan küçük pay sahiplerinin paylarını satmalarını sağlaması yönünden önemli işlev görmektedir (Bkz. SerPK m. 24 gerekçesi).

⁸⁹² SPK, halka açık ortaklığın niteliğine göre, ayrılma hakkını, ayrılma hakkına konu önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihte sahip olunan paylar için kullanılabilmesine ilişkin esasları belirlemeye yetkilidir. Halka açık ortaklık bu payları pay sahibinin talebi üzerine, Kurulca belirlenecek esaslara göre adil bir bedel üzerinden satın almakla yükümlüdür. Kurul, ayrılma talebine konu payların ortaklık tarafından satın alınmasından önce diğer pay sahiplerine veya yatırımcılara önerilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyebilir.

muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa işletme şartı aranmaksızın pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştır.

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin pay sahiplerini koruyan diğer bir düzenleme ise zorunlu pay alım teklifidir. SerPK m. 26'da yönetim kontrolü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi halinde diğer ortakların paylarını alma için teklif yapılması zorunluğu getirilmiş ancak bu kurala SerPK m. 25'te istisna tanınarak önemli nitelikteki işlemler de zorunlu pay alım teklifi kapsamında sayılmıştır.

C. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN BELGELERİ SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sermaye Piyasası Kanunu m. 21/3 hükmünde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin belgeleri saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, halka açık anonim şirketler ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallere, piyasa teamüllerine ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelere uygun koşullarda gerçekleştirildiğini belgelemek ve bunu ispat edecek bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Bu durumu tevsik edici bilgi ve belgelerin en az sekiz yıl süre ile saklanması gerekmektedir. Ancak burada saklama süresi “en az sekiz yıl” şeklinde ifade edildiği için hükümden ilgili belge ve bilgilerin sekiz yıldan daha uzun süre saklanması da gerekebileceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır⁸⁹³. SerPK 21 hükmünde neden sekiz yıllık bir sürenin tercih edildiğine gerekçede yer verilmemiştir. TTK m. 82 uyarınca ticari defterler, finansal tablolar, bilançolar, ticari mektuplar, defterlere yapılan kayıtların tüm belgeler için saklama yükümlülüğü on yıldır. Vergi Usul Kanunu⁸⁹⁴ (bundan sonra “VUK” diye anılacaktır) m. 253 uyarınca ise saklama yükümlülüğü ilgili bulundukları yılı takip eden yıldan itibaren beş yıl olarak öngörülmüştür. Böylelikle üç farklı kanunda beş, sekiz ve on yıl olmak üzere üç farklı saklama süresi öngörülmüştür. Bu yönüyle kanunlar arasında uyumsuzluk söz konusudur⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Mehmet Bahtiyar, **Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta Basım, 2019, s. 39.

⁸⁹⁴ 10.1.1961 tarihli ve 10703 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸⁹⁵ Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 39.

Bu hükümde, gerçekleştirilen işlemin örtülü kazanç aktarımı olup olmadığı konusunda şüphe duyulması halinde, ispat yükünün kimde olduğu düzenlenmektedir. Sekiz yıllık süre içinde ispat yükümlülüğünün, işlemi yapan şirkette olduğu açıklanmıştır⁸⁹⁶. Şirketin sekiz yılın sonunda saklama yükümlülüğü sona erdiği için ispat külfeti de örtülü kazanç aktarımı olduğunu iddia edende olacaktır⁸⁹⁷.

SerPK m. 21/3'te öngörülen saklama yükümlülüğü, SerPK m.17/3 hükmünden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Nitekim SerPK m. 17/3'te öngörülen prosedür, payları borsada işlem gören şirketler yönünden ve sadece belirli eşikleri aşan ilişkili taraf işlemleri için uygulama alanına sahiptir. SerPK m. 21 ise kapsamına halka açık anonim şirketleri almakta, payları borsada işlem gören şirket yönünden bir ayrıma gitmemektedir. Bu açıdan halka açık anonim şirketler ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen işlemler TMS 24.9 uyarınca tayin edilmeli ve bu bağlamda ilişkili taraf işlemi sayılıyorsa SerPK m. 21/3 uyarınca saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir⁸⁹⁸. Bu açıdan SerPK m. 17/3 hükmüne tabi olan şirketler yönünden ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmeden önce uygulanması gereken prosedüre ek olarak işlem gerçekleştirildikten sonra da örtülü kazanç aktarımı teşkil etmediğini tevsik edici ilgili belgeleri saklama yükümlülüğü ayrı bir prosedür olarak getirilmiştir.

Diğer taraftan burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus, SerPK m. 21/1 hükmünde halka açık anonim şirketlerin bağlı şirketleri ile iştiraklerinin yapmış

⁸⁹⁶ A.e.

⁸⁹⁷ Burak Adıgüzel, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 111.

⁸⁹⁸ Esasen öngörülen belgeleri saklama yükümlülüğü TMS 24.23 ile de uyumludur. TMS 24.23 hükmünde de, “*piyasa şartlarında muvazaasız işlemler için geçerli olan koşullara denk koşullar altında gerçekleştirildiğine ilişkin açıklamalar, yalnızca söz konusu koşulların doğrulanabilir olması halinde yapılır*” denilmektedir. TMS 24.23'te de ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı oluşturmadığına ilişkin belgelerin gerektiğinde sunulabilir olması aranmaktadır. Hükümde, “*piyasa şartlarında muvazaasız işlemler için geçerli olan koşullara denk koşullar*” ibaresi, SerPK m. 21/1 hükmündeki emsallere uygunluk ölçütünü ifade etmektedir. Örtülü kazanç politikasında “muvazaa olmama ilkesi” olarak ifade edilen bu kavram, emsallere uygun olma ile eş anlamda kullanılmaktadır. Bu ilkeye göre ilişkili tarafların işleminin fiyatının belirlenmesinde hem bu ilişkili taraflar arasındaki hem de bağımsız ilişkili olmayan taraflar arasındaki işlemin içerisinde yer aldığı pazarın koşullarının incelenmesini gerekir. TMS 24.23 uyarınca, ilişkili taraf işlemi emsallerine uygun olarak gerçekleştirilmişse ancak buna ilişkin kanıtların varlığı halinde bu bilgiye finansal tabloda yer verilmelidir. Bu durum ispatlanamadığı sürece, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine uygun olarak yapıldığının belirtilmemesi gerekir. SerPK m. 21/2 hükmünde de ilişkili taraf işleminin emsallere uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde buna ilişkin belgelerin saklanması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan TMS 24.23 ve SerPK m. 21/3 düzenlemeleri birbirini tamamlar niteliktedir.

olduğu işlemler de örtülü kazanç aktarımında sayılırken, SerPK m. 21/3, sadece halka açık anonim şirketin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu işlemler yönünden saklama yükümlülüğü getirilmiştir. KYT m. 9'da ilişkili taraf işlemler payları borsada işlem gören anonim şirket ile onların bağlı şirketinin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu işlemleri ilişkili taraf işlemi kapsamında saymaktadır. Bu yönüyle SerPK m. 21/3; hem KYT bağlamında bağlı şirketlerin ilişkili taraflarla yaptığı işlemleri kapsamına almamakta, hem de örtülü kazanç aktarımı sayılan halka açık şirketin iştirakinin ilişkili taraflarla yapmış olduğu işlem yönünden saklama yükümlülüğü getirmemektedir. Ancak kanaatimizce SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 uyarınca ilişkili taraf işlemi kabul edilen işlemler de SerPK m. 21/3 kapsamında sayılmalı, bu bağlamda şirketin bağlı şirketinin ilişkili taraflarla yapmış olduğu KYT m. 9'da öngörülen eşikleri aşan işlemler yönünden de saklama yükümlülüğünün olduğu sonucuna varılmalıdır. Aksi halde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedüre tabi olan işlemlerin bir kısmı için saklama yükümlülüğü olmadığı gibi bir sonuç çıkacaktır ki kanun koyucunun bunu amaçlamadığı ortadadır. Bu bağlamda halka açık anonim şirketler SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 ve 10 hükümleri kapsamında ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedüre tabi olan işlemlerinin emsallere, piyasa teamüllere ve basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun olması halinde bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin evleviyetle saklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir.

D. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI DENETİMİ

1. Genel Bakış

İlişkili taraf işlemleri şirketler için olumlu etkilere ve özellikle finansman kaynaklarının ve nakit yönetiminin verimli kullanılmasında önemli işleve sahiptir. Bu etkinin yanında ilişkili taraf işlemlerinde var olan menfaat çatışması, her zaman bu işlemlerle şirket malvarlığının ilişkili taraflara aktararak azaltılması tehlikesini barındırmaktadır. Ancak bu tehlike, ilişkili taraf işlemlerinin hukuka aykırı olduğu veya her durumda şirket malvarlığının azaltılması amacıyla yapıldığı sonucunu doğurmadığı gibi bu işlemlerin yasaklanmasını da gerektirmez. Diğer taraftan bu tehlikenin varlığı bu işlemlere karşı şirketin korunmasını gerektirir. Bu amaçla SerPK m. 17/3 hükmünde, belirli oranı aşan ilişkili taraf işlemlerinin ilişkin karar alma

sürecinin işletilmesi ve kamunun bu işlemlerle ilgili bilgilendirilmesi öngörülmüş ve TMS 24'te de ilişkili taraf işlemlerinin muhasebeleştirilmesi ve açıklanması özel olarak düzenlenmiştir. Anılan hükümler de bu işlemlere karşı şirketin malvarlığının korunması için yeterli görülmemiş örtülü kazanç aktarımı yasağı ayrıca düzenlenmiştir. ESerPK'da da bulunan örtülü kazanç aktarımına ilişkin hüküm daha da genişletilerek SerPK m. 21'de yer almıştır.

Türk hukukunda ilişkili taraf işlemleri tamamen yasaklanmamıştır. SerPK m. 21 hükmünde örtülü kazanç aktarımı teşkil eden ilişkili taraf işlemleri yasaklanmış ve bunlar için çeşitli müeyyideler getirilmiştir. Örtülü kazanç aktarımı, esasen hukuka uygun ve ticari amaçla yapıldığı izlenimi yaratsa da bu işlemlerde temel amaç şirket malvarlığının ilişkili taraflara aktarılmasıdır. Şirketin malvarlığını azaltan işlemler de genellikle örtülü kazanç aktarımıyla gerçekleştirilmektedir⁸⁹⁹. Bu sebeple kanun koyucu, örtülü kazanç aktarımı oluşturan ilişkili taraf işlemlerini yasaklamış ve bu hüküm ile şirketin zarar görmesi ve şirketin finansal kaynaklarını ilişkili taraflara aktarılmasına engel olmayı amaçlamıştır⁹⁰⁰.

Aşağıda etraflıca ele alınacağı üzere burada yasaklanan işlem, ilişkili taraflarla yapılan tüm işlemler olmayıp sadece SerPK m. 21 uyarınca piyasa şartlarında gerçekleştirilmeyen ilişkili taraflarla yapılan işlemlerdir⁹⁰¹. Bu nedenle ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmeden önce işlemin SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı olup olmadığı araştırılmalı ve yasak kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁰².

İlişkili taraf işlemleri yapılmadan önce örtülü kazanç aktarımı teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerektiğinden bu tespitin yapılması da ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür kapsamında sayılmalıdır. Esasen ilişkili taraf işlemleri için getirilen SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 düzenlemeleri örtülü kazanç

⁸⁹⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 394-395.

⁹⁰⁰ Arslan Kaya, "Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)", **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 194; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 138.

⁹⁰¹ Arslan Kaya, "Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı", **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 156.

⁹⁰² Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)**, s. 155.

aktarımı yasağı ile uyum gösterir. KYT m. 9’da öngörülen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin değerlendirme yaptırma zorunluluğu, işlem özelinde emsal karşılaştırması yapılmasını ve işlemin piyasa şartlarında olup olmadığının tespiti için öngörülmüştür. Bu nedenle KYT m. 9’da belirtilen oranı aşan ilişkili taraf işlemlerinde değerlendirme raporu alınması, aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı denetimi de yapılmasını sağlamaktadır. Bu oranı sağlamayan işlemlerde ise bu denetimi KYT m. 10’da olduğu gibi yönetim kurulunun yapması gerekir. Hemen belirtelim ki, bir işlemin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden geçmiş olması, işlemin örtülü kazanç aktarımı olmasına engel teşkil etmez.

Örtülü kazanç aktarımı bazı koşullara uygun olarak yapılmayan ilişkili taraf işlemlerini yasaklamakta ve onlara bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Örtülü kazanç aktarımına bağlanan hukuki sonuçlar dördüncü bölümde ele alınmıştır. Ancak örtülü kazanç aktarımının olup olmadığının tespiti ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür kapsamında sayılabileceği ve bu işlemlere başlamadan ön denetim gerektirdiği için bu bölümde incelenmesi gerekli görülmüştür. Aşağıda örtülü kazanç aktarım yasağının koşulları ve uygulama kapsamı incelenecektir.

2. Örtülü Kazanç Aktarımının Varlığı İçin Aranılan Şartlar

a. Kazancı Aktarılanın Halka Açık Anonim Şirket ile Onun İştiraki ya da Bağlı Ortaklığı Olması

Örtülü kazanç aktarımı ile kazancı veya malvarlığı aktarılanın halka açık şirket, kolektif yatırım kuruluşu ile bunların iştirakleri veya bağlı şirketleri olabileceği düzenlenmiştir.

İlk olarak örtülü kazanç aktarımının bir halka açık anonim şirket tarafından yapılması aranmış ve burada halka açık şirketler yönünden ise bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple örtülü kazanç aktarım yasağı hem payları borsada işlem gören şirketler hem de payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden uygulama alanı bulmaktadır. SerPK m. 17 ile KYT m. 9 ve 10’da öngörülen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü ise sadece payları borsada işlem gören şirketler uygulamakla yükümlü tutulmuştur. Bu açıdan SerPK m. 21’in uygulama alanı, SerPK m. 17’ye göre daha kapsamlıdır. Dolayısıyla payları borsada işlem görmeyen şirketler ilişkili

taraflarıyla gerçekleştirecekleri işlemlerde SerPK m. 17'deki prosedüre uymaları zorunlu değilken, bu şirketler ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı olup olmadığını incelemek ve örtülü kazanç aktarımı teşkil ediyorsa bu yasağa riayet etmekle yükümlüdürler.

SerPK m. 21 kapsamında halka açık anonim şirketin iştiraki ile bağlı şirketleri de sayılmıştır. Ancak iştirak ve bağlı şirketlerin ise halka açık şirket olma zorunluluğu aranmamıştır. Şirketin iştirakleri ve bağlı şirketlerinin hükme dâhil edilmesiyle korumanın kapsamı yatay ve dikey yönde genişletilmiştir⁹⁰³. Kazancın veya malvarlığının aktarılmasının halka açık şirketler tarafından yapılmadığı hallerde ise bağlı şirketin ve iştirakin halka açık olması şart koşulmamıştır⁹⁰⁴.

Kanun koyucu, iştiraklerin ve bağlı şirketlerin malvarlığını halka açık anonim şirketin malvarlığı gibi ele almış ve SerPK'nın uygulama kapsamına girmeyen şirketleri de SerPK m. 21, 103 ve 110 hükümlerinde yer alan yasak ve yaptırımlara tabi kılmıştır⁹⁰⁵. Ancak iştirak ve bağlı şirketleri de yasak ve yaptırımlara tabi kılınırken iştirak ve bağlı şirket kavramlarının tanımlarına yer verilmemiştir. Bu yönüyle SerPK m. 21 hükmündeki özensizliğe de dikkat çekilmelidir⁹⁰⁶.

Bağlı şirket TTK m. 195/1(a) hükmünde ve TMS/TFRS düzenlemelerinde benzer şekilde tanımlanmaktadır. Bir şirketin üzerinde hâkimiyet kurduğu ya da kontrol ettiği şirket bağlı şirket olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan bağlı şirketlerin tespitinde bir sorun bulunmamaktadır.

İştirak kavramı ise oldukça belirsiz bir kavramdır. İştirak kavramının sözlükteki ve TMS/TFRS'deki anlamı olmak üzere iki farklı anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle bu terim ile neyin anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. İştirak

⁹⁰³ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 198.

⁹⁰⁴ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 139; Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 198; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 37; Balcı/Turan, **C. I**, s. 457.

⁹⁰⁵ Karacan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 619. Ayrıca ESerPK'da sadece halka açık anonim şirketler için örtülü kazanç aktarımı yasağı öngörülürken, grup yapısı içinde başkaca şirketler üzerinden konsolide edilmesiyle tek bir kâr ve zarar çıkacağı için bunlar vasıtasıyla yapılacak işlemler de örtülü kazanç aktarımına alınmıştır (Bkz. Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)**, s. 155).

⁹⁰⁶ Öğretide de maddenin düzenlenmesinde, kaleme alınmasında ve örtülü kazanç aktarımının taraflarının belirlenmesindeki özensizliğe işaret edilmiştir (Bkz. Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)**, s. 155).

kelime anlamı ile “*ortaklık, ortak olma, paydaşlık*” anlamlarına gelmektedir⁹⁰⁷. Sözlük anlamı ile ortak anlamını ihtiva eden iştirak kavramı, şirketler hukuku uygulamasında bütün ortakları kapsayacak şekilde değil; sadece bir şirketin diğer bir şirkete ortak olması durumunda bir şirketin sermayesinde payları olan şirketleri ifade etmek için kullanılmaktadır⁹⁰⁸. Bu nedenle iştirak, bir şirketin hem bağlı şirketlerini hem de bağlı şirket sayılmayan şirket ortaklarını kapsamına alan üst bir kavramı ifade etmektedir. SerPK m. 21 hükmünde bağlı şirket ve iştirakler denildiği için bağlı şirket dışında kalan şirket ortaklarının ifade edildiği söylenebilir.

TMS /TFRS’de tanımlanan iştirak kavramı ise uygulamada yer edinen bu anlamından daha farklı bir anlamı ifade etmektedir. İştirak esas itibarıyla TMS 28’de “*yatırımcı işletmenin üzerinde önemli etkisinin bulunduğu işletme*” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁰⁹. Buradaki anlamı ile iştirak aynı zamanda önemli etkiye sahip olduğu şirketin ilişkili tarafı sayılmaktadır (TMS 24.9). Önemli etkiye sahip olmak ise “*şirketin finansal ve faaliyetleriyle ilgili politikalarının belirlenmesine ilişkin kararlara katılabilme gücü ve politikaları kontrol etme gücü*” olarak tarif edilmekte ve önemli etki karinesi öngörülmektedir. Aksini ispat mümkün olmakla birlikte TMS 28.5’te bir şirketin oy hakkının en az yüzde 20’sini elinde tutanlar önemli etkiye sahip sayılırken TMS 28.6’da ise % 20 oy hakkına sahip olmamakla birlikte önemli etki kapsamında kabul edilebilecek haller sayılmıştır⁹¹⁰. TMS 28 anlamında iştirak kavramı, ortak olan işletmeler dışında belirli oy hakkına veya etkiye sahip olan işletmeleri de kapsamına almaktadır. Dolayısıyla TMS 28 anlamında iştirak kavramına ortakların yanı sıra ortak olmayan oy hakkına sahip olan şirketler de girmektedir.

⁹⁰⁷ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 16.04.2021.

⁹⁰⁸ İştirak kavramı Türk Ticaret Kanunu’nun 197. maddesinde de geçmektedir. Ancak bu hükümde iştirak kavramı tanımlanmamakta sadece sermaye şirketlerinin birbirlerinin payların % 25’ine sahip olmaları halinde karşılıklı iştirakin söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Burada önem taşıyan husus iştirak kavramının birbirine ortak olan şirketler için kullanılmış olmasıdır.

⁹⁰⁹ İştirak kavramı ayrıca 233 sayılı KHK’da tanımlanmıştır. 233 sayılı KHK’nın tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 2. maddesinde iştirak şu şekilde ifade edilmiştir: “*iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde on beşine, en çok yüzde ellisine sahip bulundukları anonim şirketlerdir*”. 233 sayılı KHK’da iştirak için TMS 28’den farklı olarak sermayenin % 15’ine sahip olma koşulu aranmış ve iştirakin de yalnızca anonim şirket olması şart koşulmuştur.

⁹¹⁰ Önemli etki ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. § 2/I/B/1/a/(2).

Görüldüğü gibi iştirak sözlük anlamına ve TMS/TFRS'ye göre birbirinden farklı ortakları kapsamına almaktadır. TMS/TFRS'de oy hakkının 20'sini elinde tutanlar dendiği için ortaklar dışında oy hakkına sahip işletmeler de iştirak olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle SerPK m. 21 hükmünde geçen iştirak kavramı ile ne anlaşılmasının gerektiği Kanun'da açıklığa kavuşturulmalıdır. Öğretide de, örtülü kazanç aktarımında cezai müeyyideler öngörüldüğü için iştirak kavramı gibi belirsiz bir kavrama bu yaptırımları bağlamanın isabetli olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁹¹¹.

SerPK m. 21 hükmünde “*iştirak*” kavramı ile ilgili muhasebe standartlarına doğrudan bir atıfta bulunulmamıştır. Ancak örtülü kazanç aktarımı yasağı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen piyasa teamüllerine ve emsallerine aykırı işlemleri yasaklamaktadır. Maddede geçen iştirak kavramı da TMS 24 kapsamında şirketin ilişkili tarafı sayılmaktadır. İlişkili taraf kavramı ve ilişkili taraf sayılan iştirak kavramları, TMS/TFRS'de açıklanmaktadır. Bu açıdan ilişkili taraf sayılan ve TMS/TFRS'de tanımlanan iştirakin ilişkili taraf işlemleriyle ilgili düzenleme içeren maddede de bu anlamı ile kullanıldığı kabul edilmelidir. Öğretide de örtülü kazanç aktarımında iştirak kavramının TMS 28 kapsamında yorumlandığı görülmektedir⁹¹². Aksi halde aynı madde içinde birbiriyle farklı anlamları karşılayan iki terim yer alması olacak bu da anlam kargaşasına yol açacaktır. Ayrıca maddede, bağlı şirketlerin ve iştiraklerin de örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına alınarak konsolide yapıda koruma sağlanmak istendiği ifade edilmektedir⁹¹³. Konsolide yapıda koruma sağlanabilmesi için de bu kavramların TMS/TFRS'deki anlamları ile kullanılması ve bunlara sonuç bağlanması gerekir. Diğer taraftan TTK'da ve Sermaye piyasası mevzuatında birçok kavram için muhasebe standartlarına atıfta bulunulmaktadır ve bu yönüyle TMS/TFRS'deki terimler de artık şirketler hukukunun bir parçası haline gelmektedir. Bu nedenle TMS/TFRS'de tanımlanan ve başkaca anlam yüklenen terimlerin de buradaki anlamlarıyla kullanılmasına özen gösterilmesi zaruridir. Aksi

⁹¹¹ Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, s.619.

⁹¹² Duran, *a.g.e.*, s. 38; Manavgat, *Halka Arz*, s. 433.

⁹¹³ Manavgat, *Halka Arz*, s. 432; Kaya, *Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)*, s. 198; Ece Deniz Günay, *Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 32.

halde, SerPK m. 21 hükmünde olduğu gibi aynı madde içinde birbiriyle farklı anlamları ihtiva edebilen iki terimin bir arada yer alması söz konusu olabilecektir. SerPK m. 21 hükmündeki iştirak kavramının da bu nedenle TMS 28 kapsamında yorumlanması ve anlaşılması zorunludur. Farklı şekillerde yorumlanmasının önüne geçebilmek için SerPK’da iştirak kavramı için de muhasebe standartlarına doğrudan bir atıfta bulunulması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan SerPK m. 21 hükmü sadece halka açık anonim şirketleri değil onun iştiraki ile bağlı şirketlerini de kapsadığı için KYT m. 9’dan daha geniş bir gruba kapsamına almış olmaktadır. Nitekim KYT m. 9’da, payları borsada işlem gören şirketler ile onların bağlı ortaklıklarının ilişkili taraflarıyla yapmış oldukları işlemler madde kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla KYT m. 9 kapsamında ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmeyen halka açık şirketin iştirakinin ilişkili taraflarla yapmış olduğu işlemler de SerPK m. 21’de yasaklı işlem kategorisinde sayılmıştır. Bu aynı zamanda ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilen işlem çevresini de bir anlamda genişletmiş olmaktadır.

b. Kazanç Aktarımı Yapılanın Halka Açık Anonim Şirket veya İştiraki ya da Bağlı Şirketi ile İlişkili Olması

Halka açık anonim şirketin, onun iştirak ya da bağlı şirketlerinin herhangi bir işleminin örtülü kazanç aktarımı sayılabilmesi için bu işlemlerin “*yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler*” ile yapılması gerekmektedir. Burada, aktarım yapılacak kişilerin gerçek veya tüzel kişi olmaları ve bu kişiler ile halka açık anonim şirket veya onun iştirak ya da bağlı şirketleri arasında dolaylı veya dolaysız olarak yönetim, denetim veya sermaye bakımından bir ilişkinin olması şart koşulmuştur.

Örtülü kazanç aktarımı yapılan tarafın gerçek veya tüzel kişiler olabileceği belirtilmiştir. ESerPK m. 15’te ise ilişkili olan kişinin teşebbüs veya şahıs olabileceği yer almakta ve öğretide şahıs ile gerçek kişilerin belirtildiği, teşebbüs kelimesi ile tüzel kişilerin yanı sıra adi şirket, işletme, donatma iştiraki gibi tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların da kastedilmiş olduğu ifade edilmekteydi⁹¹⁴. SerPK m. 21’de ise

⁹¹⁴ Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, s. 75.

teşebbüs kavramına yer verilmeyerek, sadece gerçek ve tüzel kişiler bu kapsamda sayılmıştır⁹¹⁵. Hükümde örtülü kazanç aktarımı yapılanın ilişkili taraf olması aranmış ancak ilişkili tarafların gerçek veya tüzel kişi olması zorunluluğu ayrıca belirtilmemiştir. İlişkili taraf, TMS 24.9’da gerçek kişiler ve işletmeler olarak tasnif edilmekte ve işletmeler kavramına tüzel kişiler yanında tüzel kişiliği olmayan topluluklar da girmektedir⁹¹⁶. SerPK m. 21’den ise tüzel kişi olmayan ilişkili tarafların örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına girmediği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bu ise maddede korunmak istenen menfaatle bağdaşmamaktadır. Kanımızca kanun koyucu burada cezai yaptırım da öngörüldüğü için muhatabın belirli olması bakımından teşebbüsü dışlamıştır.

Örtülü kazanç aktarımı yapılan kişinin, şirketle ya da onun iştiraki ya da bağlı şirketi ile ilişkili olması aranmıştır. SerPK m. 21/1’de “ilişkili taraf” ifadesi yerine “*ilişkili bulundukları*” ifadesi kullanılmıştır. SerPK m. 21/2’de ise “*ilişkili oldukları*” ifadesi kullanılırken maddenin üçüncü fıkrasında “*ilişkili taraf işlemlerinden*” bahsedilmiştir. Bu itibarla bu maddedeki ifade ile teknik anlamda “ilişkili taraf” mı yoksa ilişkili taraftan daha geniş bir anlamın mı kastedildiği açık değildir. Öğretide maddede geçen “*ilişkide bulundukları*” ifadesi daha önce aralarında herhangi bir bağ olmayan kişilerin işlemlerini de kapsayacak genişlikte olduğu için eleştirilmekte ve bu nedenle örtülü kazanç aktarımının niteliği ile uygun olmadığına işaret edilmekte⁹¹⁷ ve maddede geçen “*ilişkili bulundukları*” ve “*ilişkili oldukları*” ifadelerinin teknik anlamda ilişkili taraf olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹¹⁸. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar SerPK m. 21 hükmünün teknik anlamda ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemlerini kapsamakla birlikte bunlardan daha geniş kapsama sahip olduğunu ve örtülü kazanç aktarımının sadece ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi biçiminde değil daha geniş bir çerçevede gerçekleşebileceğini belirtmiştir⁹¹⁹.

⁹¹⁵ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı** (2013), s. 198.

⁹¹⁶ Bkz. aşa. § 2/I/B/1/b.

⁹¹⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 421.

⁹¹⁸ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı** (2019), s. 159; Duran, **a.g.e.**, s. 72; Manavgat, **Halka Arz**, s. 421; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 139; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 37; Günay, **a.g.e.**, s. 36; Balcı/Turan, **C. I**, s. 459.

⁹¹⁹ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı** (2013), s. 198.

Kanaatimizce de burada “*ilişkide bulundukları*” ifadesi teknik anlamda ilişkili taraf olarak anlaşılmalı, diğer bir ifadeyle ilişkili taraf çevresi TMS 24 kapsamına göre tayin edilmelidir. TMS 24 daha önce etraflıca ele alındığı üzere oldukça geniş bir çevreyi ilişkili taraf olarak saymakta ve ilişkili taraf sayılması için de temel ölçütleri “*kontrol, sermaye ve yönetim*” açısından şirket üzerinde belirli etkilere sahip olmak oluşturmaktadır⁹²⁰. SerPK m. 21 hükmünde, esasen eSerPK m. 15’te yer alan “*yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolayı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu*” ifadesi aynen tekrar edilmiştir. Eski hükümdeki ifade korunduğu için SerPK m. 21’de açıkça “*ilişkili taraf*” ifadesine yer verilmediği düşüncesindeyiz. Madde gerekçesinde de örtülü kazanç aktarılanın ilişkili kişi olduğundan bahsedilmekte ve halka açık şirketlerin ilişkili kişilerle gerçekleştirdiği işlemlerde belirli ilkelere uygun hareket edip etmediklerini belgeleme zorunluğu getirildiği belirtilmiştir. Böylelikle madde gerekçesinden de kanun koyucunun maddenin tümünde ilişkili kişi diyerek teknik anlamda ilişkili taraf kavramını kullanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, TMS 24’te ilişkili taraf raporlayan şirkete göre tayin edilmektedir. TMS 24 uyarınca işlemin taraflarını şirket ile onun ilişkili tarafı oluşturur. SerPK m. 21’de ise halka açık şirketler, onun bağlı şirketleri ve iştirakinin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu örtülü kazanç aktarımından bahsedilmektedir. İlişkili taraf belirlenirken hem halka açık şirketin hem de bağlı şirket ve iştirakinin ilişkili tarafları dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla örneğin iştirakin ilişkili taraflarına bir kazanç aktarımı halka açık şirketi etkilediğinde örtülü kazanç aktarımı teşkil edecektir. Bu açıdan ilişkili taraf çevresi TMS 24’e göre tayin edilmekle birlikte oradaki karşılıklı ilişkiyi aşan bir ilişkili taraf çevresi burada söz konusu olmaktadır.

Diğer taraftan SerPK m. 21/2’de hareketsiz kalmak veya kaçınarak ilişkili tarafların malvarlığını artırmak da örtülü kazanç aktarımı kapsamında sayılmıştır. Pasif yolla gerçekleştirilecek bu hallerde, doğrudan ilişkili taraflarla işlem gerçekleştirilmeyebilir. Örneğin ilişkili taraf ihaleyi alsın diye bir ihaleye girilmemesi

⁹²⁰ Diğer taraftan ilişkili olma SerPK m. 21/1 hükmünde “*yönetim, denetim veya sermaye*” açısından arandığı şart koşulduğu için, bu hükümde alelade ilişkili olmak değil TMS 24’tekine benzer şekilde şirket üzerinde etkiye sahip olabilecek kişilerle ilişkili kurmaya işaret edilmiştir. Bu da teknik anlamda ilişkili taraf kavramının kullanıldığına gerekebilir.

böyledir. Bu halde ilişkili tarafla doğrudan şirketin yaptığı bir işlem bulunmamakta, şirketin eylemsizliği nedeniyle örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda TMS 24 kapsamında ilişkili tarafla yapılan bir işlem de söz konusu olmaz. Keza TMS 24 ilişkili taraflarla şirketin işlem yapmasını aramakta, aynı şekilde SerPK m. 17’de de şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlere bir sonuç bağlanmaktadır. Bu açıdan SerPK m. 21’de teknik anlamda ilişkili taraf ve işlem kavramlarını aşacak şekilde ilişkili tarafın ele alınmış olduğunu kabul etmek de zaruridir.

SerPK m. 21/1’de halka açık anonim şirketin, bağlı şirketinin ve iştirakinin yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili oldukları kişiler ifadesi kullanılırken, SerPK m. 21/2 hükmünde ise sadece ilişkili oldukları ifadesi kullanılmış, ayrıca “*doğrudan veya dolaylı olarak yönetim, denetim ve sermaye bakımından ilişkili olmaları*” aranmamıştır. TMS 24 uyarınca ilişkili taraf için aranan ölçütler sermaye, kontrol ve yönetim bakımından şirket üzerinde belirli etkilere sahip olmaktır. Bu açıdan ilişkili taraflar zaten şirketle yönetim, sermaye bakımından şirketle ilişkili kişileri ifade etmektedir. Bu nedenle SerPK m. 21 kapsamında ayrıca belirtilmiş olsa da zaten TMS 24’te belirtilen kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personele ilişkin ölçütlere göre değerlendirme yapılarak ilişkili tarafların belirlenmesi gerekmektedir⁹²¹. Bu nedenle “sermaye” ve “yönetim”in koşul olarak ayrıca Kanun’da tekrar edilmesine gerek de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan SerPK m. 21’de ayrıca “*denetim bakımından doğrudan ve dolaylı olarak ilişkide bulunulan kişilere*” de işaret edilmiştir. TMS 24’te ise ilişkili tarafların belirlenmesinde “denetim” ölçüt olarak belirtilmemiştir. Diğer bir ifadeyle TMS 24’te ilişkili taraf ölçütleri arasında “denetim” yönünden şirket üzerinde etkiye sahip olmak sayılmamıştır. Bu nedenle denetim yönünden ilişkili kişi çevresini belirlemede TMS 24’ten yararlanılması olanağı da yoktur. Öğretide buradaki denetimden şirketin denetiminin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda şirketin hesap ve faaliyetlerini

⁹²¹ Öğretide de SerPK m. 21 hükmü kapsamında yönetim, denetim ve sermaye bakımından bağlılık değerlendirilmesi yapılırken TMS 24’te öngörülen kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel ölçütlerinin de nazara alınması gerektiği ifade edilmiştir (Bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 51,73).

denetleyen kişilerin kastedildiği ifade edilmektedir⁹²². Kanun koyucu denetim ölçütünü bilinçli olarak ele almıştır. TMS 24'te denetim yönünden ilişkili olmak yer almadığı için bunun hükümde ayrıca bir ölçüt olarak aranmış olmasının yerinde olduğu öğretide ifade edilmiştir⁹²³. Dünyadaki Enron, Parmalat gibi denetim skandallarının ortaya koymuş olduğu üzere denetçilerin görevlerini kötüye kullanma ihtimali bulunmaktadır. SerPK m. 21 ile de şirketin denetimini yapan kişiler ya da şirkette denetim yapanlara sağlanan menfaatler kontrol edilmek istenmektedir. Bu nedenle SerPK m. 21 kapsamına denetim bakımından şirketle ilişkili kişilerin de alınması yerinde bir yaklaşım olmuştur. Bu yönüyle örtülü kazanç çevresi ilişkili taraf kavramıyla birebir örtüşmemekte; örtülü kazanç yasağı ilişkili tarafı aşan bir çevreyi kapsamına almaktadır. Konumuz ilişkili taraflarla sınırlı olduğu için denetim ölçütüne daha fazla girme gereği duymamaktayız⁹²⁴.

c. Kazanç Aktarımının Aktif ya da Pasif Yolla Gerçekleştirilmiş Olması

Örtülü kazanç aktarımı işlem aracılığıyla aktif olarak gerçekleştirilebileceği gibi yapılması beklenenin yapılmaması yoluyla pasif olarak da gerçekleştirilebilmektedir⁹²⁵.

(1) Aktif Olarak Örtülü Kazanç Aktarımının Gerçekleştirilmesi

SerPK m. 21/1 hükmünde halka açık şirketin, bağlı şirketinin ya da iştirakinin kârını veya malvarlığını azaltacak ya da artmasını engelleyecek şekilde ilişkili taraflarla emsallerine uygunluk, piyasa teamüllerine uygunluk, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı şekilde fiyat, ücret, bedel veya şart içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmaları veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmaları yasaklanmıştır. Bu hükümde ilişkili taraflarla yapılacak işlemler vasıtasıyla kazanç aktarımında bulunulması yasaklanmıştır. Aktif yolla örtülü kazanç aktarımının “*anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler*” aracılığıyla yapılabileceği belirtildiğinden, örtülü kazanç aktarımından

⁹²² Balcı/Turan, C. I, s. 460; Duran, a.g.e., s. 76.

⁹²³ Duran, a.g.e., s. 76-77.

⁹²⁴ Denetim ölçütü ile ilgili açıklamalar için bkz. Duran, a.g.e., s. 76-77.

⁹²⁵ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 196,200.

söz edebilmek için ilişkili taraflarla yapılan bir işlemin varlığı gerekir. Burada işlemin varlığı arandığı için aktif örtülü kazanç aktarımı olarak ifade edilmektedir.

Maddede “işlem” olarak çeşitli işlemler sayılmış ve “gibi işlemler” ifadesi kullanılarak da işlemlerin bunlarla sınırlı olmadığı ortaya koyulmuştur. Sayılan işlemlere bakıldığında ise “işlem” kavramının hukuki işlemden daha geniş kavramı ifade edecek şekilde kullanılmış olduğu görülmektedir. Örneğin “ticari uygulamalar yapmak” veya “işletme hacmi üretmek” hukuki işlemden daha geniş bir işlem çevresini kapsamına almaktadır. Bunlar daha ziyade, yapılacak hukuki işlemin içeriğini veya amacını ifade etmektedir. Zira işlem hacmi üretmek bir işlemin yapılma amacını oluşturabilir. Halka açık şirketin malvarlığının aktarılmasına yol açan işlem hacmi; özellikle komisyon, ücret gibi çeşitli maliyetlerde söz konusu olur. Ticari uygulamalar ise hukuki işlemleri içermekle birlikte kredi programları, indirim kampanyaları gibi çeşitli uygulamaları da kapsar⁹²⁶. Bu nedenle hükümde zikredilen işlemler, lafzi olarak hukuki işlemlerden daha geniş bir kavramı ifade etmekte ise de nihai olarak gerçekleştirilen işlemler hukuki işlemlerdir. Maddede kullanılan diğer nitelendirmeler, hukuki işlemin amacını veya koşullarını oluşturmaktadır⁹²⁷.

Örtülü kazanç aktarımının aktif yolla gerçekleştirilebileceği ölçütler sayılmıştır. Aktif olarak örtülü kazanç aktarımı için işlemin *emsallere 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 işlemler*” aracılığıyla yapılması gerekir⁹²⁸. Bu ölçütler eSerPK m. 15 hükmünde örtülü işlemler olarak ifade edilmekteydi⁹²⁹; bu nedenle öğretide bu ölçütler örtülü işlem örnekleri olarak da tasnif edilmektedir⁹³⁰. Ancak maddede belirtilen bu ölçütler, tahdidi olarak

⁹²⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 409.

⁹²⁷ **A.e.**

⁹²⁸ ESerPK m. 15 hükmünde bariz şekilde farklı fiyattan bahsedilmekteydi. “*Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.*”

⁹²⁹ Bkz. eSerPK m. 15 son fıkra: “*Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.*”

⁹³⁰ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 200.

sayılmamıştır, bunlar dışındaki işlemlerle de örtülü kazanç aktarımının yapılması mümkündür. Bu husus maddede yer alan “gibi” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu ölçütlerin örnek kabilinden sayılması piyasada gerçekleştirilen işlemlerin belirli ölçütlerle sınırlandırılmasının ya da önceden öngörülmesinin olanaklı olmaması nedeniyle öğretide de olumlu karşılanmıştır⁹³¹.

Aşağıda bu kıstaslar ayrıca ele alınmıştır.

i. Emsallere Uygunluk

İlişkili taraflarla yapılan işlemin örtülü kazanç aktarımı sayılması için ilk ölçüt işlemin koşullarının emsallere uygun olmamasıdır. Bu nedenle ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilecek işlemlerin emsale uygun olup olmadığının tayini gerekir.

Emsallere uygunluk ilkesi Türk hukukunda vergi mevzuatında tanımlanmaktadır. Buradaki düzenlemeler, örtülü kazanç aktarımı kapsamında emsal incelenmesinde de temel alınacak ilkeler ortaya koymaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı” başlıklı 13. maddesinde emsallere uygun ilkesinin “*ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını*” ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre, ilişkili taraflarla yapılan işlemin aralarında herhangi bir ilişki olmayan kişilerin yaptıkları işlemlerde uygulayacağı fiyat ile karşılaştırılarak emsallere uygun olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, emsal alınacak ölçütü ilişkili olmayan tarafların işlemleri olarak kabul etmiş ve birbiriyle herhangi bir ilişkisi olmayan tarafların emsallere uygun bedellerle işlem gerçekleştireceğini varsaymıştır.

Emsallere uygunluk, uluslararası düzenlemelerde de ilişkili işletmeler arasındaki ilişkilerde temel alınan, ilişkilerin buna göre düzenlendiği bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır⁹³². Emsallere uygunluk ilkesi (*Arm’s Lenght Principle*), OECD Model Tax Convention (bundan sonra “OECD Model Vergi Anlaşması” olarak anılacaktır) m. 9’da düzenlenmiştir. OECD emsallere uygunluk ilkesinde, birbiriyle ilişkili olan kişilerin arasındaki ticari ve finansal işlemlerin, birbiri ile bağlantısı olmayan iki

⁹³¹ Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, s. 77; Kaya, *Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)*, s. 200; Memiş/Turan, *a.g.e.*, s. 141.

⁹³² Işık, *a.g.e.*, s. 85.

işletmenin işlemleri gibi olmasını temel almaktadır. Bu maddeye uyarınca, ticari ve finansal ilişkilerde iki bağımlı işletme arasındaki ticari veya mali ilişkiler, iki bağımsız işletmeye göre farklı koşullarda yapılıyorsa, bu koşullar nedeniyle işletmeden birinde tahakkuk edecek her türlü kar diğerinde tahakkuk ettirilmişse; o işletmenin tahakkuk etmesi gereken kar toplam kara ilave edilir ve buna göre vergilendirilir⁹³³. OECD, emsallere uygunluğun belirlenmesinde karşılaştırılabilirlik analizini esas almıştır ve karşılaştırmada işlem şartları olarak bağımsız işletmeler arasında yapılacak olanlardan farklı olan ticari veya finansal ilişkilerinde iki ilişkili işletme arasında yapılan veya dayatılan koşullara odaklanılmıştır⁹³⁴. Böylelikle karşılaştırılabilir olarak ilişkili işletme ile bağımsız işletmeleri seçerek “ilişkisiz” işletmelerin eşit bir ortamda işlemlerini yapacağı savına dayanılmıştır⁹³⁵. Ancak karşılaştırılabilirliğin işlevsel olması için karşılaştırılan ilişkilerin koşulları arasında önemli farklılıklar olmaması veya bu farklıların neden olacağı etkilerinin düzeltilmesi gerekir. Bu açıdan OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi’nde, karşılaştırılabilirliği etkileyen faktörler belirlenmiştir⁹³⁶.

Karşılaştırılabilirliği etkileyen faktörlerin başlıcaları “*mal veya hizmetlerin özellikleri, işlevsel analiz, sözleşme şartları, tarafların ekonomik koşulları, iş stratejileri*” şeklinde sayılabilir⁹³⁷. Karşılaştırılabilir işlemler tespit edildikten sonra, emsallere uygun fiyatın belirlenmesi gerekir. Bunun için çeşitli yöntemler uygulanmaktadır.

Mal ve hizmetlerin belirli özelliklerindeki farklılıklar, mal veya hizmetin piyasadaki değerlerinde farklılıklara neden olur. Bu nedenle bu özelliklerin karşılaştırılması, ilişkili kişilerle bağımsız kişilerin işlem koşullarının karşılaştırılabilirliğini belirlemede faydalı olabilmektedir. Karşılaştırılabilirliği

⁹³³ OECD Model Tax Convention, Article 9, s. 12, <https://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2021.

⁹³⁴ OECD, **Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations**, 2010, s. 33, (Çevrimiçi), https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010/the-arm-s-length-principle_tpg-2010-4-en#page3, Erişim Tarihi: 20.04.2020.

⁹³⁵ J. Scott Wilkie, “Reflecting on the “Arm’s Length Principle”: What is the “Principle”? Where Next?”, **Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics**, Eds.: Kai A. Konrad, Wolfgang Schön, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Munich, Springer-Verlag, 2012, s. 141.

⁹³⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 410; Günay, **a.g.e.**, s. 47.

⁹³⁷ OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 41 vd.

etkileyen faktörlerden bir diğeri işlevsel analizdir. İki bağımsız işletme arasındaki işlemlerde, bedel genellikle her bir işletmenin gerçekleştirdiği işlevleri yansıtır. İşlevler kullanılan varlıklara ve varsayılan risklere göre tayin edilir. Bu nedenle kontrollü ve kontrolsüz işlemlerin veya varlıkların karşılaştırılabilir olup olmadığının belirlenmesinde işlevsel bir analiz gereklidir⁹³⁸. Karşılaştırılabilirliği etkileyen bir diğerk faktör sözleşme şartlarıdır. Bir işlemin sözleşme şartları; genellikle açık veya zımni olarak sorumlulukların, risklerin ve faydaların taraflar arasında nasıl paylaştırıldığını açıklar⁹³⁹. Bu nedenle, sözleşme şartlarının analizi, yukarıda ele alınan işlevsel analizin de bir parçası olmasını gerektirir. Bir işlemin şartları, yazılı bir sözleşme dışında taraflar arasında yapılan yazışmalarda da yer alabilir. Ortada yazılı bir sözleşme yoksa bu durumda tarafların sözleşmeye dayalı ilişkileri, tarafların davranışlarından ve bağımsız işletmeler arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen ekonomik ilkelere çıkarılmalıdır⁹⁴⁰. Karşılaştırılabilirlikte bir diğerk faktör, tarafların ekonomik koşullarıdır⁹⁴¹. Emsallere uygun fiyatlar, aynı mal veya hizmetleri içeren

⁹³⁸ İşlevsel analiz, üstlenilen ekonomik açıdan önemli olan faaliyetlerin ve sorumlulukları, kullanılan varlıkları ve işlemlere yönelik taraflarca üstlenilen riskleri belirlemeyi ve karşılaştırmayı amaçlamaktadır. İncelenen tarafın üstlendiği temel işlevler belirlenmeli ve incelenen tarafından üstlenilen işlevlerden, söz konusu tarafla karşılaştırılan önemli farklılıklar için gerekli olan ayarlamalar yapılmalıdır. İşlev incelemesi yapılırken bağımsız tarafın üstlendiği işlevleri gerçekleştirdiği esnada kullanılan veya kullanılacak olan varlıkların (tesis ve ekipman, değerli maddi varlıklar, finansal varlıklar vb. gibi) türünü dikkate alınmalıdır. Piyasada artan risk ile beklenen menfaat arasında doğrudan bir ilişki olduğu için karşılaştırılan işletmelerin ticari işlemlerinde işlev analizi yapılırken tarafların üstlenmiş oldukları risklerin de nazara alınması gerekir. Tarafların üstlendikleri riskler ticari işlemlerin koşullarını etkiler ve bu nedenle riskler tespit edilmedikçe işlevsel analizi de tam olarak gerçekleştirilmiş kabul edilemez (Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 47; Işık, **a.g.e.**, s. 94-95).

⁹³⁹ OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 47-48.

⁹⁴⁰ Bağımsız işletmeler arasında akdedilen sözleşmelerde tarafların çıkarlarının farklı olması, sözleşmeye uyma konusunda karşılıklı özen göstermelerini, sözleşme şartlarının her iki tarafın da bilgisi doğrultusunda yok sayılması veya değiştirilmesini sağlar. Ancak ilişkili işletmelerde bağımsız işletmelerde olan bu çıkar farklılığı söz konusu olmayabilir. Bu nedenle bu ilişkilerde tarafların davranışlarının sözleşme şartlarına uygun olup olmadığını veya davranışlarının sözleşme şartlarına uyulmadığına işaret edip etmediğinin analizi önem arz eder (Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 47-48).

⁹⁴¹ Pazar karşılaştırılabilirliğinin tespitinde ekonomik koşulların nazara alınması gerekir. Bu kapsamda dikkate alınacak ekonomik koşullara, “coğrafi konum, pazarın genişliği, pazardaki rekabetin kapsamı, alıcı ve satıcıların göreceli olarak rekabet konumları, ikame mal ve hizmetlerin var olup olmaması, arz ve talebin belirli bölgelerdeki seviyeleri, devletin pazara ilişkin düzenlemelerinin kapsamı ve niteliği, iş gücü ve sermayeyi kapsayan üretim giderleri, taşımacılık giderleri, pazarın toptan veya perakende seviyesi, işlemlerin zamanı, tarihi” gibi koşullar örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 48-49. Ekonomik koşullarla ilgili daha detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Işık H., **a.g.e.**, s. 96-97.

işlemler olduğunda bile farklı pazarlarda değişebilir; bu nedenle, karşılaştırılabilirliğinin uygun bir şekilde yapılabilmesi için, bağımsız ve ilişkili işletmelerin faaliyet gösterdiği piyasalarda fiyat üzerinde önemli bir etkiye sahip farklılıkların bulunmaması veya bu farklılığın düzeltilebilmesi için uygun ayarlamaların yapılabilmesi gerekir. Bunun için ilk adım olarak, mevcut ikame mal veya hizmetlerin dikkate alınarak ilgili pazarın veya pazarların belirlenmesi önem taşır⁹⁴². Transfer fiyatlandırması amacıyla karşılaştırılabilirliği belirlemede iş stratejileri de önem taşır⁹⁴³. Örneğin bir pazara yeni giren bir işletme, geçici olarak bir ürün için aynı pazardaki karşılaştırılabilir ürünler için alınan fiyattan daha düşük bir fiyat öngörebilir. Bu nedenle ilişkili ve bağımsız işletmelerin işlemleri karşılaştırılabilirliği incelenirken fiyata etki edebilecek her türlü iş stratejilerinin dikkate alınması gerekebilir⁹⁴⁴.

OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde, ilişkili işletmeler arasındaki ilişkilerde uygulanan koşulların, emsallerine uygunluk ilkesine uygun olup olmadığını belirlemek için de belirli yöntemler önerilmiştir. Bu yöntemler, Geleneksel İşlem Yöntemleri olarak ifade edilen “Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi” (*Comparable Uncontrolled Price Method*), Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi (*Resale Price Method*), Maliyet Artı Yöntemi (*Cost Plus Method*) ve İşlemsel Kâr Yöntemidir.

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi uyarınca ilişkili taraflar arasındaki işlemlerdeki fiyatların, ilişkili olmayan bağımsız taraflar arasındaki işlemlerdeki fiyattan farklılık göstermesi durumunda, ilişkili taraflar arasındaki işlemlerin emsale uygun olmadığı sonucuna ulaşılır⁹⁴⁵. Bu durumda ilişkili tarafların ticari ve mali ilişkilerinin şartlarının yeterli olmadığı ve bağımsız taraflar arasındaki işlemin fiyatının, ilişkili taraflar arasındaki işlemin fiyatının yerine geçmesi gerekeceği kabul edilebilir. Dolayısıyla bu

⁹⁴² OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 48-49.

⁹⁴³ İş stratejileri; “inovasyon ve yeni ürün geliştirme ve çeşitlendirme derecesi, riskten kaçınma, politik değişikliklerin değerlendirilmesi, mevcut ve planlanan iş kanunlarının girdisi, sözleşmelerin süresi, işletmenin günlük idaresi” ve bunlar gibi işletmenin birçok yönünün hesaba katılmasını gerektirir (Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 49-50).

⁹⁴⁴ (Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 49-50).

⁹⁴⁵ KVK 13/4(a) hükmünde **karşılaştırılabilir fiyat yöntemi**; “Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesi” şeklinde ifade edilmiştir.

karşılaştırmada fiyatlar arasında herhangi bir farklılık olmadığı tespit edilirse emsale uygun olduğu kabul edilecek ve örtülü kazanç aktarımından da söz edilemeyecektir. SerPK m. 21 hükmünde uygulamada emsale uygunluk belirlemede ortaya çıkan sorunlar nedeniyle eSerPK m. 15 hükmünde yer alan “*bariz şekilde*” ibaresi alınmamıştır. Ancak öğretide “*bariz farkın*” örtülü kazanç aktarımının tespitinde önemli işlev görmeye devam edeceği, fiyat karşılaştırmasında ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlem olması gerekenden daha düşük ya da daha yüksek bir bedeli içeriyorsa, farkın bariz olması bedelin emsale uygun olmadığı anlamına gelebileceğine işaret edilmektedir⁹⁴⁶.

Yeniden satış fiyatı yönteminin amacını bir malın veya hizmetin bağımsız kişilere satılabilmesi için ilişkili taraflardan alınması durumunda, ilişkili taraftan alındığı fiyatın bulunması oluşturur⁹⁴⁷. Yeniden satış fiyatı yöntemi, ilişkili bir taraftan satın alınan bir malın bağımsız bir tarafa yeniden satıldığı fiyatla başlar. Daha sonra bu fiyat, satıcının satış ve diğer işletme giderlerini karşılamaya çalışacağı ve yerine getirilen işlevlerin ışığında makul bir kâr elde edeceği uygun bir miktar kadar düşürülür. Bu yöntem, işleme konu malın üçüncü kişiye satışında yeniden satış fiyatından elde edilecek makul karın indirilmesiyle ilişkili tarafların alış fiyatının tespit edilmesini sağlar ve bu yolla bulunan fiyat ilişkili taraflar arasındaki işleme uygulanması gereken emsal fiyat kabul edilir⁹⁴⁸. Tespit edilen bu fiyatla ilişkili taraflar arasında işlemdeki

⁹⁴⁶ Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 63; Işık H., **a.g.e.**, s. 115. Örneğin, bir işletmenin bir ürünü ton başına 80 dolar olmak üzere 1000 ton sattığını ve aynı zamanda 500 ton aynı ürünü ton başına 100 dolara bağımsız bir işletmeye sattığını varsayalım. Bu durum, farklı hacimlerin transfer fiyatında bir düzeltmeye yol açıp açmayacağının değerlendirilmesini gerektirir. Tipik hacim indirimlerini belirlemek için benzer ürünlerdeki işlemler analiz edilerek ilgili pazar araştırılmalıdır. Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 65. Ayrıca bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 225. Öğretide, bir bedelin bariz şekilde fazla kabul edilebilmesi için herhangi bir ticari, iktisadi veya mali bir nedenle açıklanamaması ve emsaline göre çok yüksek sayılması gerektiği belirtilmektedir (Bkz. Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 201). Bu tespit hem karşılaştırılabilirlik kıstasları hem de emsale uygunluk yöntemleri ile uyumludur.

⁹⁴⁷ Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi, “*emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanması*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹⁴⁸ Yeniden satış yönteminde iç emsal veya dış emsal kullanılmak suretiyle uygulanacak indirim miktarı tayin edilebilir. İç emsal, bir işletmenin ilişkisiz taraflarıyla yaptığı işlemlerdeki fiyat iken, dış emsal karşılaştırılabilir bağımsız kişilerin işlemlerindeki fiyat olarak ifade edilmektedir (Bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 65-66). İç emsal ve dış emsalle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Günay, **a.g.e.**, s. 55-58. Dan. 4. D. 20.01.2004 T., 2004/59 E. 2003/245 K. sayılı kararında örtülü kazanç aktarımında iç emsalde dikkate alınacak hususlara değinmiştir: “*Emsal karşılaştırması sırasında ölçü*

fiyat arasında farklılık mevcutsa, örtülü kazanç aktarımı gündeme gelecektir. Maliyet Artı Yöntemi⁹⁴⁹, kârın belirlenmesinde maliyetlerin önem arz ettiği ve kâr ile maliyet arasında bir bağlantının olduğu hallerde tercih edilir⁹⁵⁰. Maliyet artı yöntemi ile emsal fiyata benzer işlemler için bir işletmede oluşan maliyete, karşılaştırılabilir benzer hallerin esas alınmasıyla bulunacak makul bir brüt kar oranının eklenmesiyle ulaşılır⁹⁵¹. İşlemsel kâr yöntemi, emsallere uygun fiyat veya bedel tespit edilirken ilişkili taraflar arasındaki işlemde doğan kârı esas alan yöntemleri ifade eder. Bu yöntemler, ilişkili taraflar arasında yapılan belli bir işlemin fiyatı yerine bu işlemde ortaya çıkacak kâr marjını incelemektedir. Kâr marjını esas alan bu yöntemler kullanılırken, ilişkili taraflar arasında işlemlerden doğan kâr ile koşulları ilişkili tarafların bu işlemlerine benzer ilişkili olmayan bağımsız taraflar arasında oluşan kar referans alınarak inceleme yapılır⁹⁵².

KVK m. 13/4'te kurumların, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, sayılan bu yöntemlerden (*karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış fiyatı yöntemi, işlemsel kâr yöntemi*) işlemin mahiyetine en

alınacak fiyatların, işletme içi emsaller arasından seçilmesi halinde; bu birimlerin niteliğinin ve iş hacimlerinin somut olarak ortaya konularak, bunların birbirine uygunluğunun karşılaştırmada dikkate alınması gerekmektedir. Olayda, ... Dış Tcaret Anonim Şirketinin hem ana bayi konumunda olması, hem de davacı şirketin toplam cirosunun yarıya yakın kısmının gerçekleştirilmesi nedeniyle daha düşük fiyatla mal satın alması, şubeler ile diğer bayilerin aynı fiyat üzerinden satış yapacak şekilde hizmet vermesi, ticari icaplara uygundur. Bu haliyle diğer bayilere uygulanan satış fiyatı emsal alınarak daha düşük fiyatla satış yapıldığından ve örtülü kazanç dağıtıldığından söz etmek mümkün olmadığından aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.", (Çevrimiçi), <https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

⁹⁴⁹ Öğretide maliyet ilave yöntemi olarak da ifade edilmektedir (Bkz. Kızılot, **a.g.e.**, s. 74).

⁹⁵⁰ Maliyet Artı Yöntemi, "emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını" ifade eder.

⁹⁵¹ Bu yöntem en çok yarı mamul malların ilişkili taraflar arasında satıldığı, ilişkili tarafların uzun vadeli satın alma ve tedarik anlaşmaları imzaladıkları veya burada ilişkili tarafa hizmetlerin sağlanması olduğu durumlarda yararlıdır (OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 71; Işık H., **a.g.e.**, s. 122-123. Maliyet artı yöntemi ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Işık H., **a.g.e.**, s. 122-127).

⁹⁵² İşlemsel kâr yöntemleri, OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde işleme dayalı net kâr marjı yöntemi ve kâr bölüşüm yöntemi şeklinde ele alınmıştır. Aynı şekilde Türk hukukunda da düzenlendiği görülmektedir. KVK m. 13'te OECD önerilerine paralel olarak işlemsel kâr yöntemi şu şekilde açıklanmıştır: "Bu yöntemler, işleme dayalı net kâr marjı yöntemi ve kâr bölüşüm yöntemidir. İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi, mükellefin kontrol altındaki bir işlemde; maliyetler, satışlar veya varlıklar gibi ilgili ve uygun bir temele dayanarak tespit ettiği net kâr marjının incelenmesi esasına dayanır. Kâr bölüşüm yöntemi, ilişkili kişilerin bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin toplam faaliyet kârı ya da zararının, üstlendikleri işlevler ve yükledikleri riskler nispetinde ilişkili kişiler arasında emsallere uygun olarak bölüştürülmesi esasına dayanır" (Bkz. OECD'deki aynı yöndeki açıklamalar için bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines**, s. 77 vd.; Işık H., **a.g.e.**, s. 128).

uygun olanını kullanarak tespit etmesi gerektiği belirtilerek OECD tarafından önerilen bu yöntemler aynen benimsenmiştir. Ancak bu yöntemler sınırlı sayıda değildir; işlemin niteliğine uygun başka yöntemlerin uygulanması da mümkündür. KVK m. 13/4d hükmünde, açıkça emsallere uygun fiyatı yukarıda belirtilen yöntemlerden herhangi birini belirleme olanağının olmaması durumunda, ilgili tarafın kendisinin işlemin niteliğine uygun olan bir yöntemi belirleyerek kullanabileceği belirtilmiştir.

ii. Piyasa Teamülleri

Teamül, sözlük anlamı ile “*bir yerde öteden beri olagelen davranış*” anlamına gelmektedir⁹⁵³. Öğretide de fiili bir alışkanlık teşkil eden ve örf adet düzeyinde olmayan davranışlar olarak tanımlanmaktadır⁹⁵⁴. TTK m. 2/1 hükmü uyarınca kanunda aksine hüküm olmadıkça teamül örf adet olarak kabul edilmedikçe mahkemenin yargılamasında esas alınamaz, sadece tarafların irade açıklamalarının yorumlanmasında dikkate alınabilir. SerPK hükmünde ise teamüle kavram olarak yer verilmiş; ancak Kanun’da ve sermaye piyasasının ikincil mevzuatında teamül açıklanmamıştır. Bu nedenle örtülü kazanç kapsamında ifade edilen teamülün TTK m. 2/1’deki teamül ile aynı anlamı ihtiva edip etmediği hususunun aydınlatılması gerekir.

Örtülü kazanç aktarımında ölçüt olarak öngörülen “piyasa teamülleri” ifadesinin; örf adet niteliğinde olmayan ilgili piyasa, pazar veya sektörde mutata ve yaygın şekilde uygulanan kurallar ve yöntemlerin bütünü şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir⁹⁵⁵. Böylelikle piyasa süregelen ve süreklilik arz eden davranışların örtülü kazanç aktarımında dikkate alınması gerekecektir. Ancak teamül bölgeden bölgeye ve faaliyetten faaliyete farklılık gösteren kurallardır; bu nedenle her işlem özelinde değerlendirme yapılması gerekir⁹⁵⁶. Öğretide SerPK m. 21 anlamında teamülün TTK m. 2/1 hükmündekinden farklı anlamı karşıladığı bu nedenle daha dar yorumlanması gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵⁷. Bu görüşe göre, sürekli mutata bir davranışa uygun ya da aykırı hareket edilmesi, tek başına işlemin objektif koşullara uygun olup

⁹⁵³ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22.04.2021.

⁹⁵⁴ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 103.

⁹⁵⁵ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 226; Balcı/Turan, **C. I**, s. 462.

⁹⁵⁶ Balcı/Turan, **C. I**, s. 462.

⁹⁵⁷ Duran, **a.g.e.**, s. 203.

olmadığının belirlenmesi açısından yeterli değildir; teamüllere uygun olan bir işlem objektif şartlara aykırı olabileceği gibi tersi durumda teamüllere aykırı bir işlem de objektif koşullara uygun olabilir⁹⁵⁸. Kanımızca da burada teamülü TTK m. 2/1 hükmü ile eş kabul etmemek gerekir. Örtülü kazanç aktarımında objektif koşullara göre şirketin o işlemi yapacağı sonucuna ulaşıyorsa teamüle uygun olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide örtülü kazanç aktarımının varlığı için emsallere uygunluk ölçütü getirilmişken piyasa teamülü ölçütüne yer verilmesine gerek olup olmadığı hususunun tereddüt yarattığı ifade edilmiştir⁹⁵⁹. Buna göre, emsallere uygunluk, ilişkili taraflar arasındaki işlemlerin koşullarını ilişkili olmayan bağımsız tarafların işlemlerinin koşullarıyla karşılaştırılmasını gerektirir. Emsale uygunluk belirlenirken emsal kavramının içinde karşılaştırılabilirliği sağlayan faktörleri taşıdığı takdirde piyasa teamülü de yer almaktadır. Bu nedenle piyasa teamülü kavramı emsallere uygunluk üst başlığı altında zaten var olan bir kavramdır, örtülü kazanç aktarımı için ayrı bir işleve sahip değildir⁹⁶⁰. Geniş anlamda emsal kavramı, piyasa teamüllerini içine alsın da kanımızca teamül emsalden farklı bir anlamı ihtiva etmek için kullanılmıştır. Emsal karşılaştırmasının yapılamayacağı hallerde, piyasa teamülünün işlev görmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan emsallere uygunluk ölçütünün uygulanamayacağı olası işlem ve durumların dışlanması önlenmek istenmiştir.

iii. Ticari Hayatın Basiret ve Dürüstlük İlkeleri

Örtülü kazanç aktarımı için öngörülen ölçütlerden bir diğeri de ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılıktır. “Ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkesi” SerPK’da ayrıca tanımlanmamıştır. Öğretide, bu ölçütün tacirin özen yükümlülüğünden mi, anonim şirketin YK üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünden esinlenilerek mi oluşturulduğu noktasında tartışma bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık ölçütünün, anonim şirketin YK üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünden esinlenilerek

⁹⁵⁸ A.e.

⁹⁵⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 418-419.

⁹⁶⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 418-419; Duran, **a.g.e.**, s. 203.

oluşturulduğunu ileri sürülmektedir⁹⁶¹. Bu görüşe göre, kanun koyucu SerPK’da örtülü kazanç aktarımı düzenlenirken Türk Ticaret Kanunu’nda YK üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğüne ilişkin benimsenen ölçütleri esas almıştır. SerPK m. 21 hükmünde yer alan bu ölçüt, eSerPK m. 15 hükmünden aynen alındığı için eTTK m. 320’de YK üyelerinin özen yükümlülüğünün ölçüsü basiretli olma şeklinde ifade edildiği için örtülü kazanç aktarımında da ölçüt olarak “basiret” kavramı kullanılmıştır⁹⁶². Ancak TTK m. 369 hükmünde basiret kavramı terkedilerek yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün ölçüsü olarak “tedbirli yönetici” kavramı belirlenmiştir⁹⁶³. Bu nedenle TTK’da öngörülen sorumluluk sistemi yerine, bilinçli olarak terk edilen basiret ölçütünün SerPK’da kabul edilmesinin makul bir gerekçesi bulunmadığı ve TTK’da özen borcu için tedbirli olma, bağlılık borcu için dürüstlük kuralı benimsenmiş olmasına karşılık SerPK’da bu ölçütlerden ayrılmanın isabetli olmadığı belirtilmektedir⁹⁶⁴. Öğretideki diğer görüş ise SerPK m. 21’de yer alan basiretin; tacir olarak şirketin bulunacağı işlem ve eylemlerde basiretli olması gerekliliğine işaret ettiğini ileri sürmektedir⁹⁶⁵. Bu görüşe göre, SerPK’da “iş adamı

⁹⁶¹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 419; Günay, **a.g.e.**, s. 67.

⁹⁶² ETTK’daki hükümde YK üyelerinin şirketin işlerinde gösterecekleri dikkat ve basireti hakkında eski Borçlar Kanunu’nun 528. maddesinin ikinci fıkrasında atıfta bulunmaktadır. Bu hüküm ise şirketin işlerini ücretle gören YK üyesinin özen borcunun vekilin özen borcu hususundaki hükümlere tabi olduğunu belirterek bu hükümlere yollama yapıyordu. Vekâlet hükümlerinde de ücret alan YK üyesinin özen borcu işinin objektif özen gösterme borcu gibi olduğu düzenlenmekteydi. Buna göre, aynı durum ve koşullarda aynı davranış şekli beklenmekte ve yönetim kurulunun özen ölçüsü kendi işinde göstermesi gereken özen olarak kabul edilmekteydi. Dolayısıyla basiretli olma esas itibarıyla objektif özen ölçüsü getirmekteydi. İlgili açıklamalar için bkz. Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul Yasa Yayınları, 1989, s. 229; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 71-72.

⁹⁶³ TTK m. 369’da yer alan tedbirli yönetici kavramı, basiretli olma ölçüsünden farklı bir anlam ihtiva etmektedir. Tedbirli yönetici kavramı yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni kapsamakta, yöneticinin görevi yerine getirirken yekin olmasını, işle ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulama ve denetleyebilme için gerekli olan yetenek ve eğitime sahip olmasını ifade etmektedir. Tedbirli yönetici kavramında da kusur önem taşımakta ancak bir yöneticinin objektif olarak kontrolü dışında kalan ve objektif beklentileri aşan tedbirler özen yükümlülüğü kapsamında sayılmamaktadır (Bkz. TTK m. 369 gerekçesi).

⁹⁶⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 419-420; Günay, **a.g.e.**, s. 67.

⁹⁶⁵ Balcı/Turan, **C. I**, s. 463; Duran, **a.g.e.**, s. 208; İhsan Baştürk, “*Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu*”, **DEÜHF Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 894; Murat Can Pehlivanoglu, “*Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açılarından "İşlem" ve "İlişkili Kişi" Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2015, s. 94.

kararı” veya “tedbirli yönetici özeni” kavramlarının tercih edilmemesi bilinçlidir. Burada kanun koyucunun şirketin yapacağı işleme ilişkin özen yükümlülüğü kapsamında bir değerlendirme yapılması amaçlanmamış olduğu, tersine şirketin gerçekleştirdiği işlemin şirketin menfaatine olup olmadığının belirlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir⁹⁶⁶. Bu nedenle maddedeki basiretli olma ölçütü, TTK m.18/2’de düzenlenmeden esinlenilerek oluşturulduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce de SerPK m. 21 hükmü tacirin özen ölçütünü temel almıştır. Nitekim yönetim kurulunun özen yükümlülüğü yönetim kurulunun sorumluluğu açısından önem arz eder. Bir işlemin örtülü kazanç aktarımı olup olmadığı YK üyelerinin sorumluluğundan bağımsız değerlendirilmelidir. Burada dikkate alınması gereken husus, şirkettir ve şirketin bir işlemi yapması basiretli tacir olma yönünden irdelenmelidir. Bu nedenle basiret ölçütü de SerPK m. 21’de yer alan diğer ölçütlerde olduğu gibi işlemin şirketin menfaatine olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir⁹⁶⁷. Basiretli olma ifadesi tacir olan şirketi işaret etmekte ve temelini de TTK m. 18/2 hükmünden almaktadır. Bu hükme göre “*her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi*” gerekmektedir. Basiretli olma yükümlülüğü tacirlere, ticari işletmeleri ile ilgili bütün faaliyetleri için objektif özen ölçüsü getirir⁹⁶⁸. Objektif özen ölçüsü, tacirin kendi yetenek ve olanakların göre ondan beklenebilecek özeni değil; aynı ticaret alanında faaliyet göstermekte olan tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenecek özeni göstermesini ifade eder⁹⁶⁹. Her tacirin faaliyetlerinde bulunurken tedbirli ve tecrübeli iş insanı gibi davranması zorunludur. Dolayısıyla bir işlemi, basiretli bir tacirin yapmasının beklenmediği hallerde örtülü kazanç aktarımından söz edilebilecektir⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ Pehlivan, **a.g.e.**, s. 95.

⁹⁶⁷ Yargıtay da bir kararında ticaret şirketinin işgal konusuna giren faaliyetlerde basiretli iş insanı gibi hareket edilmesinde herhangi bir faaliyetin şirket menfaatine olup olmadığının önemli kıtas olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD., 17.12.1974 T., 1974/3677 E., 1974/3733 K., (Çevrimiçi), <http://www.akcan.av.tr/page/110?MA>, Erişim Tarihi: 24.04.2021.

⁹⁶⁸ Bkz. N. Füsün Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya), **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2015, s. 285.

⁹⁶⁹ Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 151.

⁹⁷⁰ Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bir şirketin kaynak aktarımını gizlemek amacıyla ithalat sürecine hiçbir katkısı bulunmayan normal şartlar altında ithalata dâhil etmeyeceği off-shore şirketlerin dâhil edilmesini örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirmiştir. İlgili karar için bkz. Yarg. CGK, 23.06.2015 T., 2013/7-700 E., 2015/241 K., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı,

Ticari hayatın dürüstlük ilkelerine aykırılık ölçütü de SerPK’da tanımlanmamıştır. “*Dürüstlük ilkeleri*” kavramı TTK m. 437 hükmünde de yer almaktadır; ancak bu maddede de ilkenin içeriği açıklanmamıştır. Bunun dışında TTK m. 369 hükmünde YK üyelerinin bağlılık yükümlülüğünün ölçüsü olarak dürüstlük kuralı düzenlenmiş ve YK üyeleri şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmekle yükümlü kılınmışlardır. TTK m. 369 gerekçesinde, dürüstlük kuralının da basiretli iş insanı ve tedbirli bir yönetici ölçüleri gibi bir özen ölçüsü olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan SerPK m. 21’deki ticari hayatın dürüstlük ilkelerinin uygulanmasında, TTK m. 369 hükmünün temel alınması ve bu kapsamda yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir⁹⁷¹. Bu kapsamda ticari hayatın dürüstlük ilkeleri, şirketin menfaatinin her zaman üstün tutulmasını ve şirketle ilişkili tarafları arasındaki menfaat çatışmasının şirketin menfaatini olumsuz yönde etkilememesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yorum, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına da uygun düşecektir⁹⁷².

(2) Pasif Olarak Örtülü Kazanç Aktarımının Gerçekleştirilmesi

SerPK m. 21/2 hükmünde kârı ya da malvarlığını korumak ya da artırmak için yapılması beklenen faaliyetlerin yapılmaması yoluyla ilişkili tarafların kârlarının veya malvarlıklarının artmasının sağlanması da örtülü kazanç aktarımı sayılmıştır. Buna göre, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebilmesi için mutlaka aktif bir davranışla işlemin gerçekleştirilmesi gerekmemekte, eylemsizlikleri de diğer bir ifadeyle pasif kalmak da yasak kapsamına girmektedir⁹⁷³. Böylelikle halka açık şirketin, bağlı şirketin veya iştirakinin gerçek veya tüzel kişi ilişkili taraflarıyla kârlarını veya malvarlığını artırmak için yapmaları gereken malvarlığı veya kârlarını artıran hamleleri yapmamaları da örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmiştir⁹⁷⁴.

(Çevrimiçi), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

⁹⁷¹ Pehlivan, **a.g.e.**, s. 95; Günay, **a.g.e.**, s. 68-69.

⁹⁷² Pehlivanoglu, **a.g.e.**, s. 96. Öğretide Duran, basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık bağlamında da bütünüyle dürüstlüğe uygunluk ilkesinin bir ölçüt olarak kabul edilebileceği ve belirli hususlarda bu ilkedен faydalanılabileceğini belirtmektedir (Bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 212).

⁹⁷³ TTK m. 202/1.a hükmünde, pasif davranışa örnek olarak “...haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınma” verilmiştir. Bu maddedeki kaçınma halleri SerPK m. 21/2 uyarınca ilişkili tarafların malvarlığının artması amacıyla yapılıyorsa örtülü kazanç aktarımı sayılabilecektir.

⁹⁷⁴ Tekinalp/Çamoglu, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 33.

Kaçınmanın örtülü kazanç aktarımı sayılması için kaçınmanın esas sözleşme veya iç tüzük çerçevesinde basiretli ve dürüst tacir olarak veya piyasa teamülleri gereği şirketin malvarlığı veya kârını artırmak için yapılması beklenen bir faaliyetin yapılmaması şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar aynı zamanda pasif olarak örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilmesinin ölçütlerini oluşturmaktadır⁹⁷⁵. Buna göre yapılan yatırımın esas sözleşme veya içtüzükte öngörülüyor olması ve basiretli ve dürüst bir tacir veya piyasa teamülleri ölçütlerinin de yatırımın yapılmasını gerektiriyor olması gereklidir. Ancak bu maddede kaçınılmaması gereken hamlelerin yapılmasının mümkün olup olmadığı hususu hiç ele alınmamıştır⁹⁷⁶. Bu açıdan ölçütlere göre değerlendirme yapılması gereklidir. Bu değerlendirme sonucunda halka açık şirketin, bağlı şirketinin veya iştirakinin bir işlemi yapmaları ya da eylemde bulunmaları gerektiği sonucuna varılırsa örtülü kazanç aktarımının varlığından söz edilebilecektir⁹⁷⁷.

“Piyasa teamülleri” SerPK m. 21/1 hükmünde belirtilen ölçütle aynıdır. Ancak maddede SerPK m. 21/1 hükmünde olan “emsallere uygunluk” ölçütüne yer verilmemiştir. SerPK m. 21/2 hükmünde “*esas sözleşmeleri ve iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst tacir*” ölçütü düzenlenmiştir. Öğretide SerPK m. 21/2 hükmü “*esas sözleşmeleri ve iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst tacir*” şeklinde ölçüt getirirse de basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçütünün SerPK m. 21/1 ile eş olduğu ifade edilmektedir⁹⁷⁸. Öğretideki diğer görüş ise SerPK m. 21/2 hükmündeki ölçütün kapsamının SerPK m. 21/1’deki gibi ticari hayata göre değil, esas sözleşme ve

⁹⁷⁵ Hükümde pasif davranış “faaliyetlerin yapılmaması” şeklinde tarif edilmiştir. Eski SerPK döneminde öğretide örtülü kazanç aktarımının kaçınmadan da doğabileceği belirtilerek hükümdeki “işlem” kavramının geniş anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, s. 77). SerPK m. 21/2 hükmünde de öğretide kabul edildiği gibi kaçınmanın örtülü kazanç aktarımı kapsamında sayıldığı görülmektedir. Ancak SerPK m. 21/2 hükmünde birebir “kaçınma” ifadesi kullanılmamış, “faaliyetlerin yapılmaması” ifadesine yer verilmiştir. TTK m. 202 hükmünde de hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasında örnek olarak ifade edilen pasif davranışlar “kaçınma” olarak nitelendirilmiştir. Kaçınma hukuki işlemin veya eylemin yapılmaması şeklinde de gerçekleştirilebilirken faaliyet eylemi ifade ettiği için öğretide “faaliyetin yapılmaması” ifadesinin doğru bir tercih olmadığı ve bu nedenle maddede geçen “faaliyet” ifadesinin hukuki işlem ve eylem şeklinde anlaşılmasının maddenin amacına daha uygun olacağı ifade edilmektedir (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 424).

⁹⁷⁶ Tekinalp/Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 33.

⁹⁷⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 425.

⁹⁷⁸ **A.e.**

iç tüzük çerçevesinde belirlendiği kabul etmektedir⁹⁷⁹. Bu görüşe göre bu ölçütün esas sözleşme ve iç tüzük kapsamında belirlenecek olmasının, pasif yolla gerçekleştirilecek örtülü kazanç aktarımında sorumluluğun çerçevesini dar tutma düşüncesine dayandığı ifade edilmekte, böylelikle şirketin sadece esas sözleşme veya iç tüzük kapsamında kendisinden beklenebilecek davranışları yapmamasından sorumlu tutulacağı belirtilmektedir⁹⁸⁰. Burada kanun koyucunun örtülü kazancın kaçınma şeklinde gerçekleştirildiği hallerde basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçütlerinin değerlendirilmesini “*esas sözleşmeleri ve iç tüzükleri çerçevesinde*” yapılmasını öngörerek bu ölçütün kapsamını daraltmak istediği söylenebilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında bir şirketin tacir olarak yapması beklenenleri iştirak konusuna göre değerlendirmiştir⁹⁸¹. Ancak ultra vires ilkesi olmadığı için şirketin esas sözleşmede belirtilen iştirak konusu ile sınırlı faaliyet göstermesi zorunluluğu bulunmamaktadır, bu nedenle ölçütlerin esas sözleşme ile sınırlı yorumlanması her zaman örtülü kazanç aktarımının belirlenmesinde işlevsel olmayacaktır. Yine şirket iç tüzüklerine şirketin amacı ve gözetmesi gereken menfaatlerinin yazılması pek karşılaşılan durum değildir. Bu açıdan hükmün amaçladığı ile fiiliyatta olan bağdaşmadığı için “*esas sözleşmeleri ve iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst tacir*” şeklinde belirtilen ölçütün SerPK m. 21/1 ile eş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁹⁷⁹ Pehlivanoglu, **a.g.e.**, s. 96.

⁹⁸⁰ Bu bağlamda TTK m. 339/2.b hükmü gereği esas sözleşmede yer alması gereken şirketin konusuna ilişkin hususlar, örtülü kazanç aktarımının basiret ve dürüstlük ilkesi ölçütlerinde belirleyici olacaktır. Esas sözleşmesinde yer alan şirketin amacı ve konusuna ilişkin hususlar, şirketin gözetmesi gereken menfaatlerini de ortaya koymaktadır. Örneğin şirketin amacı ve konusu ile ilgili olmayan hallerde şirketin de menfaati olmayacağı ve şirketin de hamlelerde bulunması beklenmeyecektir (Bkz. Pehlivanoglu, **a.g.e.**, s. 96-97).

⁹⁸¹ Bkz. Yarg. 11. HD., 10.04.2006 T., 2005/3321 E., 2006/3772 K., “...Ç... A.Ş.’nin elektrik üretim ve iletimi ile iştirak ettiği, bu amaçla tesis inşa etmek ve işletmek zorunda bulunduğu göz önüne alındığında yüklü miktarda çimento ihtiyacı içerisinde bulunan davalının çimento üretim ile iştirak eden şirketlere katılmasının ticari yaşamın doğasına uygun olduğu, davalı Ç.. A.Ş.’nin rüçhan hakkını kullanmış olsaydı, bu işlemin TTK. ’nun 137. maddesi çerçevesinde konu dışı bir işlem olarak kabul edilemeyeceği, ... davalılardan Ç... A.Ş.’nin diğer davalı R. Çimento A.Ş. lehine diğer davalı şirketlerin sermaye artırımına katılmamak suretiyle örtülü kazanç artırımı yapmış olduğu ve bu suretle davalı Çukurova A.Ş. tarafından rüçhan hakkının kullanılmaması ile söz konusu payların R. A.Ş.’ne geçmesine ilişkin işlemlerin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü le davalılar L.. Çimento A.Ş. ile Ş. Çimento A.Ş.’nin sermaye artırımlarında davalı Ç. A.Ş. tarafından rüçhan haklarının kullanılmaması sonucu söz konusu payların davalı R. Çimento A.Ş.’ne geçmesine ilişkin işlemlerin Sermaye Piyasası Kanunu’nun 15/VII maddesi kapsamında hukuka aykırı olduğunun tespit ve iptaline karar verilmiştir”, (Çevrimiçi), <https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

Halka açık şirketin, bağlı şirketinin ya da iştirakinin ilişkili tarafların malvarlığını artırmak amacıyla kendi malvarlıklarını ya da kârlarını artıracak işlem veya eylemleri yapmaktan kaçınmaları örtülü kazanç aktarımı sayılacaktır. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımının varlığı için bu ölçütler tek başına yeterli olmamakta, ayrıca kaçınılan işlem veya eylem sonucunda ilişkili tarafların malvarlığının ya da kârını artırması aranmaktadır. Dolayısıyla pasif davranış ile örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebilmesi için ilişkili tarafın malvarlığı veya kârı artarken şirketin malvarlığında olabilecek artışın gerçekleşmemiş olması ve her ikisi arasında nedensellik bağının olması gerekmektedir⁹⁸². Örneğin halka açık şirketin katılması gereken bir ihaleden ilişkili tarafın ihaleyi alması için çekilmesi ya da ihaleye hiç katılmaması, şirkete gelen iyi bir teklife vaktinde cevap verilmeyerek fırsatın kaçırılarak ilişkili tarafla işlem yapılması örtülü kazanç aktarımı teşkil edecektir⁹⁸³.

d. Halka Açık Şirketin Kazancının Aktarılması veya Artmasının Engellenmiş Olması

Halka açık anonim şirketin, onun iştiraki ve bağlı şirketlerinin maddi bir zarara uğratılmış olması ve bu bağlamda malvarlığının veya kazancının azalmasına yol açması ya da artmasının aktif ya da pasif davranışla engellenerek kazanç aktarımının gerçekleştirilmiş olması ya da halka açık anonim şirketin, onun iştiraki ve bağlı şirketlerinin malvarlığını veya kazançlarını korumak ya da artırmak için yapmaları gereken faaliyetleri yapmaktan kaçınarak ilişkili tarafların kârlarının veya malvarlıklarının artmasına yol açmaları örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır⁹⁸⁴. Burada esas önemli olan, iştirakin veya bağlı şirketin yapmış olduğu işlemin halka açık anonim şirketi zarara uğratmış olmasıdır⁹⁸⁵. Keza SerPK m. 1 hükmünde bu Kanun'un yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi amacını taşıdığı belirtilmiştir ve bu Kanun'un koruma alanına ise halka açık şirketin malvarlığı girmektedir. Bu nedenle, iştiraklerin ve bağlı şirketlerin

⁹⁸² Manavgat, **Halka Arz**, s. 425.

⁹⁸³ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 138; Manavgat, **Halka Arz**, s. 425; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 38.

⁹⁸⁴ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 203.

⁹⁸⁵ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 198; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 141; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 37; Manavgat, **Halka Arz**, s. 423-424.

de korunması halka açık anonim şirketlerin malvarlığının azaltılmasına yol açtığı ölçüde söz konusu olacaktır⁹⁸⁶. Ayrıca maddede bağlı şirketlerin ve iştiraklerin de örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına alınması konsolide yapıda koruma sağlamak için getirilmiştir. Bağlı şirketlerin veya iştiraklerin malvarlığı veya kazancı azaltıldığı durumda, halka açık anonim şirketin finansal tablolarında bu azalma olarak gösterilecektir⁹⁸⁷. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımının varlığı için gerekli son şart, halka açık anonim şirketin kazancının veya malvarlığının azaltılması ya da artmasının engellenmiş olmasıdır. İlişkili taraflarla aktif ya da pasif yolla yapılan işlem halka açık şirketin malvarlığının veya kârın azaltılmasına yol açıyorsa örtülü kazanç sayılırken yol açmaması durumunda normal piyasa işlemi olarak kabul edilir⁹⁸⁸.

3. Örtülü Kazanç Aktarımının Uygulama Kapsamının İlişkili Taraf İşlemleri Yönünden Değerlendirilmesi

Örtülü kazanç aktarım yasağı, tüm halka açık şirketler için uygulama alanı bulmaktadır. Burada halka açık şirketler yönünde bir ayrıma gidilmemiştir. SerPK m. 17’de yapılan atıf gereği KYT uyarınca ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür yalnızca sadece payları borsada işlem gören şirketler yönünden ve istisna tanınmayan belirli eşiği aşan işlemler yönünden uygulanmaktadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağı ise halka açık anonim şirketlerin TMS 24 uyarınca ilişkili taraflarıyla yaptığı tüm işlemleri yönünden söz konusu olmakta, bu işlemler için ön değerlendirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu yönüyle örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemenin uygulama kapsamı ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen düzenlemelere göre oldukça geniştir. Bu nedenle halka açık anonim şirketlerin TMS 24 uyarınca ilişkili taraflarıyla yaptığı tüm ilişkili taraf işlemleri örtülü kazanç aktarımı yasağına tabi iken, bütün ilişkili taraf işlemleri SerPK m. 17/3 hükmünde öngörülen prosedüre tabi olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle payları borsada işlem görmeyen halka açık şirketler ilişkili taraflarıyla gerçekleştirecekleri işlemlerde SerPK m. 17’deki

⁹⁸⁶ Dolayısıyla iştiraklerin veya bağlı şirketin malvarlığının/kazancının azaltılmasına yol açan işlemler halka açık anonim şirketin malvarlığının/kazancının azalmasına yol açmadığı durumda örtülü kazanç aktarımı sayılmayacaktır (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 432-433; Günay, **a.g.e.**, s. 32-33).

⁹⁸⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 432; Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)**, s. 198; Günay, **a.g.e.**, s. 32.

⁹⁸⁸ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 141.

prosedüre uymak zorunda değilken, payları borsada işlem gören anonim şirketler bütün ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı olup olmadığını incelemek ve örtülü kazanç aktarımı teşkil ediyorsa bu yasağa riayet etmekle yükümlüdür. Bu açıdan SerPK m. 17/3 hükmüne tabi olan ilişkili taraf işlemleri için çift koruma getirilmiş olmaktadır.

SerPK m. 21’de örtülü kazanç aktarımı kapsamında halka açık anonim şirketin iştiraki ile bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirecekleri işlemler de sayılmıştır. İştirak ve bağlı şirketlerin halka açık şirket olma zorunluluğu aranmamıştır. KYT m. 9’da da halka açık anonim şirketin ve bağlı şirketinin ilişkili taraflarla yaptığı işlemler ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmiş ve bunlar prosedüre tabi kılınmıştır. SerPK m. 21 ve KYT m. 9’daki düzenlemeler bağlı şirketleri de kapsamına alması yönünden benzerlik göstermektedir. Ancak SerPK m. 21 kapsamında tüm halka açık şirketlerin bağlı şirketleri girerken, KYT m. 9 kapsamında sadece borsada işlem gören anonim şirketlerin bağlı şirketleri girmektedir. Bu açıdan bakıldığında kapsam yönünden yine ciddi bir fark vardır. Yine KYT m. 9 kapsamında ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmeyen halka açık şirketin iştirakinin ilişkili taraflarla yapmış olduğu işlemler de SerPK m. 21’de örtülü kazanç aktarımı kategorisinde sayılmıştır. Bu, aynı zamanda ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi çevresini bilinen anlamından daha geniş şekilde yorumlamaktadır. Nitekim bu işlemlerde iştirakin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirilmiş olmasına rağmen halka açık şirket yönünden de ilişkili taraf işlemi kabul görmekte ve örtülü kazanç aktarımı yasağına tabi olmaktadır. Bu nedenle payları borsada işlem gören bir halka açık anonim şirketin iştirakinin ilişkili taraflarla yapacağı işlemler yönünden SerPK m. 17/3 hükmünde öngörülen prosedür uygulanmaz. Ancak bu işlemlerin SerPK m. 21 gereği örtülü kazanç aktarımı yasağı yönünden incelenmesi şarttır.

SerPK m. 21/2 hükmünün ise ilişkili taraf işlemleri yönünden bir karşılığı yoktur. Nitekim TMS 24 uyarınca şirketin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmekte, işlemin bir tarafında şirket diğer tarafında ise ilişkili tarafın varlığı aranmaktadır. Aynı husus SerPK m. 17/3 hükmü yönünden de geçerli olup burada ilişkili taraf işleminin halka açık şirket veya onun bağlı şirketi ile ilişkili

tarafı arasında yapılması aranmaktadır. Burada TMS 24'ü aşan şekilde ilişkili taraf işlemi kabul edilse de yine de burada ilişkili tarafla gerçekleştirilen bir işlem söz konusudur. Nitekim TMS 24 ilişkili taraflarla şirketin işlem yapmasını aramakta, aynı şekilde SerPK m. 17'de de şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlere bir sonuç bağlanmaktadır. SerPK m. 21/2'de ise hareketsiz kalmak veya kaçınarak ilişkili tarafların malvarlığını artırmak da örtülü kazanç aktarımı kapsamında sayılmaktadır. Bu hüküm uyarınca doğrudan ilişkili taraflarla işlem yapılmayabilmektedir. Burada şirketin eylemsizliğine bir sonuç bağlanmakta, ilişkili tarafla şirketin doğrudan bir işlem gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda TMS 24 kapsamında ilişkili taraflarla yapılan bir işlem de söz konusu olmadığı gibi SerPK m. 17 kapsamında sayılacak bir işlem de söz konusu değildir. Bu açıdan SerPK m. 21'de ilişkili tarafın, teknik anlamda ilişkili taraf kavramını ve ilişkili taraf işlemi aşacak şekilde ele alınmış olduğu sabittir.

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doğrudan bir düzenlemenin mevcut olmaması ilişkili taraf işlemlerine ilişkin TTK'da koruyucu düzenlemelerin hiç olmadığı anlamına da gelmemektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte benzer amaçlardan hareket edildiğini düşündüğümüz düzenlemeler mevcuttur.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin temelini teşkil eden SerPK m. 17/3 ve TMS 24 ile sağlanmak istenen şeffaflık ve korumanın benzerinin anonim şirketler için TTK'da da düzenlendiği görülmektedir. Kaldı ki şeffaflık ilkesi, 6102 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de temel bir ilke olarak zikredilmiştir⁹⁸⁹. İlişkili taraf işlemi kapsamında kabul edilen düzenlemeler şirketle işlem yasağı, şirkete borçlanma yasağı, YK üyelerinin rekabet yasağı ve şirketler topluluğundaki hâkimiyetin hukuka

⁹⁸⁹ Bkz. TTK Genel Gerekçe.

aykırı kullanılması ve bağıllık raporu düzenlenmesine ilişkin hükümlerdir. Bunlar dolaylı olarak ilişkili tarafları ele alan ve onların şirketle yapacağı belirli işlemlere ilişkin çeşitli koruma mekanizmaları getiren düzenlemelerdir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerinde şirketin menfaatini koruyacak çok sayıda mekanizma bulunmaktadır. Nitekim yukarıda belirttiklerimizden başka gerek Türk öğretisinde gerekse de yabancı öğretilerde ilişkili taraf işlemlerinin geniş yorumlanarak özen ve sadakat yükümlülüğü ile müzakerelere katılma yasağının da bu kapsamda sayıldığı görülmektedir⁹⁹⁰. Yöneticilerin özen yükümlülüğü ve müzakerelere katılma yasağı, elbette ilişkili taraf işlemlerine ilişkin bir koruma işlevi görmektedir. Ancak yönetim kurulunun özen yükümlülüğü ve müzakerelere katılma yasağı ilişkili taraf işlemlerine hasredilecek düzenlemeler değildir. Zira bu yükümlülükler, YK üyelerinin gerçekleştirecekleri tüm işlemlerde gözetmesi gereken asli yükümlülüklerdendir. Ayrıca ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemler üzerinde koruyucu işlev gören tüm düzenlemeleri ilişkili taraf işlemi bağlamında nitelendirmek şirketin malvarlığının korunmasına hizmet eden hemen hemen her düzenlemenin bu kapsama alınmasını gerektirecektir. Elbette bu düzenlemeler, ilişkili taraf işlemlerine de uygulanabilir. Ancak bu düzenlemelerin getirilmesinin birincil amacı, ilişkili taraf işlemlerini düzenlemek değildir; ya şirketler hukukuna ilişkin temel ilkeler ya da koruyucu genel düzenlemelerdir. Bu nedenle biz aşağıda genel şirketler hukukuna ilişkin ilkeleri ve düzenlemeleri değil; ilişkili tarafları konu olan ve onların yapacağı çeşitli işlemlere ilişkin getirilen koruma mekanizmalarını ele almayı tercih etmekteyiz.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İŞLEM YASAĞI

TTK m. 395 hükmü YK üyelerinin genel kurulun izni olmaksızın şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapmasını yasaklamaktadır. Yönetim kurulu üyesinin şirketle kendisi adına işlem yaptığı hallerde, kendi kişisel çıkarlarıyla şirketin menfaati çatışır. TTK m. 395/1 hükmü de şirketle YK üyesi arasında oluşabilecek çıkar çatışmasında üyenin yetkilerini kötüye kullanmasını engellemek amacıyla getirilmiştir. Zira YK üyesi, bir yandan şirketi şirketin çıkarları doğrultusunda yönetmekle yükümlüdür. Diğer yandan, kendisi için avantajlı bir işlem yapmak kendi

⁹⁹⁰ Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 25; Ungerer, **a.g.e.**, s. 66 vd.

yararınadır. Bu çatışma üyenin kendi çıkarlarını koruyacağı endişesini yaratır. Aynı endişe, üyenin başkası adına şirketle işlem yaptığı hallerde de geçerlidir. Bu halde de üyenin temsil ettiği hangi tarafın menfaatini koruyacağı endişesi doğar. Bu çıkar çatışmasında üye, objektif davranmak yerine taraflardan birinin menfaatini üstün tutabilir ya da taraflardan birinin menfaati kendi lehine de olabilir. Özellikle üyenin ilişkili olduğu kişiler adına işlem yaptığı hallerde, bu kişilerin menfaatine işlem yapması kuvvetle muhtemeldir, çoğu halde de bu kişilerle üyenin kendi kişisel çıkarları uyuşur⁹⁹¹. Bu çıkar çatışması, YK üyelerinin şirketin çıkarlarını gözetme yükümlülüğünü ihlal ederek kendisinin veya bir başkasının çıkarlarını üstün tutmasına yol açabilmektedir. İşte kanun koyucu, YK üyesinin kendisi veya başkası adına şirketle işlem yaptığı hallerde, kendisi veya adına hareket ettiği kişilerin çıkarlarını üstün tutarak şirketi zarara uğratma tehlikesini en baştan engelleyerek şirketin menfaatini korumak için işlem yasağını getirmiştir⁹⁹².

Yönetim kurulu üyeleri şirketin ilişkili tarafını oluşturur. Dolayısıyla YK üyelerinin şirketle yapacağı işlemler de ilişkili taraf işlemi teşkil eder. Bu nedenle işlem yasağı konumuz bakımından önem arz etmektedir.

1. İşlem Yasağının Şartları

Yönetim kurulu üyesinin şirketle yaptığı işlemler ve başkası adına yaptığı işlemler yönünden yasak getirilmektedir. Dolayısıyla yasağın varlığı için YK üyesinin şirketle kendisinin işlem yapması ya da işlemi başkası adına yapması gerekmektedir. Yasağın varlığı için YK üyesinin veya adına hareket ettiği kişinin iyiniyetli olup olmadığı önem arz etmez⁹⁹³.

a. Yönetim Kurulunun Kendisiyle İşlem Yapması

Temsilcinin bir işlemi, hem işlemin tarafı olarak kendi adına hem de temsil ettiği tarafın temsilcisi olarak yapmasına, temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması

⁹⁹¹ Bu tehlike nedeniyle TMS 24'te kilit yönetici personel ve onun yakın aile üyeleri ile şirketin yapacağı işlemler ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmiştir.

⁹⁹² Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, TTK Şerhi C. II, İstanbul, Yaylacık Matbaası, 1988, s. 622; Oğuz İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku - I**, İstanbul, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 565; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 86-87.

⁹⁹³ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 87.

denilmektedir⁹⁹⁴. Yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle kendi adına işlem yapması da temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasının şirketler hukukundaki bir görünümüdür. Ancak yönetim kurulunun kendisiyle işlem yapması, Borçlar Hukuku'ndaki temsilcinin kendisiyle işlem yapması kavramıyla benzerlik gösterse de birebir örtüşmez⁹⁹⁵. Zira Borçlar Hukuku'nda temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması, kendi adına ve temsil ettiği taraf adına olmak üzere işlemin her iki tarafının irade açıklamasını temsilcinin yapmasını gerektirir. TTK m. 395/1'de tek önem arz eden husus ise YK üyesinin şirketle işlem yapmış olması, diğer bir ifadeyle işlemin diğer tarafının YK üyesi olmasıdır. İşlemin şirketle yapılmış olması şart olmakla birlikte şirket adına kimin irade açıklamasında bulunduğu önemli değildir. Nitekim hükümde de işlem yapılırken şirketi kimin temsil edeceği belirtilmemiştir. Bu açıdan anonim şirket adına irade açıklamasını işlemin tarafı olan üyenin yapması şart değildir⁹⁹⁶. Dolayısıyla YK üyesinin şirketle yaptığı işlemde şirketi; aynı üyenin, başka bir üyenin ya da yetkili başka bir kişinin de temsil etmesi mümkündür.

Kendi adına işlem yapması için YK üyesinin yetkilendirdiği iradi temsilcinin şirketle işlem yapması da yasak kapsamına girer⁹⁹⁷. Yönetim kurulu üyesinin işlemi temsilci aracılığıyla yaptırması ile bizzat yaptırması arasında bir fark bulunmamaktadır⁹⁹⁸. Nitekim burada doğrudan temsil vardır. Bu halde üye adına işlem yapılmakta ve işlemde kaynaklanan tüm haklar ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunan üyeye ait olur. Şirketle yapılan işlemin karşı tarafında, YK üyesi ile birlikte başka kişilerin de bulunması mümkündür. Aynı şekilde şirket de başka kişilerle birlikte

⁹⁹⁴ Kemal M. Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 240; Gökhan Antalya, **Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 1, Ed.: Gökhan Antalya, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 617.

⁹⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Erol Ulusoy, **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 32-34.

⁹⁹⁶ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 129.

⁹⁹⁷ Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler (II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 154; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 145; Gizem Alper, "Yönetim Kurulu Üyesinin Anonim Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S.1, Haziran 2013, s. 49.

⁹⁹⁸ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 145.

bu işlemin tarafı olabilir. Bu şekilde işlemin bir tarafında şirket diğer tarafında YK üyesi olduğu için yapılan bu işlem de yasağa tabi olur⁹⁹⁹.

Dolaylı temsil ilişkisinde ise durum daha farklıdır. Dolaylı temsilci, işlemi temsil olunan hesabına fakat kendi adına yapar. Hukuki işlem, doğan haklar ve borçlar temsilci nezdinde doğar, daha sonra alacak ve borçlar alacağın devri ve borcun nakli işlemiyle temsil edilene nakledilir¹⁰⁰⁰. TTK m. 395/1’de YK üyesinin dolaylı temsil yoluyla şirketle işlem yapmasının yasak kapsamına girip girmediği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak eTTK m. 334’e şirketle işlem yasağı “*İdare meclisi azalarından biri umumi heyetten izin almadan kendi veya başkası namına bizzat veya dolayısıyla şirketle şirket konusuna giren bir ticari muamele yapamaz.*” şeklinde tezahür etmekteydi. Görüldüğü gibi hükümde YK üyelerinin dolayısıyla yapacağı işlemler de açıkça yasak kapsamında sayılmaktaydı. Öğretide de dolaylı temsil ilişkisinin yasak kapsamında olduğu kabul edilmekteydi¹⁰⁰¹. TTK m. 395/1’de ise yasak “*kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz*” şeklinde belirlenmiş olup dolayısıyla işlem yapılmasına hükümde yer verilmemiştir. Hükümün gerekçesinde maddenin eTTK m. 334’ün birinci fıkrasının bazı değişikliklerle aynen alındığı ifade edilmiş ancak gerekçelendirilen değişiklikler arasında bu hususa yer verilmemiştir. Haliyle hükmün lafzından, dolayısıyla yapılan işlemin tarafı YK üyesi olmadığı için dolaylı temsil ilişkisinin yasak kapsamına girmediği sonucuna ulaşılması mümkün görünmektedir. Ancak öğretide açık hüküm olmasa da YK üyesinin, şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapamayacağı gibi bu işlemleri kendi hesabına bir başka kişiye de yaptıramayacağı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰⁰². Kanımızca da dolaylı temsil ile

⁹⁹⁹ YK üyesinin şirketle aynı tarafta yer alması ise şirketle işlem yapma söz konusu olmadığı için yasak kapsamına girmez. Ancak YK üyesinin şirketle aynı tarafta yer aldığı işlem sonucunda üye ile şirket arasında borç veya yükümlülük doğuran bir hukuki ilişki gerçekleşiyorsa, görünüşte şirketle yapılan işlem olmasa da sonuç olarak şirketle yapılan işlem sayılarak yasağa tabi olması gerekir (İlgili görüş ve açıklamalar için bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 130).

¹⁰⁰⁰ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 222.

¹⁰⁰¹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 154; İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 87.

¹⁰⁰² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 565; Alper, **a.g.m.**, s. 50; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 499; Ebru Demirci, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Gazi Üniversitesi SBE**, 2018, s. 36. Öğretide YK üyesinin şirketle müstear adla işlem yapamayacağı da ifade edilmektedir (Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 565; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 143).

üyenin şirketle işlem yapması kanuna karşı hile teşkil edeceğinden dolayı temsil ilişkisinin de yasak kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide eTTK'nın 334. maddesinde yer alan işlemin “*dolayısıyla*” yapılması ibaresinin dolaylı temsilci ile yapılan işlemler dışında YK üyesinin eşini, alt ve üst soy ile yapacağı işlemleri de kapsadığı, dolayısıyla şirketin YK üyesinin yakınlarıyla yaptığı işlemlerin de yasak kapsamında olması gerektiği savunulmaktaydı¹⁰⁰³. Bu görüşün temeli, üyenin eşi ya da yakın akrabası ile çıkarlarının paralel olacağı ve üyenin bu kişilerin menfaatini şirketin menfaatlerine göre üstün tutabileceği düşüncesine dayandırılmaktaydı. Mevcut düzenlemede ise “*dolayısıyla*” ibaresine yer verilme de benzer görüşün 6102 sayılı TTK için de savunulduğu görülmektedir. Bu görüşe göre ise TTK m. 395/1 hükmünde yer alan “*başkası adına*” ibaresi yorum yoluyla halka açık anonim şirketlerde kullanılan ilişkili taraf işlemleri olarak genişletilebilmelidir¹⁰⁰⁴. Bu görüş, “başkası adına” ibaresinin ikili bir etkiye sahip olduğunu, ilkinin işlem yasağının olumlu etkisi olarak ilişkili taraf işlemlerini yasak kapsamına aldığını, diğer etkisinin ise ilişkili taraf işlemleri dışındaki ilişkileri yasak kapsamında olmadığını ortaya koyması olduğunu belirtmektedir¹⁰⁰⁵.

İki görüş benzer olsa da hükmün kapsamına alınması önerilen çevre farklıdır. Zira ilk görüş alt soy ve üst soyun da yasak kapsamına alırken, ikinci görüşün temel aldığı TMS 24'te ise sayılan ilişkili çevresi ekonomik bağ temelinde ele alınmakta ve daha dar bir çevreyi kapsamına almaktadır. İlişkili taraf işlemleri TMS 24'te sayılmakta ve YK üyelerinin yakın aile üyeleri de ilişkili taraf olarak nitelendirilmektedir. TMS 24.9'de bir kişinin yakın aile üyeleri, “*işletme ile ilgili işlemler üzerinde etkisi olması veya işlemlerden etkilenmesi beklenen aile bireyleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu genel tanımın ardından bir kişinin yakın ailesi üyesi kapsamında sayılacak kişiler listelenmiştir. Buna göre üyenin eşi, kendisi ve eşinin çocukları ile kendisi ve eşinin bakma yükümlü olduğu kişiler ilişkili taraf sayılmaktadır. Bu kapsamda örneğin doğrudan üst soy yakın aile üyesi olarak sayılmamakta, bu kişilerin yakın aile üyesi kapsamında ilişkili taraf

¹⁰⁰³ Ulusoy, *İşlem Yasağı*, s. 149.

¹⁰⁰⁴ Tekin Memiş, “Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu Üyeliği ve Sorumluluk Haller”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 43.

¹⁰⁰⁵ A.e.

olabilmesi için değerlendirme yapılması, üye üzerinde etkisi olup olmadığına bakılması gerekmektedir¹⁰⁰⁶. İlk görüş ise alt soy ve üst soyun kapsamına alınması gerektiğini ifade etmekteydi. Bu açıdan iki görüşün ileri sürdüğü çevre bazı hallerde kesişse de tam olarak örtüşmemektedir.

Dolaylı temsil kapsamında işlem yasağının YK hesabına ancak kendi adına işlem yapan kişileri kapsamakta olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Ancak şirketle işlem yapan üçüncü kişinin YK üyesi hesabına işlem yaptığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Şirketle işlem yapan üçüncü kişinin YK üyesiyle bir akrabalık bağının olması da doğrudan o kişinin üye hesabına hareket ettiği anlamına gelmemektedir. Çoğu halde, YK üyesi hesabına hareket edilip edilmediğinin de tespiti oldukça zordur. Benzer sorun ilişkili tarafların tespitinde de bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere gerçek kişi ilişkili tarafların yakın aile üyesi tespit edilirken bu kişinin işletme ile ilgili işlemler üzerinde etkisinin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ise şirketle işlem yapan kişi ile YK üyesi arasında kişisel ilişkinin değerlendirmesi anlamına gelmektedir. İlişki ne kadar yakınsa etkileme olasılığı da o kadar yüksek olmaktadır. Ancak ilişkinin yakınlığını belirlemek de bir o kadar zordur. TMS 24'te ise bu zorluk nazara alınmış ve yakın aile üyesi tanımı verilmekle birlikte şirketin ilişkili tarafı sayılan gerçek kişinin bazı yakın aile üyelerinin karine olarak şirket üzerinde etkisi olduğu kabul edilerek bu kişilerin ilişkili taraf sayılacağı düzenlenmiştir¹⁰⁰⁷. TMS 24'te sayılan karine olarak ilişkili taraf kabul edilen yakın aile üyelerinin işlem yasağında da YK üyesi hesabına hareket eden kişiler kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Dolaylı temsilde, YK üyesi hesabına ama temsilci adına hareket söz konusudur. Yönetim kurulu üyesinin eşi, çocuğu gibi yakın akrabalarının şirketle işlem yapması halinde bu işlemlerin YK üyesinin menfaatine de olabileceği, özellikle üyenin maddi olarak destek olduğu kişilerin yaptığı işlemler dolaylı temsil olarak kabul edilebilecektir. Gerçekten de kişinin eşi ve çocuklarının şirketle yapacağı işlemlerde üye hesabına hareket etmesi ve üyenin onların çıkarlarını

¹⁰⁰⁶ Bkz. § 2/I/B/1/a/(4).

¹⁰⁰⁷ IFRS Yorumlama Komitesi, IAS 24'te sayılan yakın aile üyelerinin her zaman olarak kabul edilmesi gereken aile üyelerinin bir listesine yer verildiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Standart'ta belirtilen bu kişilerin ilişkili taraf olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Aksinin ise her zaman ispatı mümkündür. Bkz. § 2/I/B/1/a/(4).

üstün tutması olasıdır. Yine bir üyenin baktığı kişinin ekonomik olarak üyeye bağlı olması nedeniyle bu kişilerin yapacağı işlemlerin üye hesabına yapılmama ihtimali yoktur. Bu açıdan TMS 24'te aynı mantıkla kaleme alınan yakın aile üyelerinin burada da karine olarak dolaylı temsil olarak kabul edilmesi makul görülmelidir. Bu bağlamda, YK üyesinin eşi, kendisi ve eşinin çocukları ile kendisi ve eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin şirketle yapacağı işlemler de YK hesabına hareket etme riskleri yüksek olduğundan yasak kapsamında sayılmalıdır. Diğer taraftan TMS 24 bahsinde de ifade ettiğimiz üzere yakın aile üyeleri sayılanlarla sınırlı olmayıp diğer kişilerin de bu kapsamda sayılması mümkündür. Ancak diğer akrabalar için hesabına hareket edilip edilmediği hususunda bir değerlendirme yapılması gerekir.

b. Yönetim Kurulu Üyesinin Başkası Adına Şirketle İşlem Yapması

Yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin almadan başkası adına şirketle işlem yapması da yasaklanmıştır. Hukuki işlemin iki tarafının da aynı kişi tarafından temsil edilmesi çifte temsil olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁰⁸. Çifte temsilde iki taraf adına tek bir irade açıklaması yapılır ve temsilci işlemin taraflarından birini oluşturmaz. Ancak burada da kendi kendisiyle işlem yapmada olduğu gibi iki tarafı da temsilci temsil eder. Yönetim kurulu üyesinin şirketle başkası adına işlem yaptığı hallerde ise şirketi kimin temsil ettiği önem arz etmediği için her iki tarafı gerçek manada temsil eden üye olmayabilmektedir. Yönetim kurulu üyesinin şirketle başkası adına yaptığı işlemler, işlem yasağı kapsamına girmektedir¹⁰⁰⁹.

Anonim şirketlerde çifte temsilin en yaygın örneğini ise iki anonim şirkette görev yapmakta olan YK üyesinin iki şirket adına işlem yapması oluşturur. Ancak YK üyesi iki anonim şirketi temsilen işlemde bulunuyorsa, bu işlemler iki şirketin de iştirak konusu ile ilgili ise o halde işlem yasağı değil; rekabet yasağının gündeme gelmesi gerekir. Bu hallerde TTK m. 396 uygulanır. Ancak burada çifte temsilden söz edebilmek için her iki şirketi de aynı YK üyesinin temsil ediyor olması gerekir¹⁰¹⁰. Tek

¹⁰⁰⁸ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 240-241; Antalya, C. V/1, 1, s. 618.

¹⁰⁰⁹ Örneğin üyenin yasal temsilcisi olduğu kişi adına şirketle işlem yapması çifte temsil yolu ile yapılan işlem sayılır ve yasağa tabi olur (Bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 224).

¹⁰¹⁰ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 225.

bir taraf YK üyesi tarafından temsil ediliyor diğeri başka biri tarafından temsil ediliyorsa, bu çifte temsil değil; şirketle yapılan işlem kapsamında değerlendirilir. Aynı üyeye sahip iki şirketin aynı üye tarafından değil de başka kişilerce temsil edilerek işlem yapıldığı hallerde ise çifte temsilin varlığından bahsedilemeyeceği gibi şirketle işlem yapılmasından da bahsedilemez¹⁰¹¹. Zira Kanun'da aynı YK üyesine sahip olan şirketlerin işlem yapması yasaklanmamış, sadece aynı üye tarafından temsil edilmeleri yasaklanmıştır¹⁰¹².

2. İşlem Yasağının Kapsamı

a. Yasak Kapsamına Giren Kişiler

TTK m. 395/1'de işlem yasağı YK üyeleri için öngörülmüştür. Kanun'da işlem yasağı kaleme alınırken üyenin temsil yetkisine sahip olup olmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır. Yasak için YK üyesi olmak yeterli görüldüğünden YK üyesi temsil yetkisine sahip olmasa da yasağa tabi olmaktadır¹⁰¹³.

Yönetim kurulu üyesi hem gerçek hem de tüzel kişi olabildiği için işlem yasağına tüm YK üyeleri tabiidir. TTK m. 359/2 hükmü uyarınca tüzel kişinin YK üyesi seçilmesi halinde, tüzel kişi adına bu tüzel kişi tarafından belirlenmiş gerçek kişinin de tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Ancak hükümde sadece yönetim kurulundan bahsedilmişse de kanımızca tüzel kişi YK üyesinin gerçek kişi temsilcisinin de bu yasak kapsamında olması gereklidir¹⁰¹⁴. Zira tüzel kişi iradesini bu gerçek kişi aracılığıyla açıklamak durumundadır ve bu temsilcinin şirketle çıkarlarının çakıştığı hallerde kendi menfaatlerini üstün tutma olasılığı vardır. Diğer bir ifadeyle temsilci tüzel kişi YK üyesini temsilen görev yapmaktadır ancak bu yetkisini kendi menfaati için kötüye kullanma riski her zaman mevcuttur¹⁰¹⁵. TTK m. 334 hükmünde “kamu

¹⁰¹¹ Detaylı açıklamalar için bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 225.

¹⁰¹² TMS 24.11(a)'da “iki işletmenin, ortak bir yöneticiye ya da ortak bir kilit yönetici personele sahip olması” durumunda bu iki işletmenin ilişkili taraf olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı yöneticiye sahip şirketler sırf bu sebeple birbirleriyle ilişkili sayılmazlar.

¹⁰¹³ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 153-154; İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 88; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 132; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. II, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 1545.

¹⁰¹⁴ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 407. Öğretide Demirci ise YK üyesi sıfatının TTK m. 395/5 hükmüne göre seçilen tüzel kişinin gerçek kişi temsilciye ait olduğunu ve işlem yasağının da bu temsilci şahsında doğması gerektiğini ileri sürmektedir (Bkz. Demirci, **a.g.e.**, s. 29).

¹⁰¹⁵ Aynı yönde bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 407.

tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili” düzenlenmiş ve kamu tüzel kişilerine pay sahibi olmasalar da yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme hakkı tanınmıştır. Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri de işlem yasağına tabi olurlar ve kendisi ve başkası adına şirketle işlem yapamazlar¹⁰¹⁶.

Hükmün lafzı işlem yasağını sadece YK üyeleri yönünden getirmekte, şirketi temsil yetkisine sahip diğer kişileri ise yasak kapsamına almamaktadır. Ancak hükmün amacına bakıldığında şirketi temsil yetkisine haiz diğer kişilerin yasağın dışında tutulması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Öğretide de hükmün amacı gereği temsil yetkisine sahip diğer kişilerin de işlem yasağına tabi olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰¹⁷. Bu hususta öğretide hâkim görüş temsil yetkisinin murahhas müdürlere devredildiği hallerde, bu kişilerin de yasak kapsamına girdiğidir¹⁰¹⁸. Öğretide diğer görüş ise yasağın kapsamını daha geniş yorumlayarak murahhas müdürlerin yanı sıra temsil yetkisine sahip olan ticari temsilci ve ticari vekilin de yasağa tabi olduğunu savunmaktadır¹⁰¹⁹. Bu görüşe göre, ticari temsilci ve vekil atama yetkisi yönetim kurulunda olduğu için üyenin şirketle işlem yasağına tabi iken üyenin atadığı kişilerin yasak kapsamında olmamasının genel hukuk mantığı uyarınca kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰²⁰. Yukarıda da temas edildiği gibi işlem yasağının temel gayesi şirketi temsile yetkili kişilerin şirketle işlem yaptığı hallerde şirketin menfaatlerini göz ardı ederek kendi menfaatlerini ya da adına işlem yaptığı kişilerin menfaatlerini üstün tutma tehlikesini bertaraf etmektir. Yönetim kurulu üyeleri için var olan bu tehlike temsil yetkisinin bırakıldığı diğer yöneticiler için de mevcuttur. Bu nedenle, şirketi temsil yetkisini haiz murahhas müdür, ticari temsilci ve ticari vekil gibi yöneticilerin de işlem yasağına tabi olduğu kabul edilmelidir.

b. Yasak Kapsamına Giren İşlemler

Eski TTK m. 334’te, YK üyelerinin şirketle şirket konusuna giren bir ticari işlem yapmaları yasaklanmaktaydı. Hükmün lafzına göre, bir işlemin işlem yasağına tabi

¹⁰¹⁶ Demirci, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁰¹⁷ İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Helvacı, **a.g.e.**, s. 69; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 135; Pulaşlı, **C. II**, s. 1545; Alper, **a.g.m.**, s. 52; Demirci, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁰¹⁸ İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Pulaşlı, **C. II**, s. 1545; Alper, **a.g.m.**, s. 52.

¹⁰¹⁹ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 136-137; Demirci, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰²⁰ Bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 136-137.

olması için anonim şirketin konusuna giriyor olması ve bu işlemin ticari işlem niteliğinde olması gerekiyordu. 6102 sayılı TTK'da ise işlemin şirketin konusu ile ilgili olması ve ticari işlem olması koşuluna yer verilmemiş, “herhangi bir işlem” yapılması yasaklanmıştır. Maddenin gerekçesinde, “*şirket konusuna giren ticari bir muamele*” ibaresinin lüzumsuz yere hükmün uygulama alanını daralttığı ve öğretide farklı yorumlara¹⁰²¹ yol açtığı belirtilmiştir¹⁰²². TTK m. 395/1 ile yasak kapsamı genişletilmiş ve bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın “herhangi bir işlem” yasağın kapsamına alınmıştır. Böylelikle eski tartışmalardan arı olarak yasak kapsamına giren işlemlerin daha geniş yorumlanmasının önü açılmıştır¹⁰²³.

Hükümde işlem ayrımı yapılmaksızın tüm işlemler için yasak getirilmişse de rekabet etmeme ve borçlanma yasağı ayrıca düzenlendiği için rekabet yasağına ve borçlanma yasağına giren işlemlere TTK m. 395/1 uygulanmaz. Hükümde tek istisna olarak bankacılık hükümlerinin saklı olduğu belirtilerek, anonim şirketin banka olduğu hallerde özel hükümlerin uygulanacağına işaret edilmiştir. Bunun dışında, hükümde YK üyesinin şirketle kendi veya başkası adına yapacağı tüm işlemler yasak kapsamında sayılmıştır.

¹⁰²¹ ETTK m. 334 hükmü ile ilgili öğretide farklı görüşler savunulmuştur. Öğretide bir görüş, şirket konusu ile ilgili sınırlamayı biraz daha geniş yorumlayarak, maddenin kapsamı şirketin konusu ile sınırlanmış olsa da amacı gereği iştigal konusunun elde edilmesini sağlayan yan konuların da yasak kapsamında olması gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 622-623; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 152). Öğretide diğer görüş ise şirketin iştigal konusu ile sınırlamanın eTTK m. 137 karşısında gereksiz olduğunu, zaten şirketin konu dışında işlem yapmasının mümkün olmadığına işaret etmiştir. Diğer taraftan bu görüşü savunan yazarlar, anonim şirketin tüm işlerinin ticari iş olduğunu, burada kanun koyucunun YK üyesinin ticari amacı olmaksızın kişisel ihtiyaçları için şirketle işlem yapmasına olanak tanımak istediğini belirtmiştir (Bkz. İmregün, **a.g.e.**, s. 232; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 88). Bir başka görüş ise hükümde geçen ticari muamelenin TTK'daki ticari iş kavramını yansıtmadığını, buradaki amacın şirketin faaliyet konusuna giren işlemler olduğunu zikretmiştir (Bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 154).

¹⁰²² Bkz. TTK m. 395 gerekçesi. TTK m. 395/1 hükmünde şirketin işletme konusu ile ilgili olması aranmasa da şirketin konusu dışında yapılan işlemlere karşı şirketin TTK m. 371/2 uyarınca işletme konusu dışında olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kişilere karşı işlemin şirketi bağlayamayacağını ileri sürmesi mümkündür (Aynı yönde bkz. Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 283). Ancak işlem işletme konusu dışında olsa da genel kurulun bu işletme konusu dışında işlem yapılmasına izin verdiği hallerde TTK m. 371/2 hükmüne dayanılması mümkün olmaz. Bununla birlikte genel kurulca işlem yapılmasına ilişkin üyelere yönelik genel bir izin verildiği hallerde işletme konusu dışında işlem yapan YK üyelerine karşı şirketin TTK m. 371/2'e dayanabileceği kabul edilmelidir.

¹⁰²³ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 283.

Hükümde lafzi olarak işlem yasağının uygulanması için işlemin bir tarafında üyenin kendisi ya da başkası adına var olması diğer tarafında ise şirketin olmasını yeterli görmüş, ayrıca çıkar çatışmasının varlığı da şart olarak aranmamıştır¹⁰²⁴. Ancak öğretide, hükmün amacının şirket ile YK üyesi arasında çıkabilecek çıkar çatışmasının yol açabileceği riskleri önlemek olduğu, bu amaca hizmet etmeyen şirketin işlemi üçüncü kişilerle ve üye arasında yapması arasında bir farkın olmadığı diğer bir ifadeyle çıkar çatışmasının olmadığı hallerde işlem yasağının uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır¹⁰²⁵. Nitekim bazı işlemlerin sadece üyeyle yapıldığı gerekçesiyle geçersiz sayılması ne şirketin, ne üyenin ne de pay sahiplerinin menfaatine olacaktır. Bu itibarla görünüş olarak TTK m. 395/1 uyarınca işlem yasağına girmesi gereken işlemlerin, şirketin çıkarlarına gölge düşürmediği ve herhangi bir zararına yol açmadığı hallerde bu işlemlerin yasağa tabi tutulmayarak geçerli sayılması gereklidir¹⁰²⁶. Bu kapsamda örneğin üyenin şirkete karşılıksız kazandırmada bulunduğu, satılacak malın borsada kayıtlı olduğu veya piyasa belirli bir değerinin olduğu durumda genel kurulun iznine gerek duyulmaksızın işlemler gerçekleştirilebilmelidir¹⁰²⁷. Öğretide azınlıkta kalan görüş ise Kanun'un işlemin sadece genel kurulun açık izni ile yapılabileceğini öngördüğünü, yapılacak işlem sonucunda şirketin zarara uğrama tehlikesinin olmamasının sonuca etki etmeyeceğini, her durumda genel kurulun iznine ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir¹⁰²⁸.

Şirkete karşılıksız kazandırmada bulunan işlemlerde kanaatimizce de genel kurulun iznini almaya ihtiyaç olmamalıdır. Şirketin menfaatine olan ve şirket yönünden herhangi bir yükümlülük getirmeyen bu gibi işlemlerin yapılmasında bir sakınca da görülmemelidir. Ancak diğer işlemler yönünden şirketle çıkar çatışmasının olmadığı hallerde üyenin yasağa tabi olmaksızın işlem yapabileceğinin kabul edilmesi kanımızca yerinde değildir. Zira bunun kabulü halinde, çıkar çatışmasının olup olmadığını ve genel kurul kararına ihtiyaç olup olmayacağını değerlendirecek merci YK olacaktır. Bu halde ise yasağa tabi kılınan kişilere yasağa tabi olup olmadıklarını

¹⁰²⁴ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 127.

¹⁰²⁵ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 167; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 669; Alper, **a.g.m.**, s. 54.

¹⁰²⁶ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 167.

¹⁰²⁷ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 166 vd.; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 669.

¹⁰²⁸ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 89; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 498.

belirleme olanağı tanınmış olmaktadır. Yasağa tabi olan kişilere işlemin çıkar çatışması olup olmadığı konusunda değerlendirme serbestisi tanınması aynı zamanda genel kurula verilen yetkinin gaspı anlamına da gelecektir. Nitekim bu hüküm lafzi olarak çıkar çatışması olsa da olmasa da yönetim kurulunun taraf olduğu ya da başkası adına hareket ettiği işlemlerin yapılıp yapılmayacağı konusunda karar yetkisini genel kurula bırakmıştır. Bu nedenle kanunun lafzını yok sayarak amaca göre yorum ile yasağa tabi olan YK üyelerinin çıkar çatışması olmadığından bahisle yasağa tabi olmadığı sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Şirketin aleyhine olmayacak işlemlerin yapılmasına olanak sağlanması için kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır.

c. Yasağın Uygulama Kapsamı

Yönetim kurulu üyelerinin işlem yasağı tüm halka kapalı anonim şirketler için uygulama alanına sahiptir. Ancak hükmün kapsamına şirketin aynı iştigal konusuna giren ve ticari niyetle yapılan işlemler girmez, bu hallerde TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulur. Yine borçlanma yasağı da ayrıca düzenlendiği için bu halde de işlem yasağı değil; YK üyelerinin şirkete borçlanması halinde pay sahibi olan üyeler için TTK m. 358 hükmü, pay sahibi olmayan üyeler yönünden ise TTK m. 395/2 hükmü uygulama alanı bulur.

Halka açık anonim şirketler için uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise bir değerlendirme yapılması gerekir. Yönetim kurulunun şirketle yapacağı işlemlere yönelik getirilen sınırlamalar ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler ile çakışır. Yönetim kurulu üyesinin şirketle yapacağı işlemin ilişkili taraf işlemi teşkil etmesi durumunda, payları borsada işlem gören halka şirketler yönünden özel hüküm niteliğinde olan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK'daki hükmün uygulama alanı payları borsada işlem gören şirketler olduğu için bu şirketlere TTK m. 395/1 uygulanmaz. Payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirketler ise işlem yasağına tabi olur. Zira payları borsada işlem görmeyen şirketler için ilişkili taraf işlemleri uygulama alanına sahip olmadığı için TTK m. 395/1 hükmü bu şirketler için de uygulanır. Ancak bu halde de örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına giren işlemler yönünden de SerPK m. 21 hükmünün uygulanması gerekir. Bu itibarla payları

borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirketlerde örtülü kazanç aktarımı teşkil etmeyen işlemlerinin ancak işlem yasağı kapsamına girmesi olanaklı olacaktır.

Payları borsada işlem gören şirketler yönünden ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hüküm uygulama alanı bulur. Ancak işlem yasağına tabi işlemler ile ilişkili taraf işlemleri birebir örtüşmez. TTK m. 395/1’de YK üyesinin başkası adına şirketle işlem yapması da yasak kapsamında sayılmıştır. Ancak TMS 24’te aynı kilit yönetici personele sahip şirketler birbiri ile ilişkili taraf sayılmamıştır. Bu nedenle çifte temsilin söz konusu olduğu haller ilişkili taraf kapsamına girmeyeceği için bu hallerde halka açık anonim şirketlere de TTK m. 395/1 hükmü uygulanmalıdır.

3. Koruma Mekanizması: İşlem Yapılmasının Genel Kurul İzmine Bağlanması

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapabilmeleri için genel kurulun iznine ihtiyaç vardır. Genel kurul vereceği izni yönetim kuruluna kurul olarak verebileceği gibi üyelerin bir kısmına verip bir kısmına vermeyebilir. Bu konuda takdir yetkisi tamamen genel kuruldadır¹⁰²⁹. Genel kurul üyelere vereceği izni genel olarak verebileceği gibi çeşitli yönlerden sınırlayarak da verebilir. Genel kurul bu konuda serbestiye sahiptir¹⁰³⁰. Genel kurulun vereceği iznin süresi için ise kanunda bir hükme yer verilmemiştir. Genel kurul izni, süre ile sınırlı olarak verebilir. Süreyi belirli bir tarih tayin ederek verebileceği gibi üyelerin görev süresiyle sınırlı olarak da verebilir. Genel ve soyut bir izin verildiğinde bütün YK üyeleri için verildiği sonucuna varılmalıdır¹⁰³¹. Öğretide izne ilişkin süre yönünden bir şey belirtilmemişse, maddenin koruduğu şirketin lehine yorum yapılmasının bir sonucu olarak bir sonraki genel kurul toplantısına kadar iznin geçerli sayılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰³².

Hükümde genel kurul kararı ile işlem yasağının kaldırılması mümkün kılınmış ancak esas sözleşme ile işlem yasağına izin verileceği açıkça belirtilmemiştir. Esas sözleşmeye koyulacak hükümle YK üyelerinin işlem yapmasına önceden izin

¹⁰²⁹ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 182. Ayrıca bu izin YK üyesi sıfatına bağlı olarak verildiği için pay sahiplerinin eşit işlem yasağına aykırılık da oluşturmaz (Bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 182).

¹⁰³⁰ Domaniç, **a.g.e.**, s. 624; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 185-186.

¹⁰³¹ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 90.

¹⁰³² Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 185.

verilmesinin mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş hükümde genel kurul kararının aranması nedeniyle esas sözleşme hükmü ile önceden izin verilmesinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmekte ve bu şekilde verilen iznin üyelerin şirketle işlem yapmasını mutlak hale getireceğini belirtmektedir¹⁰³³. Öğretide bir diğer görüş ise ilk YK üyeleri yönünden işlem yasağına iznin esas sözleşmede de verilebileceğini ileri sürmektedir¹⁰³⁴. Öğretide bir başka görüş ise TTK m. 340 hükmü gereği esas sözleşme hükümlerinin ancak kanunda izin verilen hususlarda değiştirilebileceğini, bu hüküm karşısında esas sözleşmeye YK üyelerinin şirketle işlem yapma yasağını kaldıran bir hüküm koyulmasının mümkün olmayacağını ileri sürmektedir¹⁰³⁵. Öğretideki bir başka görüş, genel kurulun her somut olaya göre YK üyelerinin itibarını, şirketle ve üçüncü şahıslarla olan ticari ilişkileri ve özelliklerini de dikkate alarak işlem yasağına ilişkin karar vermesi gerektiğini, esas sözleşmeye hüküm koyulması ile YK üyesi kim olursa olsun izne sahip olacağını, bunun ise işlem yasağına ilişkin iznin kişiselliğine aykırı olduğu belirterek esas sözleşme ile izin verilmesinin mümkün olmayacağını savunmaktadır¹⁰³⁶. Öğretide aksi yöndeki görüş ise YK üyelerinin şirketle işlem yapma yasağının esas sözleşmeye koyulacak hükümle de kaldırılabilirliğini kabul etmektedir¹⁰³⁷. Kanımızca da burada esas sözleşme hükmü ile önceden YK üyelerine işlem yapmasına yönelik izin verilmesi kabul edilmemelidir. Bu durum, şirketin henüz seçmediği ve şahsi özelliklerini bilmediği YK üyelerine önceden şirketle işlem yapmasına izin vermesine yol açmaktadır. Kanun koyucunun YK üyesinin şirketle işlem yapma yetkisini genel kurula bırakması, üye ve işlem özelinde değerlendirme yaparak çıkar çatışmasının olduğu hallerde kararı genel kurulun vermesini sağlamaya yöneliktir. Önceden genel kurul kararı ile üyelere izin verilmesi, hükmün var olma amacını zedelediği gibi yukarıda bazı yazarlarca

¹⁰³³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁰³⁴ İmregün, **a.g.e.**, s. 233.

¹⁰³⁵ Özge Ayan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 141.

¹⁰³⁶ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 191. Aynı yönde bkz. Paşlı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 209, dn. 254.

¹⁰³⁷ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 89; Pulaşlı, **C. II**, s. 1545; Kırca (Şehirali Çelik/Managat), **C. 1**, s. 666.

belirtildiği gibi yasağı olağan hale getirmektedir. Bu itibarla işlem yasağına ilişkin izin genel nitelikte değil; belirli YK üyelerinin belirli işlemlerine yönelik verilmelidir. Bu sebeple kuruluştaki esas sözleşmeye koyulacak hükümle ilk YK üyelerine de genel nitelikte izin verilemeyeceği kanaatindeyiz.

İşlem yasağının genel kurul gündeminde ayrıca belirtilmesi gerekir. Uygulamada ise sıklıkla genel kurul gündemine “*TTK m. 395 ve 396 yasakların kaldırılması*” şeklinde gündem maddesi eklendiği görülmektedir. Gündeme ilişkin bu şekilde genel nitelikte işleme ilişkin hiçbir açıklık getirmeyen ve izni somutlaştırmayan bu tür karar, işlem yasağı ile korunmak istenen menfaati sağlamaktan uzaktır¹⁰³⁸. Aksinin kabulü TTK m. 395/1’de öngörülen genel kurul iznini sırf şekle uygunluk sağlanmak için alınmış bir karar haline getirmektedir. Öğretide azınlıkta da olsa bu şekilde genel nitelikte ve soyut olan kararların iptalinin istenebileceği haklı olarak savunulmaktadır¹⁰³⁹.

Genel kurul kararı için özel bir nisap öngörülmemiştir. Esas sözleşmede de farklı bir nisap öngörülmemiş ise karar alınması için TTK m. 418’deki toplantı ve karar nisabı geçerli olacak ve karar sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması ve toplantıda hazır bulunanların çoğunluğunun olumlu oylarıyla alınabilecektir. Genel kurul kararı alınırken yönetim kurulunun şirketle işlem yapması kişisel nitelikte bir iş kapsamına girdiğinden TTK m. 436 hükmü uyarınca izin verilecek üye aynı zamanda pay sahibi ise oy kullanması mümkün olmayacaktır¹⁰⁴⁰. Ancak üyenin başkası adına işlem yapması kişisel nitelikte iş kapsamında olmadığı için TTK m. 436 hükmünün lafzı uyarınca bu hallerinde üyenin oy kullanıp kullanamayacağı konusunda öğretide bir birlik bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş çifte temsil kişisel nitelikte iş arz etmediği için üyenin oydan

¹⁰³⁸ Aynı yönde bkz. Fatih Aydoğan, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 105.

¹⁰³⁹ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 105.

¹⁰⁴⁰ Domaniç, **a.g.e.**, s. 624; Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1983, s. 109-110; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 181; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 89. Ayrıca bu yönde Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. 11 HD. 22.10.2020 T, 2019/1366 E., 2020/4391 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 12.09.2021.

yoksun sayılamayacağını belirtirken¹⁰⁴¹, öğretideki diğer görüş ise bu hallerde de oy kullanılamayacağını savunmaktadır¹⁰⁴².

4. Genel Kurulun İzin Vermesinin Sonuçları

Genel kurulun YK üyesine şirketle kendisi veya başkasına adına işlem yapmasına izin vermesi, o üyenin işlemi şirketin menfaatlerine aykırı olarak yapacağı anlamına gelmez¹⁰⁴³. Zira YK üyeleri TTK m. 369 uyarınca şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı gereğince gözetmek yükümlülüğü altındadır. Yönetim kurulu üyesinin yapacağı işleme, genel kurul tarafından izin verilmiş olması üyenin özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁰⁴⁴. Üyenin menfaat çatışması olan hallerde gerekli tedbirleri alarak emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde hiç kimseyi kayırmadan şirketin menfaatine olacak şekilde işlem yapması gerekir¹⁰⁴⁵. Genel kurulun işlemin yapılmasına izin vermiş olması, şirketin zararına yol açacak işlemlere önceden izin verdiği şeklinde düşünülemez¹⁰⁴⁶.

Yönetim kurulu üyesinin, kendisine genel kurul tarafından izin verilmiş olmasına rağmen şirketin zarara uğramasına yol açmışsa, TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Öğretide işlem yasağına giren bir işleme şirketin izin vermiş olmasını sorumluluk davası açılmasından vazgeçilmiş sayılamayacağı, zira kimsenin bir hakkın doğumundan önce o haktan feragat etmesinin mümkün olmadığı, tazminat hakkı da daha doğmamış olduğu için izinden sonra da şirketin uğradığı zararının üyelerden istenebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴⁷. Öğretide bir başka görüş ise eTTK döneminde genel kurulda çekincesiz oy kullanan pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkından vazgeçtiğinin söylenebileceği, karara muhalif oy kullanan ve iradesi sakatlanan pay sahiplerinin dava açabileceğini zikretmiştir¹⁰⁴⁸. Kanımızca

¹⁰⁴¹ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 181. Yazar çifte temsilde üyenin oydan yoksun olmayacağını belirtmekle birlikte, bu üyenin kişisel menfaatleri ile şirketin menfaatlerinin çakıştığı hallerde TTK m. 436 hükmünün uygulama alanı bulması gerektiğini de ifade etmektedir (Bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 181).

¹⁰⁴² Teoman, **Oy Hakkından Yoksunluk**, s. 109-110.

¹⁰⁴³ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 668; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 194-195.

¹⁰⁴⁴ TTK m. 369 gerekçesinde de, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı gereğince gözetilmesi yükümlülüğünün YK üyesinin şahsi menfaatlerini, şirketle ilişkili kişilerin ve üçüncü kişilerin menfaatlerini şirketin menfaatinin önüne geçirilmemesi ifade edilmektedir.

¹⁰⁴⁵ Bkz. TTK m. 369 gerekçesi.

¹⁰⁴⁶ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 194-195.

¹⁰⁴⁷ Pulaşlı, **C. II**, s. 1547; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 231.

¹⁰⁴⁸ Helvacı, **a.g.e.**, s. 68. Aynı şekilde Teoman da eTTK m. 334 hükmü uyarınca genel kurulda işleme

burada ikili ayırım yapılması gerekir. Genel kurulun üyelere işlem özelinde izin vermediği genel bir izin verdiği hallerde YK üyelerinin sorumluluğunda genel kaidelerin geçerli olacağı kabul edilmelidir. Ancak genel kurulda üyenin yapacağı işlemin şartları, sonuçları ve şirket yönünden getirileri gibi tüm unsurlarının incelenerek izin verildiği hallerde ibraya ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilmelidir. Bu hallerde yönetim kurulunun işlemi yapmasına olumlu yönde oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkı olmamalıdır¹⁰⁴⁹. Yine burada TTK m. 424 hükmünün de uygulama alanı bulacağı, dolayısıyla işlemle ilgili hususların hiç ve gereği gibi belirtilmediği ya da yanıltıcı şekilde aksettirildiği hallerde üyelerin o işleme ilişkin ibra edildiği kabul edilmemeli bütün pay sahipleri sorumluluk davasını açabilmelidir. Ancak belirtelim genel kurul tarafından spesifik olarak belirli bir işleme izin verilmiş olsa da YK üyesi özen yükümlülüğü gereği o işlemin şirketin menfaatine olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Örneğin izin verilmiş olmasına karşın işlemin yapılacağı süreçteki şartlar değişmiş ve bu işlemin yapılması şirketin zararına yol açabilecek nitelik kazanmış olabilir. Bu hallerde üyenin izne rağmen işlemi yapmaması ya da zarara uğranmasının engelleneceği tedbirleri alması gerekir. Aksi takdirde izin verilmiş olması onun sorumluluğuna gidilmesine engel teşkil etmemelidir.

5. Değerlendirme

İşlem yasağı TTK'da ilişkili taraf işlemi düzenlemelerinin bir görünümüdür. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden biri olan genel kurul izninin burada da şart koşulması nedeniyle iki düzenleme bir anlamda benzerlik de göstermektedir. Ancak ilişkili taraf işlemlerinde genel kurul izni her zaman zorunlu değildir, % 10'un altında kalan küçük işlemler için bir onay mekanizması öngörülmediği gibi % 10'u geçen işlemler için yönetim kurulunun işleme ilişkin alacağı kararda bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy vermesi ile işlemin yapılması mümkündür. Ayrıca % 5'i

izin verilmesinin tazminat isteminden daha başlangıçta vazgeçildiğini belirtmektedir (Bkz. Teoman, **Oy Hakkından Yoksunluk**, s. 109).

¹⁰⁴⁹ Benzer yönde eTTK m. 334 için de öğretide *Helvacı* tarafından genel kurulda çekincesiz oy kullanan pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkından vazgeçtiğinin söylenebileceği, karara muhalif oy kullanan ve iradesi sakatlanan pay sahiplerinin dava açabilecekleri savunulmuştur (Bkz. *Helvacı, a.g.e.*, s. 68). Ancak yazarın izin içeriğinden bağımsız bu sonucu kabul etmekte olduğunu da belirtelim.

geçen işlemler için önceden değerlendirme raporunun alınması da gerekmektedir. TTK m. 395/1’de ise işlemin boyutuna bakılmaksızın her durumda kural olarak genel kurulun onayı aranmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yasağı şirketin menfaatlerinin korunması için getirilmiş bir düzenleme olmakla birlikte tam anlamıyla amacını yerine getirememektedir¹⁰⁵⁰. Koruyucu mekanizma olarak sadece genel kurulun onayını aramak etkili olmamaktadır. Genel kurulun onayı için ayrı bir nisap öngörülmediği için basit nisapla karar alınabilmektedir. Yönetim kurulunu seçme gücüne sahip olan çoğunluğun gerekli nisabı sağlayarak işlem yapma iznini alması çok da zor değildir¹⁰⁵¹. Bu sebeple hüküm, azınlıkta kalan pay sahiplerini korumaktan da uzaktır¹⁰⁵². Genel kuruldan izin almanın kolay olması nedeniyle izin prosedürü işlemin şirketin menfaatine yapılmasını sağlamaya da yeterli değildir.

Kanımızca hükmün etkisini artırmak için genel kurulun genel izin vermesinin önüne geçilerek işlem bazında spesifik izin verilmesini sağlayacak şekilde hükümde değişiklik yapılmalıdır. Nitekim olağan genel kurul toplantılarında YK üyelerine TTK m. 395/1 uyarınca izin verilmesine gündem maddesi olarak sıklıkla yer verildiği de bir gerçektir. Bu ise izinden ziyade adeta olağan genel kurulun rutini haline gelmiştir. Genel kurulun işlemin yapılmasına genel bir onay vermesi YK üyelerinin sorumluluğuna gidilmesine engel teşkil etmez. Ancak baştan zarara uğranılmasını engellemek zarar uğradıktan tazminine gitmekten daha güçlü bir koruma sağlar. Bu nedenle genel kurulun hangi işlemin yapılacağını bilmeden YK üyelerinin ve diğer yöneticilere şirketle işlem yapması için genel bir izin vermemesi sağlanmalıdır. Aksi halde hüküm olağan genel kurul toplantılarında YK üyelerine verilen rutin izin uygulaması dışında bir işleve çoğunlukla sahip olamayacaktır.

Burada ilişkili taraf işlemlerinde olduğu gibi önemli önemsiz işlem ayrımı getirilmesi, şirketin sermayesine veya finansal tablolarla belirtilen malvarlığına göre belirli yüzdeyi aşmayan işlemlerin onaya gerek olmaksızın yapılmasına izin verilmesi,

¹⁰⁵⁰ Aynı yönde bkz. İmregün, **a.g.e.**, s. 233; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 94; Memiş, **Birden Fazla YK Üyeliği**, s. 43.

¹⁰⁵¹ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 94.

¹⁰⁵² Memiş, **Birden Fazla YK Üyeliği**, s. 43.

kalan işlemlerin önemli sayılarak genel kurul onayının aranması şeklinde bir düzenleme yoluna gidilmesi makul olacaktır. Yine burada genel kurulun işlemi değerlendirmesini sağlayacak şekilde genel kurul kararından önce KYT m. 10'da olduğu gibi yönetim kurulunun yasak kapsamına giren işleme ilişkin genel kurulun bilgilenmesini sağlayacak şekilde işlemin şirket malvarlığına oranı, piyasa şartları ve piyasa koşullarına göre karşılaştırmasını yaptığı bir rapor hazırlanması gerekliliği getirilmesi düşünülebilir. Bu yönde bir rapor hem YK üyelerinin tamamının işlemde haberdar olmasını ve işlemi değerlendirmesini sağlayacak, hem de genel kurulda pay sahiplerinin işleme ilişkin bilgi sahibi olmasını sağlayacaktır.

C. PAY SAHİPLERİNİN VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN BORÇLANMA YASAĞI

1. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi için sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olması ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararını karşılayacak düzeyde olması gerekmektedir¹⁰⁵³. Pay sahibinin şirkete borçlanmasını düzenleyen bu hükmün temel amacı sermayenin

¹⁰⁵³ TTK m. 358 hükmünün ilk hali “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 tâbi tutulsun.” şeklindeydi. Bu hüküm ile pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yasaklanarak pay sahiplerinin şirketten ödünç para almaları ve şirketin malvarlığını kişisel amaçları için kullanmaları engellenmek istenmiştir (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 241). Böylelikle şirketle işlem yapma yasağının kapsamı genişletilmişti (Bkz. Ali Paşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm I Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, **BATIDER**, C. 27, S. 3, Eylül 2011, s. 161). Ancak bu madde TTK'nın yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre önce, 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu Kanun ile yapılan değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının kapsamı daraltılmıştır. Maddenin ilk halinde anonim ve limited şirketlerde pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının, belirli kurallar dâhilinde şirketin malvarlığını kendi kasalarıymış gibi kullanmalarının engellenmesi hedeflenirken, yapılan bu değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarına serbesti tanınmıştır (Bkz. Ömer Korkut, “7099 Sayılı Kanun İle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 4, 2018, s. 51). Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte pay sahiplerinin borçlanmaları “sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa edilmemiş olması ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararını karşılayabilecek olmaması” halleri ile sınırlı olarak yasaklanmıştır. Bu hükümle pay sahiplerinin şirkete borçlanması ilke olarak yasaklanmışsa da burada yasaklanan bağlı malvarlığının pay sahiplerine borç olarak verilmemesidir (Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 245). Bu nedenle bu hükümle neredeyse pay sahiplerinin borçlanması serbest, yasak ise istisna hale getirilmiştir (Bkz. Emek Toraman Çolgar, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 126).

korunmasıdır¹⁰⁵⁴. Şirkete sermaye borcu bulunmayan pay sahibinin şirketin bağlı malvarlığını aşan kısmını kullanabilmesine imkân sağlanmıştır. Böylelikle şirketin azınlıkta kalan pay sahipleri ve alacaklılarını korumak için özellikle hâkim pay sahibinin şirketin bağlı malvarlığını şahsi malvarlığı gibi kullanması önlenmeye çalışılmıştır¹⁰⁵⁵.

TTK m. 358'in amacı şirket malvarlığının korunmasıdır. İlişkili taraf işlemlerinin amacı ise ilişkili taraf işlemlerinin kontrol altına alınması ve denetlenmesidir. Bu noktada iki düzenlemenin amacı, farklı gibi görünse de nihayetinde şirket menfaatinin korunmasının amaçlanması noktasında kesişmektedir. TTK m. 358 hükmünün temel amacı sermayenin korunması olmakla birlikte borçlanma yasağı ile ilişkili taraf teşkil eden pay sahiplerinin şirketin bağlı malvarlığını kötüye kullanmaları bir anlamda engellenmiş olmaktadır. Bu yönüyle de hüküm TTK'daki ilişkili taraf işleminin bir görünümü niteliğindedir. Bu açıdan çalışmamızda incelenmiştir.

a. Borçlanma Yasağının Kapsamı

(1) Kişi Yönünden

TTK m. 358 hükmünde borçlanma yasağı pay sahipleri için getirilmiştir. 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 395. maddede sadece pay sahibi olmayan YK üyelerinin borçlanma yasağı düzenlendiği için TTK m. 358 hükmü YK üyesi olan pay sahipleri yönünden de uygulama alanına sahiptir. Bu açıdan TTK m. 358 hükmünde öngörülen borçlanma yasağı, YK üyesi olsun olmasın tüm pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarında geçerli olacaktır. Hükümün uygulanması için şirketin borçlananın pay

¹⁰⁵⁴ Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 128. Bu hükmün malvarlığının korunma ilkesi gereği sevk edildiği yönünde bkz. Serdar Hızır, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER**, C. 29, S. 2, Haziran 2013, s. 228. Ayrıca bu yasağın diğer amacının aynı zamanda bütün pay sahipleri yönünden yasak getirdiği için azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasında çıkabilecek ihtilaflarının da dengelenmesine hizmet ederek pay sahipleri arasında eşitliği sağlamak olduğu ve eşitlik ilkesinin bir görünümü olduğu ifade edilmiştir (Bkz. Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 127, 129). Ancak kanımızca bu hüküm eşit işlem ilkesinin bir görünümü değildir, burada bütün pay sahipleri yönünden borçlanma yasağı getirilmektedir, yasaklar herkes için eşit getirileceği için bu yorum tarzı her yasaklayıcı hükmün eşit işlem ilkesi kapsamında değerlendirmesini gerektirecektir. TTK m. 358 hükmü uygulanırken eşit işlem ilkesinin de nazara alınması TTK m. 357 hükmü gereğidir.

¹⁰⁵⁵ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 243.

sahibi olduğunu bilmesi gerekmediği gibi pay sahibinin kötü niyetli olması da şart koşulmamıştır¹⁰⁵⁶.

Hüküm, teknik anlamda ilişkili taraf kavramının aksine şirket üzerinde kontrol gücüne sahip veya önemli etkiye sahip pay sahipleri özelinde değil tüm pay sahipleri yönünden yasak getirmektedir. Dolayısıyla pay sahiplerinin hangi oranda paya sahip olduklarının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bütün pay sahipleri yönünden borçlanma yasağı getirilmesi, şirketin ilişkili tarafını oluşturan YK üyesi olan pay sahiplerini, kontrol gücüne sahip ve önemli etkiye sahip pay sahiplerini de kapsamına almaktadır. Bu açıdan çalışma konumuz bakımından da önem arz etmektedir.

Hükümde muhatap olarak sadece pay sahibinin anılması, lafzi olarak pay sahibine tanınan hakları kullanan intifa hakkı sahibinin bu yasağa tabi olup olmayacağı sorunu doğurmaktadır. Öğretide bu hususun tartışıldığı ve görüş birliği sağlanamadığı görülmektedir. Öğretide intifa hakkı sahibinin hükmün kapsamında sayılmasa da oy hakkına sahip olması ve bu hakkın sağlamış olduğu yetkiler nedeniyle şirketteki önemli kararların alınmasında etkili olması sebebiyle intifa hakkı sahibinin de yasağın kapsamında olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁵⁷. Öğretide aksi yöndeki bir görüş TTK m. 358 hükmünü istisna hüküm olarak ele alarak hükmün dar yorumlanması gerektiğini ileri sürerken¹⁰⁵⁸, aynı yöndeki bir diğer görüş ise yasağın cezai müeyyideye tabi kılınması nedeniyle hükmün kapsamının kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olamayacağını savunmaktadır¹⁰⁵⁹.

TTK m. 395'ye benzer bir düzenlemeye TTK m. 358'de yer verilmeyerek pay sahipleri ile ilişkili kişiler yasak kapsamında sayılmamıştır. İsviçre hukukunda ise İsviçre Borçlar Kanunu'nda ("İBK" diye anılacaktır) haksız olarak ve kötü niyetle temettü, gayrimaddi hak bedeli, diğer kâr payı veya inşaat faizi alan pay sahipleri ile bunlarla yakından ilişkili kişilerin bunları iade etmekle yükümlü olduğu düzenlenerek pay sahiplerinin ilişkili taraflarının da sermayenin iadesi yasağına tabi olduğu açıkça

¹⁰⁵⁶ Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 135.

¹⁰⁵⁷ Aydın Alber Yüce, "Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı", **Regesta**, C. 2, S. 2, 2012, s. 68; Toroman, Çolgar, **a.g.e.**, s. 146-147. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 281.

¹⁰⁵⁸ Hızır, **a.g.m.**, s. 238.

¹⁰⁵⁹ Sevda Bora, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 71-72.

ifade edilmiştir¹⁰⁶⁰. Alman hukukunda anonim şirketler yönünden AktG § 57’de pay sahiplerinin şirkete piyasa koşullarına aykırı olarak borçlanamayacağı düzenlenmiştir. Limited şirketler için de GmbHG § 30 hükmünde “*sermayesinin korunması için gerekli olan malvarlığı pay sahiplerine ödenmeyeceği*” kuralı yer almaktadır. Her iki hükümde de pay sahiplerinin ilişkili olduğu kişiler bu yasak kapsamında sayılmamıştır. Ancak Alman hukukunda öğretide, hükümde açıkça ifade edilmese de pay sahibi hesabına hareket eden kişilerin de sermayenin iadesi yasağına dâhil edilerek hükmün geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶¹. Türk hukukunda da Alman hukukundaki gibi açık hüküm olmasa da pay sahiplerinin borçlanma yasağı kapsamına da TTK m. 395’teki gibi pay sahibi hesabına hareket ettiği varsayılabilir. Belirli kişilerin alınmasının yerinde olacağına öğretide işaret edilmektedir¹⁰⁶². Bu görüşe göre, açıkça hükümde ifade edilmemiş olsa da bu yasağın dolanılmasına yol açacak pay sahibi hesabına hareket eden üçüncü şahısların şirkete borçlanmasına izin verilmemesi gereklidir. Ayrıca pay sahibi hesabına hareket edenler ölçü olarak alındığı için akrabalık bağı olmayan kişiler de ekonomik bağ nedeniyle pay sahibi ile ilişkili sayılabilecektir¹⁰⁶³. Öğretide aksi yöndeki görüş ise hüküm gereği pay sahibinin vekili, temsilcisi, vasisi veya velisi gibi kişilerin bu yasak kapsamında olmadığını kabul etmektedir¹⁰⁶⁴.

TTK m. 395/2 hükmündeki gibi pay sahibi olan YK üyelerinin yakınlarının yasak kapsamına alınmaması öğretide eleştirilmiştir¹⁰⁶⁵. Yönetim kurulu üyelerinin yakınlarından daha ziyade, hâkim pay sahibinin yakınlarının şirkete borçlanmasıyla daha sık karşılaşılabilir ve şirkete borçlanma yasağının hâkim pay sahiplerinin ilişkili olduğu kişilere borç verilmesi suretiyle dolanılabilirliğine dikkat çekilmiştir. Bu nedenle borçlanma yasağı konusunda tutarlılığın sağlanabilmesi için m. 395/2 ile

¹⁰⁶⁰ İBK m. 678.

¹⁰⁶¹ Holger Altmeppen, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, 10. Auflage, C. H. Beck, 2021, GmbHG § 30 Rn. 29,30; Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁰⁶² Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 151-152

¹⁰⁶³ Bkz. Toroman, Çolgar, **a.g.e.**, s. 151-152.

¹⁰⁶⁴ Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s. 281. Öğretide bu yöndeki diğer görüş ise pay sahibinin temsilcisinin gerçekleştireceği işlemler temsil olunanı bağlayacağından temsilcileri için de yasağın geçerli olacağını ancak temsilcinin kendisi adına şirkete borçlandığı hallerde bu yasağın uygulama kapsamında olmayacağını kabul etmektedir (Bkz. Yüce, **a.g.m.**, s. 70).

¹⁰⁶⁵ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 286.

358. hükümlerinin birbirine paralel şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶⁶. Gerçekten de hükmün işlevselliğinin sağlanabilmesi için üçüncü kişilerin şirketten borçlandığı hallerin de yasak kapsamında sayılması yerinde olurdu. Özellikle hâkim pay sahibi ile ilişkili kişilerin şirkete borçlanmaları halinde pay sahibi hesabına hareket etmesi kuvvetli ihtimaldir. 6335 sayılı Kanun değişikliği ile TTK m. 395/2’de pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirkete nakit olarak borçlanması tamamen yasaklanırken, pay sahibi olan YK yakınlarının da 358. maddede düzenlenen koşulları taşımaları şartıyla şirkete borçlanabilmelerine olanak tanınmış olduğu 395. maddenin TBBM’ye sunulan yönerge gerekçesinde belirtilmiştir¹⁰⁶⁷. Bu yönüyle kanun koyucunun iradesinin pay sahibi ile ilişkili olan kişilerin de TTK m. 358’deki koşullara uygun olarak şirkete borçlanmasına cevaz vermek olduğu anlaşılmaktadır. Ancak ne var ki 358. maddede pay sahibinin yakınları yönünden aynı yasak getirilmemiştir. Bu husus madde lafzında yer almadığı için pay sahipleri dışındaki üçüncü kişilerin kanımızca hükmün kapsamına dâhil edilmesi olanağı yoktur. Pay sahiplerine, kanuna aykırı olarak borç verenler yönünden cezai yaptırım öngörülmüştür. Bu fiile cezai müeyyidenin bağlanmış olması da yasaklı kişi çevresinin genişletilmesine engel teşkil eder. Kanımızca da olması gereken m. TTK m. 395/2 hükmündeki gibi pay sahiplerinin yakınlarının ve yukarıda belirtildiği gibi pay sahibinin hesabına hareket eden kişilerin de kapsama alınmasıdır. Ancak açık hüküm gereği bu kişilerin kıyas yoluyla kapsama alınamayacağı, bunun için maddede değişiklik yapılmasına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

(2) Borçlanma İşlemi Yönünden

Hükümde pay sahiplerinin borçlanma yasağından söz edilmiş ancak borçlanmanın neleri kapsadığı hususuna yer verilmemiştir. Borçlanma ibaresi geçtiği için borçlanma kapsamında lafzi olarak nakdi borçların yanı sıra aynı borçların, verme, yapma ve

¹⁰⁶⁶ A.e.

¹⁰⁶⁷ 24. Dönem 2. Yasama Yılı TBMM Genel Kurul Tutanağı, 124. Birleşim: “Önerge ile sermayenin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi ile korunması amaçlanmaktadır. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanabilmesinin önü kapatıldığı gibi, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının da 358 inci maddede düzenlenen şartları taşımaları koşuluyla şirkete borçlanabilmelerinin önü açılmıştır. Önerge ile pay sahibi olan ve 393 üncü maddede sayılan yönetim kurulu üyesinin yakınlarının maruz kalabileceği haksızlığın giderilmesi amaçlanmaktadır.”, bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b124m.htm>, Erişim Tarihi: 12.08.2021.

yapmama borçlarının da sayılması olanaklıdır¹⁰⁶⁸. Borçlanmanın kapsamı hükümde belirtilmediği için geniş yorumlanıp yorumlanmayacağı değerlendirilerek, aşağıda ele alınacağı üzere öğretide borçlanmanın hangi tür edimleri kapsadığı hususu aydınlatılmaya çalışılmış, ancak bu noktada bir görüş birliği sağlanamamıştır. Kimi yazarlar hükmü lafzi olarak ele alıp geniş yorumlarken kimi yazarlar da amacı bakımından ele alarak sadece nakdi borçları kapsadığını ifade etmiştir.

Öğretide bir görüş, hükmün lafzi olarak sorunlu olduğuna dikkat çekilerek hükmün lafzi olarak her türlü borçlanmayı kapsadığını ancak madde gerekçesinde ve Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 14. maddesinden bu hükümde pay sahipleri ile şirket arasındaki nakdi kredi ilişkilerinin düzenlenmek istendiğinin anlaşıldığını, bu haliyle maddenin lafzının amaca uygun olmayacak şekilde kapsamı genişlettiğini ifade etmiştir¹⁰⁶⁹. Öğretideki bir görüş, hükmün kapsamına nakdi borçlanmanın girdiğini, nakdi borçlanma ile de şirketle akdedilen ve konusu para olan ödünç sözleşmelerinin kastedilmekte olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁷⁰. Öğretide pay sahiplerinin borçlanma yasağının konusunun para borcu ile sınırlı olduğunu kabul eden bir başka görüş ise, borçlanmanın konu açısından kapsamına tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin giremeyeceğini, aksi halde şirketin pay sahibi ile yapacağı her işlem öncesinde TTK m. 358'de aranan koşulların sağlanıp sağlanmadığı değerlendirmesi yapılması gerekeceğinden bu durumun ticari hayatın gereklerine uygun olmayacağını savunmuştur¹⁰⁷¹. Öğretide bir diğer görüş, TTK m. 358 hükmünde sınırlayıcı bir ifade bulunmaması sebebiyle, malvarlığın koruması ilkesi de dikkate alındığında uygulama alanının geniş yorumlanması gerektiğini, bu halde şirketten ödünç para alınmasının yanı sıra, şirkete borçlanma olarak nitelendirilebilecek şahsi ve ayni teminatlar ile tasarruf işlemlerinin de borçlanma yasağı kapsamında sayılması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁷². Öğretide bir başka

¹⁰⁶⁸ Paslı, **TTK Genel Hükümler**, s. 162, dn. 46.

¹⁰⁶⁹ Paslı, **TTK Genel Hükümler**, s. 162, dn. 46. Yazar her ne kadar 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi hükme ilişkin tespitlerde bulunmuşsa da değişen hükümde borçlanma ifadesi aynı şekilde korunduğu için bu eleştiri ve tespitler mevcut durum için de geçerliliğini korumaktadır.

¹⁰⁷⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 679.

¹⁰⁷¹ Toroman Çolgar, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁰⁷² Hızır, **a.g.m.**, s. 236.

görüş ise borçlanma yasağının şirketin malvarlığının korunması amacıyla getirilen bir hüküm olmasından bahisle yasağın söz konusu olabilmesi için şirketin malvarlığına etki eden bir taahhüdün olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, borçlanma konusunun nakit veya ayın olmasının bir önemi bulunmamaktadır; yasak bakımından önem arz eden husus şirketin malvarlığının azalma riskidir, dolayısıyla malvarlığına etki etmeyen borçlanmalar bu yasak kapsamında değildir¹⁰⁷³. Kanaatimizce de hüküm lafzi olarak geniş ifade edilmişse de hükümde nakdi borçlanma kastedilmektedir. Bu borçlanma kredi türü borçlanmaları ifade etmekte olup bir ticari ilişki, örneğin alım satım gibi sözleşmelerden kaynaklanan borçları kapsamaz. Zira hükmün gerekçesinde de pay sahiplerin acil kaynak ihtiyaçlarının şirketin malvarlığından karşılanmasının olanaklı hale getirilmiş olduğu ifade edilmiştir.

(3) Uygulama Alanı

TTK m. 358, halka kapalı anonim şirketlerde uygulama alanı bulacaktır. Payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerde, TTK m. 358 hükmünün kapsamına giren ilişkili taraf teşkil eden pay sahiplerin ve pay sahibi olan YK üyelerinin şirkete borçlanmalarına SerPK m. 17/3 ile KYT m. 9 uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu şirketlerde YK üyeleri ve ilişkili taraf sayılan pay sahipleri yönünden TTK m. 358 hükmü uygulanamayacaktır. Payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel karar alma süreci uygulama alanı bulamayacağı için TTK m. 358 hükmü bu şirket yönünden de uygulama alanı bulacaktır.

b. Değerlendirme

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı yukarıda da ifade edildiği üzere şirketin bağlı malvarlığının korunmasını sağlamakta, şirketin bağlı olmayan malvarlığından ise pay sahiplerinin borçlanmasına izin vermektedir. Ancak bu hükmün şirketin bağlı malvarlığını da tam anlamıyla koruduğunu söylemek mümkün değildir. Borçlanma yasağı, pay sahibinin sermaye borcunun olmaması şartına bağlanmamış, sadece sermaye borcunun vadesinin geldiği hallerde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla

¹⁰⁷³ Ahmet Tamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, **TBB Dergisi**, S. 102, 2012, s. 105.

sermaye borcu olmasına rağmen vadesi gelmemiş pay sahiplerinin borçlanması mümkündür. Borçlanma yasağının işlevsel olması için pay sahibinin sermaye koyma borcunun olmaması şartına bağlanmış olması gerekirdi¹⁰⁷⁴. Bu haliyle hükmün yasaktan ziyade pay sahiplerinin şirkete borçlanabilecekleri hususunu düzenlemiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Şirketin serbest yedek akçeler dâhil olmak üzere kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılamaması halinde borçlanmaya izin verilmemiştir. Bu şart ile şirketin zararlarını karşılayacak varlığı olmadığı hallerde pay sahiplerine borç verilmesine cevaz verilmeyerek şirket malvarlığının korunması amaçlanmıştır. Bağlı malvarlığı dışındaki varlığın pay sahipleri tarafından borç olarak verilmesine ise bir sınırlama getirilmemiştir. Bu malvarlığının borç verilmesinde şirket yönünden bir sakınca oluşmayacağı düşünülebilir. Ancak şirkete borçlanmayı daha çok kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin kullanma yolunu izleyeceği de bir gerçektir¹⁰⁷⁵. Özellikle hükümde öngörülen koşulların sağlandığı hallerde pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarına miktar yönünden hiçbir sınır öngörülmemiş olması nedeniyle kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin veya YK üyesi olan pay sahiplerinin borçlanma suretiyle şirketin kasasını kendi kasası gibi kullanmasına bir engel bulunmamaktadır. Yukarıda öğretilerdeki haklı eleştirilerde vurgulandığı üzere, hüküm şirketin bağlı malvarlığının korunmasını sağlarken şirketin varlıklarının korunması yönünden yetersiz kalmaktadır. Nitekim kanun koyucu da bu hususu fark etmiş olacak ki, madde gerekçesinde pay sahiplerinin borçlanmasına cevaz verilmesinin şirket varlıklarını sınırsız olarak borçlanma için kullanmalarına imkân vermek anlamına gelmediğine ve bunun sermayenin korunması ilkesi ile de bağdaşmayacağına işaret etmiştir. Ancak getirilen düzenlemede gerekçede belirtilen bu endişeleri karşılayacak bir mekanizmanın da öngörülmediğini belirtmemiz gerekir.

Pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yoluyla şirketin zarara uğratıldığı hallerde elbette zarara uğratılmasında kusuru olan yöneticilerin ve ilgili pay sahibinin hukuki sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Madde gerekçesinde de şirketin varlıklarının

¹⁰⁷⁴ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 244.

¹⁰⁷⁵ **A.e.**

borçlanma adı altında pay sahiplerine orantısız, karşılıksız şekilde kullandırılarak şirketin içinin boşaltılmasına yol açacak işlemlerin aynı zamanda Türk Ceza Kanunu¹⁰⁷⁶ (bundan sonra “TCK” diye anılacaktır) m. 155 uyarınca güveni kötüye kullanma suçunu teşkil edeceği, borçlanmanın iflasa yol açması halinde TCK m. 161 uyarınca hileli iflas suçunun oluşacağına işaret edilmiştir. Ancak bu çözümler, pay sahiplerinin şirketi zarara uğratacak şekilde borçlanmaları halinde işlem sonrası gidilebilecek çözümlerdir. Diğer taraftan burada yasak tek taraflı olup hüküm şirketin pay sahiplerine borçlanması yönünden bir yasak getirilmemiştir¹⁰⁷⁷. Hüküm bu haliyle, şirketi özellikle hâkim konumdaki pay sahiplerinin borçlanma yoluyla şirketin varlığını sınırsız olarak kullanmalarını baştan engelleyici bir koruyucu mekanizma içermemektedir. Bu nedenle de hâkim konumdaki pay sahiplerine karşı şirket bir anlamda savunmasız bırakılmaktadır. Kontrol gücüne sahip olan pay sahipleri yönünden onların şirkete borçlanmalarını önleyici hükümler sevk edilmemesi şirket yönünden önemli bir zafiyet yaratmaktadır. Halka açık anonim şirketlere bakıldığında, payları borsada işlem gören şirketlerin ilişkili taraf teşkil eden pay sahipleri ile yapacağı işlemler özel karar alma mekanizmasına tabi olmakta, yine halka açık tüm şirketler örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında korunmaktadır. Halka açık olmayan anonim şirketler ise tamamen savunmasız bırakılmaktadır. TTK m. 358 hükmünün pay sahibi olan YK üyeleri için de uygulama alanı bulduğundan, pay sahibi olan YK üyelerinin de şirkete borçlanmasının önü tamamen açılmış olmaktadır. Şirketin zarara uğramasına engel olacak düzenlemelere halka kapalı şirketler için de ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle doğrudan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme yer almasa da Türk Ticaret Kanunu’nda bu amaca hizmet eden hükümlerin şirket lehine güçlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu tespitler sonucunda kanımızca şirketin ilişkili tarafını oluşturan özellikle şirket üzerinde kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları ve şirketin bu pay sahiplerine borçlanmalarını sınırlandıran

¹⁰⁷⁶ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹⁰⁷⁷ Öğretide TTK m. 358’de sadece pay sahibinin şirkete borçlanmasının düzenlenmesi eleştirilmiş, hükmün kapsamının şirketin pay sahibine borçlanması halini de kapsayacak şekilde genişletilmesinin uygun olacağına işaret edilmiştir (Bkz. AÜHF Ticaret Hukuku ABD, “Türk Ticaret Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı’na Hazırlanan Görüş”, **BATİDER**, C. 23, S. 2, Aralık 2005, N. 71, s. 225.

düzenlemeler getirilmesi yerinde olacaktır¹⁰⁷⁸. Bu kapsamda örtülü kazanç aktarımına benzer şekilde kontrol gücüne sahip pay sahibinin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak şirketle gerçekleştireceği borçlanmalar bakımından yasak getirilmesi düşünülebilir.

2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete Borçlanma Yasağı

TTK m. 395/2 hükmünde, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile onların 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanması yasaklanmıştır. Pay sahibi olmayan YK üyeleri için yasak getirildiğinden pay sahibi olan YK üyeleri için TTK m. 358 hükmü uygulanmaktadır. Böylelikle YK üyelerinin pay sahibi olup olmamalarına göre şirkete borçlanmalarında farklı hükümlerin uygulanması gündeme gelmektedir.

TTK m. 395/2 hükmünde mutlak bir borçlanma yasağı getirilmekte ve bu şekilde pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirkete nakit borçlanmalarına hiçbir şekilde imkân tanınmamaktadır. Hüküm bu haliyle sadece pay sahibi sıfatını haiz olmayan profesyonel YK üyeleri için uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁷⁹. Ülkemizde ise profesyonel yönetim anlayışından ziyade, hâkim pay sahipliği yapısı egemendir ve şirketler genellikle pay sahipleri tarafından yönetilmektedir. TTK m. 395/2 hükmü ile pay sahibi olan olmayan üye özelinde ayırım yapılmasının hukuken haklı bir nedeni olmadığı gibi¹⁰⁸⁰ hükümle korunması planlanan YK çevresi de son derece sınırlı kalmaktadır. Bu nedenle bu yasak, şirket malvarlığının kötüye kullanılmasının önlenmesini sağlayacak düzeyde bir koruma sağlamamaktadır¹⁰⁸¹. Bu açıdan hükmün, gerekçesinde ifade edildiği gibi şirket malvarlığının kötüye kullanılmasının

¹⁰⁷⁸ Öğretide *Paslı* tarafından, TTK m. 358 hükmünün değişiklik öncesi hali için anonim şirketlerde pay sahibi ile şirket arasında bir bağ olduğu varsayımıyla sadakat yükümlülüğü olmayan pay sahiplerinin şirket ile işlem yapmasının engellenmesinin anonim şirketlerin sermaye şirketi olması vasfıyla örtüşmeyeceğine işaret edilmiştir ve bu yasağın şirketin kontrolüne sahip pay sahipleri yönünden getirilmesi önerinde bulunulmuştur (Bkz. Paslı, **TTK Genel Hükümler**, s. 163).

¹⁰⁷⁹ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 318.

¹⁰⁸⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-122; Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 318,321-322; Tamer, **a.g.m.**, s. 97; Ayan, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁰⁸¹ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 318.

engellenmesine hizmet edebilmesi için bu yasağın tüm YK üyeleri için getirilmesi isabetli olurdu¹⁰⁸².

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapması en tipik ilişkili taraf işlemini oluşturur¹⁰⁸³. Bu nedenle YK üyelerinin şirketle yapacağı işlemlere yönelik getirilen sınırlamalar da ilişkili taraf işlemine ilişkin birer düzenleme niteliğindedir. Bu açıdan konumuz kapsamında incelenmesi gereği duyulmaktadır.

a. Yasağın Kapsamı

(1) Kişi Yönünden

Yasak, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile onların pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarını kapsamaktadır. Pay sahibi YK üyesi TTK m. 358 kapsamında şirkete borçlanabilirken, pay sahibi olmayan üye ve üyenin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete borçlanması yasaklanmıştır.

Atıfta bulunulan TTK m. 393'te yönetim kurulunun sayılan yakınları alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarıdır. Yönetim kurulu üyelerinin şirketten kredi almasını gözetim kurulunun onayına tabi kılındığı Alman hukukunda YK üyesinin ve diğer bir kanuni temsilcisinin, imzaya yetkili veya tüm ticari faaliyeti için yetkili bir temsilcinin eşine, hayat arkadaşına veya reşit olmayan çocuğuna verilen krediler için de yasak öngörülmüştür (AktG § 89/3). Türk hukukunda ise YK üyesinin daha geniş bir hısım çevresi için yasak öngörülürken hayat arkadaşı yasak kapsamında sayılmamıştır¹⁰⁸⁴. TTK m. 393 uyarınca üyenin eşinin yasak kapsamında olabilmesi için evlilik bağının devam ediyor olması gerekir, bu nedenle eski eş yasak kapsamına girmemektedir. Ancak TMK m. 18/2 hükmünde kayın hısımlığının evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağı belirtilmektedir. Bu açıdan eski eş için yasak kalkarken eski eşin akrabaları için bu yasak devam ediyor olmaktadır. Bu durum ise öğretide eleştirilmiş, eski eşin yasak kapsamında olmamasına rağmen onun hısımlarının yasak kapsamında olmasının adaletsiz bir

¹⁰⁸² Aynı yönde bkz. Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 318.

¹⁰⁸³ TMS 24 uyarınca kilit konumdaki yöneticiler şirketin ilişkili taraflarını oluşturur.

¹⁰⁸⁴ TMS 24.9'da da IAS 24.9'dan farklı olarak ilişkili tarafın hayat arkadaşı ilişkili taraf olarak sayılmamıştır.

sonuç doğuracağına işaret edilerek bu durumun düzeltilmesi gerektiğine işaret edilmiştir¹⁰⁸⁵.

TTK m. 393'te sayılan YK ile yakın kişiler akrabalık ilişkisi kapsamında gerçek kişi olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla yasak, üyenin gerçek kişi olduğu ve yine onun gerçek kişi yakınları bakımından söz konusu olmaktadır. Tüzel kişi YK üyelerinin yakınları ise sayılmamıştır. TTK m. 395/2 hükmünün değişiklik öncesi halinde ise YK üyelerin ve onların yakınlarının ilişkili olabileceği tüzel kişiler de düşünülmüş ve “*söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine iştirak ettikleri sermaye şirketleri*” de yasak kapsamında sayılmıştı. Hüküm bu yönüyle aynı zamanda tüzel kişi üyelerin de yakınlarını kapsamaktaydı. Hükümün 6335 sayılı Kanun ile değişmeden önceki halinde hem gerçek kişiyle hem de tüzel kişilerle ilişkili olabilecek şirketlerin bir kısmı yasak kapsamında sayılmaktaydı Ne var ki 6335 sayılı Kanun ile yasak kapsamından bu şirketler çıkarılmış ancak bu değişikliğin nedeni ise açıklanmamıştır. Hükümün mevcut halinde tüzel kişilerin de YK üyesi olabileceği göz ardı edilmiş ve onlar yönünden yasak getirilmemiştir. Değişiklikle birlikte yasak sadece pay sahibi olmayan YK üyelerine ve onun pay sahibi olmayan yakınlarına özgülenmiş, hükümden YK ile bunların yakınlarının ortağı olduğu şahıs şirketleri ile iştirakleri çıkarılarak yasağın kapsamı daraltılmıştır¹⁰⁸⁶. Bir anlamda 6335 sayılı Kanun ile YK üyesi ve yakınlarının ilişkili olduğu şirketler hükmün kapsamından çıkarılmıştır. Bu açıdan burada kanun koyucunun bilinçli olarak tüzel kişiler arasındaki işlemler yönünden yasak getirmemeyi tercih etmiş olduğunu söylemek de mümkündür.

Göndermede bulunulan TTK m. 393 hükmünde de YK üyesinin tüzel kişi de olabileceği hususu gözden kaçırılarak tüzel kişilerin ilişkili olabileceği kişiler sayılmamıştır. Ancak TTK m. 393'teki “*bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır.*” şeklindeki hüküm gereği, maddede sayılanlar dışındaki kişilerin de menfaat çatışması olduğu hallerde dürüstlük kuralı gereği üyenin müzakereye katılamayacağı kabul

¹⁰⁸⁵ Mehmet Özdamar, İlker Doğan, “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, S. 86, 2013, s. 6.

¹⁰⁸⁶ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 283-284, dn. 119.

edilmektedir¹⁰⁸⁷. TTK m. 395/2 hükmü ise lafzi olarak sadece 393'te sayılan kişilere atıfta bulunmuştur. Öğretide TTK m. 393 hükmünde sayılmayan YK üyelerinin yakınlarının dürüstlük kuralı gereği TTK m. 395/2 kapsamında borçlanma yasağına tabi sayılıp sayılmayacakları hususu tartışılmıştır. Öğretide bir görüş, tüzel kişiler hükmünde sayılmadığı için 395. madde uyarınca yasağın sadece YK üyesi tüzel kişi için uygulanmasının kabul edilebileceğini belirtmektedir¹⁰⁸⁸. Ancak bu görüş hükmün amacı gereği tüzel kişinin gerçek kişi temsilcisinin pay sahibi olmadığı hallerde temsilcinin de yasak kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁸⁹. Öğretide aynı yöndeki bir başka görüş ise söz konusu yasağa aykırılığın suç olarak kabul edildiğini, bu nedenle yasak kapsamının yorum ve kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olamayacağını, tüzel kişi üyelerin de yakınlarının kapsama alınabilmesi için hükmün yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştir¹⁰⁹⁰. Bu görüş ise aynı sonucun tüzel kişi YK üyesinin temsilcisi yönünden de geçerli olduğunu, borçlanma yasağının temsilci yönünden de geçerli olamayacağını ifade etmektedir¹⁰⁹¹. Öğretideki diğer görüş ise TTK m. 393'ünün ve yapılan atıf nedeniyle TTK m. 395/2'nin kişi açısından kapsamının tayininde, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde maddede sayılmayan kişilerin de araştırılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁹².

TTK m. 395/2 hükmünde öngörülen yasağın kişi yönünden kapsamının yorum veya kıyas yoluyla genişletilmesinin kabul edilmesi kanımızca da olanaklı değildir. Yasağın yorum yoluyla genişletilmesi işlem güvenliğini zedeleyeceği gibi ticari hayatın gerekleriyle de bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, burada yasağa uyulmaması cezai yaptırıma da bağlanmıştır. Cezanın da yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığından TTK m. 395/2 hükmünde öngörülen yasağı lafızla sınırlı olarak yorumlamak zaruridir. Burada bir yasak söz konusudur ve yasağa tabi olacaklar kişiler hükmünde “*yönetim kurulu üyeleri ile onların 393. maddede sayılan yakınları*” şeklinde

¹⁰⁸⁷ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), C. 1, s. 497.

¹⁰⁸⁸ A.e., s. 671-672.

¹⁰⁸⁹ A.e.

¹⁰⁹⁰ Özdamar/Doğan, a.g.m., s. 6.

¹⁰⁹¹ Bkz. Özdamar/Doğan, a.g.m., s. 6.

¹⁰⁹² Toraman Çolgar, a.g.e., s. 324.

açıkça ifade edilmiştir. Burada 393. maddeye yapılan göndermeyi dar yorumlamak gereklidir. Bu maddede, yakın olarak alt ve üst soyu, eş veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları sayılmıştır, dolayısıyla yasağın tabi olacağı kişiler de burada sayılanlarla sınırlı olacaktır. Bu bağlamda açıkça zikredilmediği için tüzel kişi YK üyesinin temsilcisinin de mevcut hüküm karşısında yasak kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak belirtelim madde ile korunmak istenen amaç gereği tüzel kişi ile yakın ilişkisi olan kişilerin de yasak kapsamında sayılması gerekirdi. Bu yönüyle hüküm YK üyesinin tüzel kişi olduğu hallerde borçlanma yasağını dolanmasına açıkça izin vermiş olmaktadır. Örneğin YK üyesi bir şirket olduğunda bu şirketin hâkim pay sahibinin şirketin YK üyesi olduğu şirkete borçlanarak bu yasağın aşılması pek muhtemeldir. Borçlanma yasağı ile amaçlananın ise şirketin malvarlığının kötüye kullanılmasını engellemek olduğuna göre gerçek kişi YK üyeleri yönünden var olan tehlike, tüzel kişi üyeler bakımından da evleviyetle vardır. Dolayısıyla 393. hükmünde sayılanlar hükmün amacının sağlanması açısından yeterli değildir. Bu açıdan kanun değişikliği ile maddenin değiştirilerek bu eksikliklerin giderilmesi yerinde olacaktır. Kanımızca bu değişiklik yapılırken de TMS 24'ten de faydalanılması isabetli olur. Özellikle YK üyesi bir şirket ise yakın çevresi belirlenirken TMS 24'teki ilişkili taraf tanımını yol gösterici olabilecektir. Bu bağlamda örneğin üye şirketin aynı grubun üyesi olduğu diğer şirketlerin, iştiraklerinin de yasak kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

TTK m. 395/2 hükmü lafzi olarak yasağın kişi yönünden kapsamı YK üyeleri ve onların yakınları şeklinde belirlenirken üye sıfatını haiz olmayan kilit konumdaki yöneticiler sayılmamıştır¹⁰⁹³. Oysaki temsil yetkisinin devredildiği yöneticilerin şirketin malvarlığını kötüye kullanma riski daha fazladır. Madde gerekçesinde de temel amacın şirketin malvarlığının pay sahibi olmayan yöneticilerin kötüye kullanılmasını önlemek olduğu belirtildiği üzere yetkinin bırakıldığı yöneticilerin de bu yasağın dışında tutulması isabetli olmamıştır. Örneğin Alman hukukunda AktG § 89 hükmünde YK üyelerine borç verilmesi yasağının kapsamına YK üyesi olmayan

¹⁰⁹³ TMS 24'te şirketin kilit yönetici konumundaki personeli ilişkili taraf olarak tanımlanmaktadır. Kilit yönetici personel tanımına şirketin üyelerinin yanı sıra yetki devrinin gerçekleştiği yöneticileri de girmektedir. Bkz. yuk. § 2/I/B/1/a/(3).

belirli yöneticiler de dâhil edilerek kişi yönünden kapsam geniş tutulmuştur¹⁰⁹⁴. Türk hukukunda da öğretide hükmün pay sahibi olmayan yöneticilere yönelik ihdas edilmesinden bahisle TTK m. 367 ve 370 hükümleri uyarınca yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişilerin de yasak kapsamında kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁵. Ancak TTK m. 395/2 hükmü YK üyeleri yönünden yasak getirmektedir, hükmün yorum yoluyla genişletilerek yöneticilere de sirayet ettirilmesi kanunun lafzı ile bağdaşmamaktadır. Bunun için açık hükme ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyiz. Burada yöneticiler bakımından kanunen bir yasak olmamakla birlikte, yöneticiler, TTK m. 553 hükmü uyarınca şirkete vermiş olduğu zararlardan sorumlu olacaklardır. Bu nedenle şirketin zarara uğramasına yol açacak şekilde şirkete borçlanan yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Örneğin emsallerine göre oldukça düşük bir faizle şirketten borç alan yöneticinin, şirketin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gündeme gelebilecektir.

(2) İşlem Yönünden

Pay sahibi olmayan YK üyeleri ile bunların 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanması ve şirketin bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi ve bu kişilerin borçlarını devralması yasaklanmıştır. Böylelikle şirketin pay sahibi olmayan YK üyelerine ve sayılan yakınlarına nakit borç vermesinin yanı sıra şirketin bu kişiler lehine teminat vermesi, kefil olması, rehin tesis etmesi, aval, ciro ve kabul gibi taahhütlerde bulunarak sorumluluk altına girmesi, kredi borcuna katılması veya kredi borcunu üstlenmesi de yasak kapsamında sayılmıştır¹⁰⁹⁶. Pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirkete borçlanması şirketle işlem yapmasıdır, bu nedenle borçlanma yasağı TTK m. 395/1 hükmünde öngörülen işlem yasağının özel olarak düzenlenmiş halini teşkil etmektedir. Dolayısıyla TTK m. 395/2’de borçlanma işlemi ayrıca düzenlendiğinden YK üyelerinin şirkete borçlanmaları halinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ Ungerer, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁰⁹⁵ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 325.

¹⁰⁹⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 673; Mustafa Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, **MÜHF HAD, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum)**, C. 18, S. 2, 2012, s. 663.

¹⁰⁹⁷ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 342-343.

Payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerde ilişkili taraf teşkil eden YK üyelerinin şirkete borçlanmalarında ise SerPK m. 17/3 ile KYT m. 9 uygulanacaktır. Payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür uygulama alanı bulamayacağı için TTK m. 395/2 hükmü bu şirketler yönünden de uygulanacaktır. Ancak payları borsada işlem görmeyen ancak halka açık şirketler yönünden örtülü kazanç aktarımı yasağı uygulama alanı da bulacağı için bu şirketler için borçlanma yasağının bir diğer sınırını da örtülü kazanç aktarımı oluşturacaktır.

b. Değerlendirme

TTK m. 395/2 hükmünde pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirkete borçlanması tamamen yasaklanmıştır. Fransız hukukunda anonim şirketin YK üyelerinin ve diğer yöneticilerin, şirketten borç almaları veya şirketin yöneticiler için kredi veya garanti vermesi yasaklanmıştır. Bu kapsamda şekilleri ne olursa olsun yöneticilerin şirketten borç almaları, kredi sözleşmesi yapmaları veya yöneticilerin üçüncü kişilere karşı yükümlülükleri için kendileri adına şirketin kefil olmasını veya garanti vermesi sağlamalarına ilişkin sözleşmeler geçersiz kabul edilmiştir¹⁰⁹⁸. Alman hukukunda ise AktG § 89/1 hükmünde YK üyelerine kredi verilmesi TTK m. 395/2'deki gibi tamamen yasaklanmamış, gözetim kurulunun kararına bağlı olarak YK üyelerine ve imzaya yetkili veya genel yetkiye sahip yöneticilere kredi verilmesine izin verilmiştir¹⁰⁹⁹. Türk hukukunda da Fransız hukukundaki gibi tamamen yasak getirilmekte, ancak bu yasak tüm YK üyeleri için değil sadece pay sahibi olmayan YK üyeleri için getirilmektedir.

Yönetim kurulu üyeleri yönünden yasak getirilirken üyelerin pay sahibi olup olmamasına göre ayırım yapılmış, pay sahibi olan üyelerin 358. maddeye tabi olması öngörülmüştür. Bu yönüyle yönetim kurulunda pay sahibi olan üyelere şirketin bağlı olmayan malvarlığından borçlanmasına izin verilirken, pay sahibi olmayan üyeler yönünden tamamen yasak getirilmiş bulunmaktadır. Bu şekilde ikili ayrıma gidilmesi

¹⁰⁹⁸ Bkz. FTK L225-43.

¹⁰⁹⁹ Gözetim kurulunun kararının yalnızca belirli kredi işlemleri veya kredi işlem türleri için verilebileceği ve iznin üç ayı geçemeyeceği öngörülmüştür (Detaylı açıklamalar için bkz. Ungerer, a.g.e., s. 102 vd.)

için haklı bir neden olmadığı gibi pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirket için oluşturacağı tehlike, pay sahibi olan üyeler yönünden de geçerlidir. Kaldı ki, YK üyelerinin şirketle borçlanma dışında işlem yaptığı hallerde TTK m. 395/1 hükmünde pay sahibi olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmemekte, tüm üyelerin şirketle işlem yapması genel kurulun rızasına bağlanmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasını şirketle işlem yapıldığı diğer hallere göre daha tehlikeli gören kanun koyucunun, aynı tehlikeyi pay sahibi üyeler yönünden görmemiş olması da kendi içinde çelişki yaratmaktadır. Bu açıdan m. 395/1 hükmünde olduğu gibi tüm üyeler yönünden aynı sınırlamanın getirilmesi tutarlı olacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere YK üyeleri yönünden getirilen yasağın yöneticileri de kapsamına alacak şekilde geniş tutulmaması, tüzel kişi yöneticileri ve onların ilişkili taraflarını ve gerçek kişi üyelerin de tüzel kişinin ilişkili taraflarını kapsamına almaması da önemli eksikliklerdendir. Kanımızca bu hükmün kapsadığı çevre yönünden yeniden ele alınması, bu minvalde tüm YK üyeleri bakımından aynı sınırlamaların öngörülmesi ve kilit konumdaki diğer yöneticilerin de bu hükme dâhil edilecek şekilde değişiklik yapılması ve üyelerin ilişkili taraf çevresinin de gerçek kişilerden bağımsız olarak düzenlenmesi gereklidir.

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN REKABET YASAĞI

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusun giren ticari türden bir işlemi kendisi ya da başkasına hesabına yapmaları ve aynı türden işlerle uğraşan bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla girmesi yasaktır¹¹⁰⁰. Bu hükme aykırı hareket eden YK üyesinden şirketin tazminat isteme veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına sayılmasını isteme veya üçüncü kişiler hesabına yapılan işlemde doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etme serbestisi tanınmıştır. Bu hüküm, YK üyelerinin görevini kötüye kullanarak şahsi menfaat elde ederek şirketi zarara uğratmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir¹¹⁰¹. Kanun koyucu

¹¹⁰⁰ Rekabet yasağının mehzamı AktG § 88 hükmü oluşturmaktadır. Mehzam hükme göre, YK üyeleri, gözetim kurulunun onayını almaksızın ticaret yapması, şirketin iş kolunda kendisi veya başkası hesabına işlem yapması ve bir başka şirketin yöneticisi, YK üyesi ya da şahsen sorumlu ortağı olması yasaklanmıştır. Gözetim kurulunun söz konusu onayı ancak belirli ticari işletmeler veya şirketler veya belirli iş türleri için verebileceği öngörülmüştür.

¹¹⁰¹ Domaniç, **a.g.e.**, s. 627.

şirketi korumayı amaçlarken bu faaliyetleri tamamen yasaklamamış, genel kurula YK üyelerinin şirketle rekabet teşkil eden işlem içerisine girme konusunda izin verme yetkisi tanımıştır.

Burada da işlem yasağında olduğu gibi şirketin menfaatleri ile üyenin menfaatleri çakıştığında üyenin kendi menfaatlerini üstün tutacağı düşüncesinden hareketle yasak getirilmektedir. Ancak burada üye şirketle rekabet ilişkisi içerisine girmektedir. Bu sebeple burada esasında korunmak istenen şirketin müşteri çevresi, iş sırları ve şirketin tüm organizasyonuna vakıf olan YK üyelerinin bunlardan haksız olarak şirketin zararına kendisine bir menfaat sağlamasının engellenebilmesidir¹¹⁰². Böylelikle rekabet yasağı ile şirketler hukukunda haksız rekabet sayılmayan eylemler de yasaklanmış olmaktadır¹¹⁰³.

Rekabet yasağı YK üyelerinin sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümü olarak tezahür etse de, aynı zamanda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin de Türk Ticaret Kanunu'nda bir görünümünü oluşturur. Bu açıdan konumuz bakımından da önem arz etmektedir. Aşağıda rekabet yasağının kapsamı, koşulları ve ilişkili taraf işlemleri karşısında uygulama alanı değerlendirilmiştir.

1. Kapsamı

a. Kişi Yönünden

Rekabet yasağı YK üyeleri için getirilmiştir. Yasağa tabi olmak için YK üyesi sıfatını haiz olmak yeterli olup üyenin nasıl seçildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple kooptasyon (TTK m. 363) ile atanan üye de bu yasağa tabidir¹¹⁰⁴. Tüzel kişi YK üyesi ile birlikte temsilcisinin de rekabet yasağına tabi olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde kamu tüzel kişilerin TTK m. 334 uyarınca yönetim kurulunda bulundurduğu temsilciler YK üyelerinin hak ve görevlerine haiz oldukları için rekabet yasağına da tabi olurlar¹¹⁰⁵.

Hükümde, lafzi olarak sadece YK üyelerinden söz edilse de kendisine yönetim ve temsil yetkisi devredilmiş kişilerin de bu rekabet yasağına tabi olması gerektiği

¹¹⁰² Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 13-14,76; Ayan, **a.g.e.**, s. 149.

¹¹⁰³ Domaniç, **a.g.e.**, s. 626; Ayan, **a.g.e.**, s. 149.

¹¹⁰⁴ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 77.

¹¹⁰⁵ İşlem yasağına ilişkin benzer yöndeki tespitlerimiz için bkz. yuk. § 3/III/B/5.

öğretide haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁰⁶. Buna karşılık YK üyesi sıfatına haiz olmayan ticari temsilci ve ticari vekil niteliğindeki yöneticiler yönünden özel düzenleme olan TBK m. 553'teki rekabet yasağının uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹¹⁰⁷.

b. İşlem Yönünden

Rekabet yasağı kapsamında yasaklanan işlemin “*şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden*” bir işlem olması gerekmektedir.

İşlemin yasak kapsamına girmesi için aranan ilk koşul işletme konusuna ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla şirketin işletme konusu dışındaki işlemler rekabet yasağının kapsamı dışında kalmaktadır. Şirketin işletme konusunun TTK m. 339/2.b hükmü gereğince esas sözleşmede yer alması zorunludur. Ancak şirketin esas sözleşmede belirttiği tüm işletme konularında faaliyette bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir anonim şirketin esas sözleşmesinde birçok işletme konusu yer alsa da şirket bilfiil olarak esas sözleşmede yer alan tüm konularda iştirak etmeyebilir. Bu nedenle öğretime, rekabet yasağının kapsamının belirlenmesinde işletme konusunun dar yorumlanarak esas sözleşmede belirtilen konunun değil; şirketin bilfiil iştirak ettiği konunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰⁸. Zira şirketin iştirak etmediği bir konuda şirket ile üye arasında rekabet de söz konusu olmaz. Diğer taraftan şirketin esas sözleşmede yazılı olmayan konularda da iştirak etmesi mümkündür. Ultra vires ilkesi de kaldırıldığı için şirketin esas sözleşmesinde belirtilmemiş olsa da bilfiil iştirak ettiği konuların rekabet yasağı kapsamında sayılması gereklidir¹¹⁰⁹. Bununla

¹¹⁰⁶ İmregün, **a.g.e.**, s. 234; Domaniç, **a.g.e.**, s. 628; Helvacı, **a.g.e.**, s. 70, dn. 310; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 80-81; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 688. Aksi yönde bkz. Turgut Kalpsüz, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Eden Davranışları, **Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 365; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 503.

¹¹⁰⁷ Domaniç, **a.g.e.**, s. 628; Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 366; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 83; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 688.

¹¹⁰⁸ Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 371; Domaniç, **a.g.e.**, s. 631; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 94; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 93-94; Eriş, **C. II**, s. 2427; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 690; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-123a; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 504. Öğretime burada önem arz eden husus YK üyelerinin şirketle rekabet ilişkisine girerek yetkileri kötüye kullanmasını önlemek olduğu için birebir iştirak konusu olmasa da benzerlik gösteren konuların da duruma göre yasak kapsamında sayılabileceği belirtilmektedir (Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 631).

¹¹⁰⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-123a; Ayan, **a.g.e.**, s. 150; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 691; Öğretime, eTTK döneminde ultra vires ilkesi gereği şirketin ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olduğu, bu nedenle rekabet yasağının kapsamının genişletilecek

birlikte öğretide şirketin hâlihazırda iştigal etmediği işletme konusuna ilişkin hazırlık evresinde olduğu ya da durumun şartlarına göre yakın bir gelecekte iştigal edeceği anlaşılan konuların da bu yasağın kapsamında sayılması gerektiği belirtilmektedir¹¹¹⁰. Burada önem arz eden husus YK üyelerinin şirketle rekabet ilişkisine girerek yetkileri kötüye kullanmasını önlemek olduğu için birebir iştigal konusu olmasa da iştigal konusu ile benzerlik gösteren konuların da duruma göre yasak kapsamında sayılabileceği ifade edilmektedir¹¹¹¹.

İşleme ilişkin aranan diğer koşul, işlemin “ticari iş türünden” olmasıdır. Burada ticari iş ile ifade edilenin TTK m. 3 anlamında ticari iş olmayıp YK üyesinin ticari amaçla yaptığı diğer bir ifadeyle bir kazanç sağlamak amacıyla yaptığı işlemlerinin kastedildiği belirtilmektedir¹¹¹². Bununla birlikte YK üyesinin ticari niyetinden söz edebilmek için işlem konusu işi devamlılık arz edecek şekilde yapıyor olması, tacir ya da esnaf sıfatına sahip olması da aranmamaktadır. Yönetim kurulu üyesinin şirketle tek seferlik kazanç sağlamak amacıyla işlem yapması rekabet yasağına tabi olması için yeterlidir¹¹¹³.

Rekabet yasağında hesabına yapılan ticari iş türünden olması YK üyesinin kişisel nitelikteki ihtiyaçları için şirketle yapacağı işlemleri bu hükmün dışına çıkarır. Bu itibarla YK üyelerinin ticari niyetle yapmadığı işlemler rekabet yasağına tabi değildir. Yönetim kurulu üyesinin şirketle kendisi veya başkası hesabına ticari amaç gütmeksizin yaptığı işlem TTK m. 395/1 gereğince işlem yasağına tabi olur ve bu işlemlerin yapılması için genel kurulun izni gerekir. İşlem yasağında üyenin kendisi veya başkası adına yaptığı işlemler yönünden yasak getirilirken burada üyenin kendisi veya başkası hesabına ticari iş türünden bir işlemi yapması yasaklanmıştır. İki hükmü ayırt eden işlemin YK ya da hesabına hareket ettiği kişi için ticari amaçla yapılıyor

şirketin işletme konusu dışında kalan işlemlerin yasak kapsamında sayılmasının olanaklı olamayacağı savunulmaktaydı (Bkz. Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 94; Domaniç, **a.g.e.**, s. 629; Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 373-274; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 156).

¹¹¹⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 691.

¹¹¹¹ Domaniç, **a.g.e.**, s. 631.

¹¹¹² Arslanlı, **a.g.e.**, s. 156; Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 370; İmregün, **a.g.e.**, s. 233-234; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 95; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 94-95; Eriş, **C. II**, s. 2427; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 691. Aksi yönde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-123a.

¹¹¹³ Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 375; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 692.

olmasıdır. Nitekim öğretide rekabet yasağı ticari işlem yasağı şeklinde nitelendirilmektedir¹¹¹⁴.

Çifte temsil varsa ticari amaç olduğu zaman burada rekabet yasağı gündeme gelecektir.

2. Rekabet Yasağının Koşulları

a. Yönetim Kurulu Üyesinin İşlemi Kendisi veya Başkası Hesabına Yapması

Yönetim kurulu üyesinin şirketin bilfiil iştirak ettiği konuya ilişkin ticari amaçla kendisi veya başkası hesabına işlem yapması yasaklanmıştır. TTK m. 396 hükmünde sadece hesabına yapılmasından söz edilmesi YK üyesinin rekabet yasağına giren bir işlemi kendi adına yapabileceği anlamına gelmez¹¹¹⁵. Yönetim kurulu üyesinin kendi adına ve hesabına yaptığı işlemler de yasak kapsamındadır. Böylelikle YK üyesi şirketin işletme konusuna giren bir işlemi, ticari amaç güderek kendi adına yapamayacağı gibi doğrudan veya dolaylı temsil yoluyla bir başkasına da yaptıramaz¹¹¹⁶. Yönetim kurulu üyesi şirketin iştirak konusuna giren işlemleri kendi adı başkasına hesabına da yapamaz. Örneğin komisyoncu sıfatıyla şirketle işlem yapması da mümkün olmaz¹¹¹⁷.

Yönetim kurulu üyesinin şirketin iştirak konusuna giren işlemi başkası ad ve hesabına da yapması rekabet yasağına aykırıdır. Bu itibarla YK üyesinin temsilci, ticari vekil ve acente gibi sıfatlar ile şirketle işlem yapması da yasak kapsamında sayılır¹¹¹⁸.

b. Aynı Türden Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sorumluluğu Sınırsız Ortak Sıfatıyla Girmesi

Yönetim kurulu üyesinin şirketle aynı türden bir işle iştirak eden bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla girmesi yasaklanmıştır. Böylelikle YK üyesinin sadece şirketle rekabet eden işlemler yapması değil; şirketle rekabet ilişkisine girecek eylemlerde

¹¹¹⁴ Eriş, C. II, s. 2426-2427.

¹¹¹⁵ Kalpsüz, a.g.m., s. 376.

¹¹¹⁶ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 95; Kalpsüz, a.g.m., s. 376.

¹¹¹⁷ Kalpsüz, a.g.m., s. 376.

¹¹¹⁸ Kalpsüz, a.g.m., s. 376; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), C. 1, s. 692-693.

bulunması da yasaklanmıştır. Üyelerin tüm şirketlere ortak olması değil sadece sınırsız sorumlu olacağı şirketlere ortak olması engellenmek istenmiştir. Ayrıca aynı türden işle iştirgal eden şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi yasaklanmıştır. Bu bağlamda YK üyeleri sınırsız olarak sorumlu olacağı adi şirkete¹¹¹⁹, kollektif şirkete ortak olarak ve komandit şirketlere komandite ortak olarak ve kooperatife şahsen ve sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi mümkün değildir¹¹²⁰. Ancak şirket vasfına haiz olmayan şahıs veya mal topluluklarına katılmak yasak kapsamında sayılmaz¹¹²¹.

3. Koruma Mekanizması: Genel Kurulunun Onayı

Yönetim kurulu üyelerinden birinin şirketin bilfiil iştirgal ettiği konuya ilişkin ticari amaçla kendisi veya başkası hesabına işlem yapması ya da aynı türden bir işle iştirgal eden bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla girmesi için genel kurul izin vermiş olması gerekmektedir. Genel kurulun onayı olmaksızın bu işlem ve eylemlerde bulunan YK üyesi rekabet yasağına aykırı davranmış olur.

Hükümde genel kurul kararı ile rekabet yasağının kaldırılması, daraltılması veya genişletilmesi mümkün kılınmış ancak esas sözleşme ile rekabet yasağına izin verileceği açıkça belirtilmemiştir. Uygulamada yasağın tüm üyeler yönünden soyut ve genel nitelikte bir genel kurul kararı ya da esas sözleşme hükmü ile bertaraf edildiği görülmektedir¹¹²². Öğretide de bu yetki genel kurula bırakıldığı için esas sözleşme hükmü ile de rekabet yasağının kaldırılabilceğini savunmaktadır. Ancak öğreti esas sözleşmede yer alacak bu hükmün hangi YK üyelerini kapsayacağı ve bu hükmün nasıl olması gerektiği konusunda ayrılmaktadır. Bu hususta öğretide bir görüş, esas sözleşmede yasağa ilişkin yer alacak hükmün mevcut ve ilerideki tüm YK üyeleri yönünden geçerli olması gerektiğini savunmaktadır¹¹²³. Ancak bunun için iznin genel bir hüküm şeklinde bütün üyeleri kapsayacak şekilde olması gerekir. Verilen genel

¹¹¹⁹ Adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için yönetici ortak tarafından temsil esaslarına göre yapılan işlemler diğer ortakların da ad ve hesabına yapılacağından bu işlemler YK üyesinin kendisi veya başkası ad ve hesabına işlem yapamayacağından bahisle yasak kapsamına girecektir (Bkz. Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 378).

¹¹²⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 693; Domaniç, **a.g.e.**, s. 628; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 95; Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 378.

¹¹²¹ Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 378.

¹¹²² Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 360; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 96.

¹¹²³ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 96-97; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 694.

nitelikteki izin bütün üyelere verilmiş olduğu kabul edilir ve YK üyesi sıfatını haiz olan herkes bu yasaktan muaf olur¹¹²⁴. Öğretideki bir diğer görüş ise rekabet yasağının üyelerin şahsi özelliklileri ve kişisel ahlakı değerlendirilmek suretiyle verildiğini, bu nedenle şirketin kuruluşunda belirlenen üyeler dışındaki henüz kimliği belli olmayan bütün üyelerin ya da belirli grupları temsil edilecek üyelerin rekabet yasağına tabi olmayacağına dair esas sözleşme hükümlerinin geçerli olmayacağını savunmaktadır¹¹²⁵. Öğretide benzer bir görüş “*yönetim kurulu üyeleri TTK m. 396 hükmünde öngörülen yasağı tabi değildir*” şeklinde esas sözleşme hükümlerinin geçerli olmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, esas sözleşme ile izin verilecek ise zaman, kapsam ve kişiler yönünden bir sınırlama yapılması gereklidir; aksi durumda izin geçerli olmayacak ve üyeler yönünden rekabet yasağı devam edecektir¹¹²⁶. Öğretide diğer görüş ise yasağın ilk YK üyeleri için esas sözleşme ile kaldırılabilceği, bundan sonraki üyeler için genel kurul kararına ihtiyaç olduğunu savunmaktadır¹¹²⁷. Kanımızca da kuruluşta esas sözleşme ile belirlenen üyeler dışındaki üyelere esas sözleşme hükmü ile izin verilmesi geçerli kabul edilmemeli, kuruluşta tayin edilen üyeler dışındaki YK üyelerinin yasaktan muaf kılınması için her halde genel kurul kararı aranmalıdır. Burada esas olan YK üyelerinin ve yapılacak işlemlerin en azından çerçevesinin bilinerek kararın alınması olmalıdır; aksi halde şirket görevini kötüye kullanabilecek üyelere dahi baştan izin vermiş sayılacaktır. TTK m. 396 ile amaçlananın ise bu olmadığı açıktır. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda YK üyelerinin özelliklerinin rekabet yasağından muaf kılınmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hallerde genel kurulun izin kararının iptaline karar vermektedir¹¹²⁸.

¹¹²⁴ Bkz. Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 97; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573.

¹¹²⁵ Domaniç, **a.g.e.**, s. 632. Öğretide benzer yönde *Helvacı*, TTK m. 396’nın, Genel kurul kararını gerektirdiği için esas sözleşmeye koyulacak hükümle YK üyelerine genel nitelikte izin verilmesinin rekabet yasağını ortadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir (Bkz. *Helvacı*, **a.g.e.**, s. 69-70).

¹¹²⁶ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 107-108.

¹¹²⁷ İmregün, **a.g.e.**, s. 235.

¹¹²⁸ Yarg. 11. HD., 05/04/2016 T., 2015/8055 E. , 2016/3673 K., “*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, iptali istenilen genel kurul kararının alındığı tarih itibarıyla davalı şirketin yönetim kurulu üyeleri hakkında devam eden hukuk ve ceza davaları ile yine davalı şirketin önceki genel kurulunda alınan aynı yöndeki kararın mahkemece iptal edilmiş bulunduğu*

Genel kurul, YK üyelerinin şirketle rekabet etmelerine önceden izin verebileceği gibi yapılan işleme sonradan açık veya örtülü olarak da icazet verebilir¹¹²⁹. Genel kurul gündeminde rekabet yasağına ilişkin iznin de ayrıca belirtilmesi gerekir. Uygulamada çoğunlukla genel kurul gündemine “TTK m. 395 ve 396 hükümlerindeki yasakların kaldırılması” şeklinde gündem maddesi eklenmektedir¹¹³⁰. Gündeme ilişkin bu şekilde genel nitelikte hiçbir açıklık getirmeyen ve izni somutlaştırmayan bu tür kararlar, TTK m. 396 ile hedeflenen amacı sağlamaktan uzaktır¹¹³¹. Aksinin kabulü TTK m. 396’da öngörülen genel kurul iznini formaliteden alınmış bir karar haline getirmektedir. Öğretide azınlıkta da olsa bu şekilde genel nitelikte ve soyut olan kararların iptalinin istenebileceği kabul edilmektedir¹¹³². Ancak belirtelim Yargıtay TTK m. 396. içeriğinde YK üyelerine tanınacak bu yetkinin sınırlarının gösterilmiş olduğunu belirterek iznin somutlaştırılmadığından bahisle genel kurul kararlarının iptaline yönelik açılan davaların reddine karar vermektedir¹¹³³. Genel kurul kararı için özel bir nisap öngörülmemiştir. Esas sözleşmede de farklı bir nisap öngörülmediği takdirde karar alınması için TTK m. 418’deki toplantı ve karar nisabı geçerli olacaktır. İşlem yasağında olduğu gibi genel kurul kararı alınırken yönetim kurulunun şirketin iştiğal konusu ile ilgili işlem yapması kişisel nitelikte bir iş kapsamına girdiğinden TTK m. 436 hükmü uyarınca izin verilecek üye aynı zamanda pay sahibi ise oy kullanması mümkün olmayacaktır¹¹³⁴.

hususları gözetildiğinde, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerine TTK’nın 395. ve 396. maddelerinde düzenlenen yetkilerin verilmesinin iyiniyet kurallarına aykırı bulunmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14.09.2021.

¹¹²⁹ Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 363; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 156; İmregün, **a.g.e.**, s. 235; Teoman, **Oy Hakkından Yoksunluk**, s. 110; Domaniç, **a.g.e.**, s. 632; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 97; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 504. Öğretide genel kurulun örtülü olarak icazetine örnek olarak TTK m. 395/1 uyarınca işleme izin verilmiş olması gösterilmektedir (Bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 156-157).

¹¹³⁰ Mehaz hüküm AktH § 88’de gözetim kurulunun ancak belirli işletmeler veya şirketler veya belirli iş türleri için verilebileceği belirtilerek genel nitelikte izin verilmesine cevaz verilmemiştir. Gözetim kurulu, bir YK üyesinin herhangi bir faaliyette bulunmasına izin vermeyebilir; ancak izin verirse açıkça tanımlanmış bir alanda ve belirli faaliyetlerde bulunmasına izin verebilir. (Bkz. MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, **AktG § 88** Rn. 26; Hüffer/Koch, **AktG § 88** Rn.5).

¹¹³¹ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 105.

¹¹³² **A.e.**

¹¹³³ Bkz. Yarg. 11. HD., 09.12.2015 T., 2015/4591 E., 2015/13261 K., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14.09.2021.

¹¹³⁴ Teoman, **Oy Hakkından Yoksunluk**, s. 110; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 156; Çamoğlu, **YK Üyelerinin**

4. Genel Kurulun İzin Vermesinin Sonuçları

Genel kurulun YK üyelerinden birine şirketle kendisi veya başkasına hesabına işlem yapmasına veya sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla bir şirket ortak olmasına izin vermesi, o üyenin şirketin menfaatlerine aykırı davranışlarda bulunmasına da izin verildiği anlamına gelmez¹¹³⁵. Yönetim kurulu üyesine şirketle kendisi veya başkasına hesabına işlem yapmasına genel kurul tarafından izin verilmiş olması, üyenin TTK'nın 369. maddesi uyarınca şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı gereğince gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Genel kurulun izni, YK üyesine şirketin menfaatlerini göz ardı etmeyecek şekilde şirketle rekabet teşkil eden işlem veya davranışta bulunması imkânı vermiş olmaktadır¹¹³⁶. Böylelikle YK üyesi şirketin menfaatleri ile çatışmayacak şekilde rekabet teşkil eden davranışlarda bulunabilecek, şirket ile kendi menfaatleri çakıştığında sadakat yükümlülüğü gereği rekabet teşkil eden bu işlem veya eylemden vazgeçmesi gerekecektir¹¹³⁷.

Rekabet yasağından muaf kılınan üyeler, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı gereğince gözetme yükümlülüğüne tabi olmaları nedeniyle haksız rekabet teşkil eden davranışlarda da bulunamazlar. Genel kurulun izni, YK üyelerinin şirketle haklı bir rekabet yapmasına olanak tanır; yoksa haksız rekabette bulunulmasına icazet verildiği şeklinde değerlendirilemez¹¹³⁸. Genel kurul izin verirse YK üyelerinin şirketim iştigal konusuna giren işlemlerde bulunabilir ya da aynı konuda iştigal eden şirkete sınırsız ortak sıfatıyla girebilir; ancak bu faaliyetlerin TTK m. 54 vd'da yer alan haksız rekabet sınırları içerisinde yapılması zorunludur¹¹³⁹.

Sorumluluğu, s. 97. Aynı şekilde YK üyelerinin TTK m. 436'da sayılan yakınları da rekabet yasağına izin kararında oy kullanamazlar (Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., 20/05/2019 T., 2018/2309 E., 2019/3870 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 14.09.2021).

¹¹³⁵ Domaniç, **a.g.e.**, s. 634; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 114-115.

¹¹³⁶ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 114-115. Öğretide *Domaniç*, benzer sonuca adi şirketlerde rekabet yasağına ilişkin hükümden varmaktadır. Yazara göre, YK üyelerine verilen iznin genel kurul kararında belirtilen sınırlar çerçevesinde TTK m. 396'da belirtilen işlemleri yapmasına olanak sağlamakla birlikte, TTK m. 1 ve 126 hükümlerinin TBK'ya atıfta bulunması nedeniyle adi şirketlere ilişkin TBK m. 626 hükmünün saklı olduğunu belirtmektedir. Anılan hüküm gereğince, YK üyelerinin kendileri veya başkalarının menfaatine olarak şirketin amacının gerçekleştirilmesini engelleyen veya zarar veren işleri yapmaları engellenmiştir (Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 634).

¹¹³⁷ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 114-115.

¹¹³⁸ Domaniç, **a.g.e.**, s. 634; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573b; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 115.

¹¹³⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573b. Öğretide YK üyesinin hem rekabet

5. Rekabet Yasağının Uygulama Kapsamı

a. Genel Olarak

Kanun koyucu YK üyelerinin şirketle kendisi veya başkası ad ve hesabına işlem yapmasını yasaklamış ve yapılan işlemin niteliğine göre işlemleri ayırmış ve farklı koşullar ve yaptırımlar öngörmüştür. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere Kanun YK üyelerinin şirketin işletme konusuna giren ticari amaçla şirketle yaptığı işlemler rekabet yasağı kapsamına girmektedir. Bu işlemler TTK m. 396 gereğince rekabet yasağına tabi olmaktadır. Daha açık ifadeyle TTK m. 396 hükmünün uygulama kapsamına YK üyelerinin ticari amaçla yapmış olduğu işlemler girmekle birlikte tüm işlemler değil şirketin iştirak konusu ile ilgili olanlar girmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle ticari niyetle yapmadığı işlemler ile şirketin iştirak konusuna girmeyen ticari niyetle yapılan işlemler ise TTK m. 395/1 hükmü gereğince işlem yasağına girer. Ayrıca YK üyelerinin şirkete borçlanması ayrıca düzenlendiği için borçlanma işleminin şirketin ticari niyetle yapılmış olup olmaması aranmaksızın özel hüküm niteliğinde olan 358 ve 395/2 hükümleri uygulama alanı bulur. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması halinde pay sahibi olan üyeler için TTK m. 358 hükmü, pay sahibi olmayan üyeler yönünden ise TTK m. 395/2 hükmü uygulama alanı bulur.

Ayrıca ifade edelim YK üyelerinin başka bir şirkete yönetici veya YK üyesi olması yasaklanmamıştır¹¹⁴⁰. KYİ’de 4.4.7 nolu ilkede bu husus ayrıca ele alınmış ve

yasağına aykırını hem de TTK m. 54 vd. hükümlerini ihlal eden eylemleri için şirketin YK üyesine karşı yarışan iki hakkının doğmuş olacağı ve şirketin kendisi için daha avantajlı olanı seçebileceği belirtilmektedir (Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573b).

¹¹⁴⁰ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 95; Memiş, **Birden Fazla YK Üyeliği**, s. 39. Öğretide Kanun’un bunu yasaklamamış olmasına rağmen YK üyesinin aynı iştirak konusunda birden şirkette aynı anda görev alıp alamayacağı hususu tartışılmıştır. Öğretide bir görüş, YK üyesinin başka şirkette yönetici olmasının hüküm kapsamında yasak olmasa da sadakat borcu ile bağdaşmayacağını bu nedenle YK üyelerinin aynı anda birden fazla şirkette yönetici olamayacağı ileri sürmüştür (Bkz. Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 95-96; İmregün, **a.g.e.**, s. 234; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 104). Öğretideki aynı yöndeki bir başka görüş ise rekabet yasağının sınırlı sorumlu şirkette yönetim görevini de kapsadığını ileri sürmektedir. (Bkz. Helvacı, **a.g.e.**, s. 69; Pulaşlı, **C. II**, s. 1550-1551, dn. 2061). Öğretideki aksi yöndeki görüş ise YK üyelerinin şirketle aynı türden işle iştirak eden başka bir şirkette yönetici olmasının doğrudan rekabet yasağına aykırı hareket olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür (Kalpsüz, **a.g.m.**, s. 384). Yargıtay bu konuya ilişkin olarak verdiği eski tarihli bir kararında aynı faaliyet konusunda birden fazla şirkette yönetici olunmasını rekabet yasağı kapsamında telakki etmiştir (İlgili karar için bkz. Yarg. 11. HD., 21.11.1985 T., 1985/5620 E., 1985/6350 K., karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 15.09.2021). Yargıtay yakın tarihli başka bir kararında ise, aynı iştirak konusunda faaliyet gösteren birden fazla şirkette YK üyesi olunmasını rekabet yasağındaki

YK üyesinin başka bir şirkette YK üyesi ya da yönetici olması halinde bu durumun çıkar çatışmasına neden olmaması ve üyenin görevini aksatmamasının esas olduğu belirtilmiş ve üyenin diğer şirkette böyle bir görev alırken seçileceği genel kurul toplantısında seçime ilişkin gündem maddesinde bu hususun da yer alması gerektiği belirtilmiştir. KYİ konuyu YK üyelerinin şirkete yeterli zaman ayırması bağlamında ele almış ve diğer şirketin YK üyesini seçerken bunu bilerek seçmesinin sağlanması amaçlanmış, ilke olarak birden fazla şirkette YK üyeliği yasaklanmamıştır. Yönetim kurulu üyesinin birden fazla şirkette üye ya da yönetici sıfatıyla görev yaptığı hallerde, iki şirketi temsilen işlem gerçekleştirilebilmesi için TTK m. 396 uyarınca işlemin yapılabilmesi için genel kurulun onayı gerekir. Ancak belirtelim, iki şirketin iştiğal konusu aynı ise YK üyesinin bu hareketi rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek; diğer hallerde işlem yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Ancak her iki hükümde de genel kurulun izni şart olduğu için işlem yapılmadan önce genel kurulun onayının alınması gereklidir. Genel kurul onayı alınmamışsa işlemin rekabet yasağı teşkil etmesi durumunda şirket, YK üyesine karşı üç seçimlik hakkı kullanabilecek, işlem yasağı teşkil etmesi durumunda şirket, işlemle bağlı olmadığını ileri sürme hakkına sahip olacaktır.

Halka kapalı anonim şirketlerde hükmün uygulama alanı bu şekilde olmaktadır. Hükmün şirketler topluluğuna ilişkin uygulama alanı ise şirketler topluluğu bahsinde ele alınmıştır¹¹⁴¹.

b. Halka Açık Anonim Şirketler Yönünden Hükmün Uygulanabilirliği

Halka açık anonim şirketle rekabet yasağının uygulanabilirliği işlem yasağında olduğu gibidir. Payları borsada işlem gören anonim şirketler yönünden rekabet yasağı kapsamına girse de ilişkili taraf işlemi teşkil eden işlemlere özel hüküm niteliğinde

kendisi veya başkası hesabına işlem yapılamayacağı yasağı gereği hesabına yapma olarak nitelendirilebileceği yönünde karar vermiştir (Bkz. Yarg. 11. HD., 31.05.2017 T., 2016/263 E., 2017/3219 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.09.2021). Kanımızca da aynı iştiğal konusunda faaliyet gösteren başka şirkette yönetici olunması iki şirketi temsilen ya da hesabına işlem yapılması kapsamında ele alınarak işlemin varlığı halinde TTK m. 396 gereğince genel kurulun izni aranmalıdır.

¹¹⁴¹ Bkz. § 3/III/E.

SerPK m. 17 ve KYT 9 ve 10. maddelerinin uygulanması gerekir. Payları borsada işlem görmeyen şirketler yönünden örtülü kazanç aktarımı hükümleri de uygulama alanı bulur. Bu itibarla rekabet yasağı teşkil eden işlem, örtülü kazanç aktarımı fiilini de oluşturuyorsa bu halde de SerPK m. 21 hükümlerinin öncelikli uygulanması gerekir¹¹⁴².

Ancak ilişkili taraf işlemleri adı üstünde işlemin varlığını aradığı için TTK m.396'de rekabet yasağına aykırı hareket olarak tarif edilen “*aynı tür ticari işle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girme*” eylemi ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle bu eylem ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemenin uygulama alanı dışında kalır. Bu hallerde halka açık anonim şirketlerde de yönetim kurulunun bu eylemine TTK m. 396 hükmünün uygulanması gerekir.

E. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KORUYUCU MEKANİZMALAR

1. Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinin Temel Amacı ve İlişkili Taraf İşlemleri

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin daha ilk maddesinde “*Bu Tebliğin amacı ve kapsamı, ortaklıklar tarafından uygulanacak kurumsal yönetim ilkeleri ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin usul ve esasları belirlemektir*” şeklinde düzenlenmiş ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin KYT m. 9'da ise “*Ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur*” denilmiştir. Esasen bu iki hükümde, ilişkili taraf işlemlerinde bağlı şirketlere açık bir şekilde dikkat çekilmiştir. Kanaatimizce bunun temel gerekçesi, ilişkili taraf işlemlerinde belki de en dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gereken alanın bağlı şirketler olmasıdır. Zira farklı tüzel kişiliklere sahip olan bağlı şirketler arasında, temelde bulunan ekonomik birlik ya da ekonomik yakınlık sebebiyle, taraflar arasında yapılan işlemler, ekonomik gerçeklikten uzaklaşabilmektedir. Özellikle birden fazla

¹¹⁴² YK üyelerinin ilişkili taraf olması ve diğer değerlendirmelerimiz işlem yasağı ile aynı olduğu için oradaki açıklamalarımız burası için de geçerlidir.

şirket üzerinde sağlanan kontrol, bağlı şirketler arasındaki işlemlerde taraf menfaatlerinin zedelenmesine yol açabilmektedir.

KYT, ilişkili taraf işlemlerini sadece borsaya kote şirketlerle sınırlamıştır. Ancak bu ilkelerde ortaya koyulan ve korunan amaç, taraflar arasında gerçekleştirilen işlemlerin ekonomik gerçeklikten uzaklaşmasını engellemektir. Şirketler arasındaki olası gereksiz kaynak transferlerini engellemek ya da şirketi kontrol edenlerin kötüye kullanımlarına mâni olmak amaçlardan biridir. Belirtelim ki, benzer endişeler ve korkular şirketler topluluğu için de söz konusudur.

Şirketler topluluğu Türk Ticaret Kanunu’nun 195 ila 209 maddeleri arasında düzenlenmektedir. Şirketler topluluğuna ilişkin bu hükümler ile hâkim ve bağlı şirketler arasındaki ilişkiler şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesi temelinde düzenlenmesi amaçlanmıştır¹¹⁴³. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanabilmesi için nasıl payları borsada işlem gören şirketlerin varlığı gerekli ise şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin uygulanabilmesi için de şirketler topluluğunun varlığı şarttır.

Şirketler topluluğunu, hâkim şirket ve hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Bağlı şirketler de dâhil şirketler topluluğundaki şirketler, her biri hukuken bağımsız ayrı bir tüzel kişiliğe sahip şirketlerdir. Bazen bir şirketin başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulunması, bu şirketin hâkim şirketin yönlendirmeleri kapsamında yönetilmesine ve bu nedenle hâkim şirketin belirlediği politikaları ve talimatları kendisine uygun olmasa bile fiilen yerine getirmek zorunda kalmasına yol açabilmekte ve bu talimatların yerine getirilmesi ise bağlı şirketin kayba uğramasına neden olabilmektedir. Bu halde ise fiiliyatta şirketin bağımsız olduğunu ve serbest iradesiyle hareket ettiğini söylemek mümkün olmaz. Buradan hareketle kanun koyucu şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirketlerin bağımsız olduğunu söylemenin “*ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukuki varsayımda ısrar etmek*” olduğunu ve bu şirketlerin yöneticilerine ve küçük pay sahiplerine haksızlık yapılmasına yol açtığına işaret etmiştir¹¹⁴⁴. Bu haksızlığı

¹¹⁴³ Bkz. TTK Genel Gerekçe N. 115.

¹¹⁴⁴ Bkz. TTK Gerekçe, “Şirketler Topluluğu 195 ila 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar”.

giderebilmek için Kanun'da şirketler topluluğunu iktisadi bir olgu olarak tanınmasını öngörülmüş ve topluluk bünyesine dâhil olan şirketlerin yönetimine etkileri dikkate alınarak kurallar getirilmiştir¹¹⁴⁵. Bu bağlamda, şirketler topluluğu hükümlerinin temel amacını da bağlı şirketlerin, bunların yöneticilerinin ve pay sahiplerinin topluluk oluşumu nedeniyle kayba uğramasının önlenmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasında bağlı şirketlerin kaybının giderilmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Ancak topluluk düzenlemelerinin sadece bağlı şirketler bünyesinde doğacak kayıplara ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir¹¹⁴⁶.

Şirketler topluluğu hükümlerinde esas itibarıyla topluluk şirketleri arasındaki ilişki ve işlemler ve bunlara ilişkin sonuçlar düzenlenmektedir. Bu yönüyle bu hükümler aynı zamanda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme niteliği de taşır. Zira aynı grubun üyesi olan işletmeler diğer bir ifadeyle her bir ana şirket, bağlı şirket ve diğer bağlı şirketler TMS 24.9 uyarınca birbiriyle ilişkili sayılmaktadır. Dolayısıyla şirketler topluluğundaki hâkim ve bağlı şirketler arasındaki ilişki ve işlemleri düzenleyen kurallar da ilişkili taraf işlemlerini düzenlemiş olmaktadır. Bu açıdan konumuz bakımından da topluluk şirketlerine ilişkin hükümler önem taşımaktadır. Ancak şirketler topluluğuna ilişkin TTK hükümlerinde, hâkim şirketin ve bağlı şirketin sorumluluk sistemine, bağlı şirketin korunmasına ve alacaklılar ve pay sahiplerinin korunmasına yönelik bir dizi kurallar yer almaktadır. Bu nedenle topluluk şirketlerine ilişkin tüm hükümlerin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu açıdan burada ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koruyucu mekanizmalar getiren düzenlemeler ile kamuyu aydınlatma ilkesi bağlamında bunların açıklanmasını gerektiren düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

İlişkili taraflarla ilişkileri düzenleyen ve bunların açıklanmasını öngören hükümler ise bağlılık raporlarının düzenlendiği TTK m. 199 ve hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının düzenlendiği TTK m. 202-206 hükümleridir. Bu hükümlerde hakim

¹¹⁴⁵ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 13.

¹¹⁴⁶ TTK'daki şirketler topluluğu hükümleri ile topluluk şirketleri arasındaki ilişkiler tüm yönleriyle düzenlenerek topluluğun ortak bir politika ile yönetilmesini sağlayacak kurallar getirilmiş ve bunların dışında pay sahiplerine ve alacaklılara dava hakları tanınarak yeni sorumluluk halleri düzenlenmiştir (Bkz. TTK Genel Gerekçe N. 115; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 14).

şirket ile veya onun yönlendirmesiyle bağlı şirketin gerçekleştirdiği işlemlerin bağlılık raporunda açıklanması ve bağlı şirketin kaybına yol açacak bazı işlemlere ilişkin bir prosedür ve buna ilişkin yaptırımlar getirilmektedir.

2. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması

a. Hâkimiyet

Şirketler topluluğunda hâkimiyet kavramı, bir şirketin başka bir şirket üzerinde etki etme imkânı veren araçlara sahip olmasını ifade etmektedir ve hâkim ve bağlı şirketlerin belirlenmesinde bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Bir şirket, TTK m. 195 uyarınca diğer bir şirketi hâkimiyeti altında tutuyorsa, bu hâkimiyetini kullanma hakkına da sahiptir. Kanun şirketler topluluğunun hâkiminin bu gücü kullanmasına bir engel getirmemektedir¹¹⁴⁷.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sınırlı sayıda olmaksızın bağlı şirketle yapılan hukuki işlemler ve maddi fiiller ve bağlı şirkete aldırılan önemli kararlar olmak üzere iki kategoride düzenlenmiştir¹¹⁴⁸. Birinci kategoride bağlı şirketin kaybına yol açabilecek bazı işlem ve önlemler sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır¹¹⁴⁹. Hukuka aykırılık burada sayılan işlem ve önlemlerden değil, hâkimiyetin kullanılmasından ve uygulanmasından ortaya çıkmaktadır. Ancak bu hükümde hâkimiyetin kullanılarak bağlı şirketin kayba uğratılması mutlak olarak yasaklanmamış, sonradan bir denkleştirme yapılmasının öngörüldüğü hallerde bu şekilde hâkimiyetin kullanımına cevaz verilmiştir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Hâkimiyet, hâkim şirkete bu gücü bağlı şirketlere karşı hukuka aykırı olarak kullanma hakkı vermemektedir. TTK m. 202’de tam hâkimiyetin olmadığı hallerde hâkim şirketin müdahale yetkisini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı düzenlenerek hâkimiyetin kullanılmasına ilişkin birtakım sınırlar getirilmiştir.

¹¹⁴⁸ TTK m. 202 gerekçesi.

¹¹⁴⁹ Mehaz Kanun AktG § 311’e göre, denkleştirme mali yıl içinde fiilen yapılmamışsa, dezavantajın bağlı şirkette en geç ne zaman ve hangi avantajlarla giderileceğinin, dezavantajın oluştuğu mali yılın sonuna kadar tespit edilmesi gerekir. AktG § 311’de bağlı şirketi kayba uğratılması yasaklanmış ancak kayba yol açacak işlem ve önlemler örnek mahiyetinde TTK m. 202/1’deki gibi yer verilmemiştir. Ancak maddede ifade edilen hukuki işlemin, bağlı şirketi en azından kısmen etkileyen her türlü olumsuz hukuki işlemi kapsadığı belirtilmektedir (Bkz. Annette Bödeker (Martin Henssler/Lutz Strohn), **Gesellschaftsrecht**, Beck’sche Kurzkommentare Bd. 62, 5. Auflage, C.H.Beck, 2021, AktG § 311 Rn. 8).

¹¹⁵⁰ Hâkim şirket, bağlı şirketi kayba uğratacak işlemleri ve maddi fiilleri; ancak bağlı şirketin uğratıldığı kayıp o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilir veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirlenerek o faaliyet yılının sonuna kadar şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınırsa yapabilecektir. Aksi halde hâkim şirketin ve onun YK üyelerinin sorumluluğu doğabilecektir.

İkinci kategori olarak ifade edilen hukuka aykırılık, hâkimiyetin uygulanması ile bağlı şirketin genel kurulunda alınan yapısal değişiklik, önemli esas sözleşme değişikliği gibi önemli kararların alınması ile doğmaktadır¹¹⁵¹. Ancak burada denkleştirme yükümü öngörülmemiş, kararın alınmasının hâkim şirketin sorumluluğuna yol açacağı öngörülmüştür. Bu sorumluluk kapsamında, hâkim teşebbüse pay sahiplerinin zararını tazmin etme veya paylarını satın alma yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla birinci fıkranın aksine pay sahipleri burada şirketin zararını değil, doğrudan kendi zararlarının tazmini istemektedir¹¹⁵². İkinci kategoride görüldüğü gibi hâkimiyetin kullanılmasında hâkim şirketin bağlı şirketin ortaklık içi menfaatlerine yönelik müdahaleleri de sayılmaktadır. Şirket yönünden yapısal değişiklik, esas sözleşme gibi kararlar iç işleyişe ilişkin kararlardır ve bunlar ilişkili taraf işlemleri kapsamında değerlendirilmezler¹¹⁵³. İlişkili taraf işlemleri, ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemleri ifade eder, bu açıdan ilişkili tarafların işlem olmaksızın birbirine müdahaleleri ilişkili taraf işlemi olarak sayılmaz. Bu nedenle, şirketler topluluğu bakımından koruma getirilen bağlı şirketin ortaklık kararlarına ilişkin müdahaleler ilişkili taraf işlemi kapsamında yer almamaktadır. Bu açıdan burada sadece ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemler değerlendirilecektir. Bu minvalde TTK m. 202/1 hükmüne etraflıca yer verilecek, TTK m. 202/2 hükmü ise ele alınmayacaktır.

b. Kısmi Hâkimiyette Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması

Hâkim şirketin, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanması yasaklanmıştır. Bu yasak, bağlı şirketin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmekte, bunun yanı sıra pay sahiplerinin ve alacaklıların çıkarlarını da korumaktadır¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ Hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket yönünden açıkça haklı bir sebebi olmayan, yapısal değişiklik, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi kararlara ret oyu verip tutanağa geçiren veya yönetim kurulunun bu gibi kararlarına yazılı olarak itirazda bulunan pay sahiplerine, mahkeme kanalıyla hâkim teşebbüsten zararlarının tazminini veya payların satın alınmasını isteme hakkı tanınmıştır. Böylelikle pay sahiplerine, bağlı şirkette aldırılan bazı kararlar bağlamında da hâkim şirkete başvurma olanağı tanınmıştır.

¹¹⁵² Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 298-299.

¹¹⁵³ Ayrıca aynı yönde bkz. Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 30.

¹¹⁵⁴ Holger Altmeyden, “AktG § 311 Schranken des Einflusses”, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Herausgeber: Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C.H. Beck, 5. Auflage 2020, Rn 3.

Ancak öngörülen yasak mutlak değildir. Bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesinin öngörüldüğü hallerde kanun hâkim şirketin bağlı şirkete hukuka aykırı müdahalesine cevaz vermektedir. Diğer taraftan denkleştirmenin öngörülmemiş olması da bağlı şirketi kayba uğratan işlemlerin geçersiz sayılmasına yol açmamakta, sadece hâkim şirketin ve onun yöneticilerinin sorumluluğu yönünden konu ele alınmaktadır¹¹⁵⁵.

(1) Kayıp

i. Kayıp Kavramı

Kayıp kavramı Türk hukukuna 6102 sayılı TTK ile şirketler topluluğu düzenlemeleri ile girmiştir. “Kayıp” kavramı borçlar hukukundaki zarar kavramından farklı ve onu da kapsayacak genişlikte bir kavramı ihtiva etmektedir¹¹⁵⁶. Mehaz kanunda kayıp kavramı “*dezavantaj, sakınca, mahzur, aleyhte durum*” anlamlarına gelen “*nachteil*”¹¹⁵⁷ kelimesi ile ifade edilmekte ve hâkim şirketin yönlendirmesine atfedilebildiği sürece, bağlı şirketin malvarlığı veya kazançları üzerindeki herhangi bir azalma veya belirli bir risk şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁵⁸. Bunun dışında kaybın varlığı için şirketler topluluğundaki şirketlere veya teşebbüse ya da başkasına bir yarar sağlanmış olması gibi bir şart aranmamaktadır¹¹⁵⁹. TTK m. 202 gerekçesinde kayıp kavramı bu şekilde tanımlanmasa da kaybın malvarlığı eksilmesi, malvarlığının artmasına engel olunması, şansın veya bir işi başarılı şekilde yapılma olanağının kaybedilmesi şeklinde görülebileceği ifade edilerek aynı anlama gelecek şekilde örneklendirilmiştir. Ancak bağlı şirketin varlığını devam ettirmesini tehlikeye sokacak ya da eş değerde bir fırsat getirmeyecek kadar yüksek riskler içeren işlem ve önlemler hukuka uygun sayılmazlar¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁵ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 226.

¹¹⁵⁶ TTK m. 202 gerekçesi.

¹¹⁵⁷ Bkz. <https://www.seslisozluk.net/nachteil-nedir-ne-demek/>, Erişim Tarihi: 10.06.2021.

¹¹⁵⁸ Mathias Habersack (Volker Emmerich, Mathias Habersack), **Aktien- und GmbH-Konzernrecht**, 9. Auflage, C.H. Beck, 2019, AktG § 311, Rn. 39; Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 16.

¹¹⁵⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92.

¹¹⁶⁰ Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 16; Gerd Krieger, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktiengesellschaft**, Ed.: Michael Hoffmann-Becking, 5., neubearbeitete Auflage, München, C.H.Beck, 2020, § 70 Rn. 87.

Kaybın hâkim şirketin hâkimiyeti sonucu gerçekleşmesi gerekmektedir, bu nedenle kayıp ile hâkimiyetin kullanılması arasından nedensellik bağının varlığı şarttır¹¹⁶¹. Ancak kaybın varlığı için gerçekleştirilen işlem veya önlemlerin öngörülen sonuçları doğurmuş olması gerekli değildir. Kaybın varlığı için işlemin kayba yol açacağına ikna edici bulgular ve çıkarımlarla anlaşılabilir olması yeterli sayılmaktadır¹¹⁶².

Şirketler topluluğunda kayıp ile zarar kavramları birbiri ile örtüşmemektedir. Kayıp, zarar kavramını da içine almakla birlikte hemen tazminata yol açmayan zarara göre daha yumuşak bir kavramdır¹¹⁶³. Kaybın varlığı için bağlı şirketin kazançlarının artmasının veya beklenen kârın alınmaması veya riskin varlığı da yeterli sayılırken zarar için bunların varlığı önem taşımaz. Bu açıdan bir işlem veya önlem zarara yol açmasa da kayba neden olabilmektedir. Dolayısıyla zararlar sonuçlanmayan, ancak bağlı şirketin elde edeceği bir kârdan mahrum kalmasına yol açan önlem de kayba yol açabilmektedir¹¹⁶⁴. Yine örneğin hâkim şirketin müdahalesiyle bağlı şirket önemli bir riske giriyor ve bunun için uygun denkleştirme alamıyorsa, iş kârlı sonuçlansa da burada kaybın olduğu kabul edilmektedir. Bu örnekte bağlı şirketin maruz kaldığı riskin maddi karşılığı kayıp olarak nitelendirilmekte ve denkleştirmenin yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁶⁵. Ancak çok riskli bir işin sadece kâr getirdiği bir durumda, bağlı şirketin zararı olmadığı için hâkim şirketin ve yöneticilerinin tazminat sorumluluğu olmaz¹¹⁶⁶. Diğer taraftan zarara yol açan her işlem veya önlemin de mutlak surette kayba yol açmadığı, bağlı şirket yönünden başta kayıp teşkil etmeyen bir işlem veya önlemin sonradan gelişen olaylar nedeniyle bağlı şirketin zararına sebebiyet verse de bu madde anlamında kayıp sayılmaz¹¹⁶⁷.

¹¹⁶¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92.

¹¹⁶² TTK m. 202 gerekçesi.

¹¹⁶³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92.

¹¹⁶⁴ Habersack(Emmerich/Habersack), **AktG § 311**, Rn. 45.

¹¹⁶⁵ Kürşat Göktürk, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 144; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 83; Habersack(Emmerich/Habersack), **AktG § 311**, Rn. 44.

¹¹⁶⁶ MüKoAktG/Altmeyen, **AktG § 311**, Rn. 183.

¹¹⁶⁷ Habersack(Emmerich/Habersack), **AktG § 311**, Rn. 45; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 83.

Kaybın niteliğinin ve miktarının değerlendirilmesinde *ex ante* değerlendirme yapılır, işlemin veya önlemin gerçekleştirildiği zaman belirleyicidir. İşlemin veya önlemin gerçekleştiği zaman itibarıyla ileride ortaya çıkabileceği öngörülen sonuçlara göre kaybın olup olmadığı değerlendirilir¹¹⁶⁸. Zararın tespiti ise *ex post* değerlendirme gerektirir ve zarar işlem veya önlemin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan ve artık bilinen olaylara göre belirlenir¹¹⁶⁹. Bu nedenle kayıp ve zarar tespit zamanları bakımından da benzerlik göstermez. Hâkim şirketin, bağlı şirketin zararını tazmin etmesinin istenebilmesi için kaybın denkleştirilmemiş olması gerekir. Denkleştirme tam ve zamanında yerine getirilmediği durumda ortaya çıkan zarar da geçmişe dönük olarak işlem veya işlemin gerçekleşmesinden sonra illiyet bağı kurulabilen tüm gelişmeler dikkate alınarak tayin edilir¹¹⁷⁰. Bağlı şirketin kaybına, kusurlu ya da kusursuz davranışla yol açılması önemli değildir¹¹⁷¹. TTK m. 202 uyarınca zararın tazmininde kusur önem taşımaz. Denkleştirmenin gereği gibi yapılmaması durumunda, kayba sebebiyet veren işlemin gerçekleştirilmesinde tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket edildiğinin ispatı halinde tazminata hükmedilemez¹¹⁷². Burada sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğun ispatı değil; zararın meydana gelmesinde illiyet bağının olmadığına ispatı gerekli görülmüştür¹¹⁷³.

Burada ilişkili taraf işlemleri ile bir karşılaştırma yapıldığında, ilişkili taraf işlemlerinde bir zararın ortaya çıkmasına karşı *ex ante* değerlendirme yapılır. İlişkili taraf işlemleri için getirilen prosedürü anlattığımız kısımlarda izah edildiği üzere ilişkili taraf işlemlerinde işlem yapılmadan önce hem değerlendirmeye tabi tutulmakta hem de bağımsız YK üyeleri tarafından denetimden geçirilmektedir. İlişkili taraflarla işlemler ancak bundan sonra gerçekleştirilebilmektedir. Topluluk şirketlerinde ise zararın ortaya çıkmasından sonra *ex post* mekanizmalar devreye girmektedir.

¹¹⁶⁸ Bir kaybın varlığının tespiti, sadece işlem veya önlemin gerçekleştirildiği sırada bilinen koşullar dikkate alınarak ileriye dönük olarak önceden yapılmış bir tahmine dayanır; dolayısıyla daha sonra ortaya çıkan zarar, dezavantaj veya avantajlar önem taşımaz (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **AktG § 311**, Rn. 45; Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 18).

¹¹⁶⁹ Habersack(Emmerich/Habersack), **AktG § 311**, Rn. 45.

¹¹⁷⁰ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 233-234.

¹¹⁷¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92.

¹¹⁷² TTK m. 202/1.d.

¹¹⁷³ TTK m. 202 gerekçesi. Ayrıca bkz. Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 182.

ii. Kayba Yol Açan İşlem ve Önlemler

(a) Genel Olarak

Hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacağı işlemler ve önlemler örnek mahiyetinde sayılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu işlemler hukuka aykırı değildir; hukuka aykırılık ve sorumluluğa neden olan, bu işlemler yoluyla bağlı şirketin kayba uğratılmasıdır.

Kayba uğratılacak işlemlere örnek olarak ilk grupta, bağlı şirketin işinin, bazı varlık veya fonlarının, personelinin diğer bir topluluk şirketine devredilmesi, alacağın veya borcun devri gibi işlemler sayılmıştır¹¹⁷⁴. Bağlı şirketin kârını azaltmak veya aktarmak da bu grupta sayılmıştır. Bağlı şirketin elde edilebilir kârını kaybetmesine neden olan bir önlem, doğrudan zarara yol açmamış olsa dahi kârın devri olarak kayba yol açan işlem kabul edilebilecektir¹¹⁷⁵. İkinci grupta, hâkim şirketin hâkimiyeti kullanması sonucu bağlı şirketin kayba uğrayacak şekilde ayni ve şahsi nitelikte kişisel haklarla sınırlandırılması, kefalet, garanti ve aval gibi sorumluluklar yüklenmesi ve ödemelerde bulunması örnek kabilinden sayılmıştır¹¹⁷⁶. Ancak ödemeler, grup

¹¹⁷⁴ Bu işlemlerin gerçekleştirilmesiyle sonucun doğmuş olması şart olmayıp işlemin bağlı şirketin kaybına sebebiyet verebileceğinin ikna edici bulgularla anlaşılıyor olması yeterli sayılmaktadır (Bkz. TTK m. 202 gerekçesi). Bu bağlamda örneğin bir ihaleye girilmemesi veya ihale şartlarını karşılayabilecekken bilinçli olarak kaçınılması işin devri olarak kabul edilmektedir. Bu halde ihalenin işletme tarafından kazanılmamış olması değil, kaybın şartlarının bağlı şirket tarafından yerine getirilmesi önem taşımaktadır. Bu örnek SerPK m. 21/2'de öngörülen pasif yolla örtülü kazanç aktarımına karşılık gelmektedir. Ancak SerPK m. 21/2 hükmünde şirketin malvarlığı korumak veya artırmak için yapması beklenen faaliyetlerin yapılmaması yoluyla ilişkili taraflara şirketin kârının ya da malvarlığının artmasını sağlamaları aranmaktadır. TTK m. 202/1 hükmünde bağlı şirketin kayba uğratılması şartı dışında hâkim şirketin malvarlığının artmasına yönelik bir şart öngörülmemiştir. Bu açıdan TTK m. 202/1 bağlamında hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığının kabul edildiği hallerde, gerçekleştirilen eylemin aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı teşkil etmemesi mümkündür.

¹¹⁷⁵ TTK m. 202 gerekçesi; Habersack(Emmerich/Habersack, **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 45).

¹¹⁷⁶ Bağlı şirketin kaybına yol açabilecek malvarlığı üzerinde topluluk şirketleri lehine intifa hakkı tanınması, bağlı şirketin yine topluluk şirketlerinden biri için kefil olması ya da aval vermesi gibi işlemler bu kapsamdadır. Topluluk şirketleri içindeki tahsis etme veya krediler söz konusu olduğunda, uygun olmayan bir şekilde düşük faiz oranı veya teminat eksikliği şirketin varlıklarının veya kazançlarının belirli bir tehlikeye girmesine yol açıyorsa kayba yol açabilecektir (Bkz. Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 21). Özellikle faiz oranı yönünden emsal karşılaştırmasına dayanmalıdır; karşılaştırma neticesinde bağımsız bir şirketin bu krediyi bu şekilde vermeyeceği sonucuna varılıyorsa kredinin verilmesinin bağlı şirketin kaybına yol açacağını söylemek mümkündür. Ayrıca teminatın paraya çevrilme riskinin yüksek olması veya lehine teminat verilen şirketin aciz haline düşme olasılığının olduğu hallerde bağlı şirketin rücu hakkını kullandığında parayı tahsil edememe riski de kayıp olarak sayılabilecektir (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 47a; MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 272).

taahsisleri, verilen hizmetler (örneğin yasal ve vergi danışmanlığı, eğitim, pazar araştırması) bağlı şirketin de menfaatine olduğu ve ücretlendirme piyasaya uygun olduğu sürece kayıp olarak değerlendirilemez¹¹⁷⁷. Dolayısıyla piyasaya uygun olmayan ya da emsallere uygunluk ilkesine aykırı olan fiyatlar bağlı şirketin kayba uğramasına neden olur. Diğer grupta kayba yol açan önlemlere işaret edilmiş ve bunlara örnek gösterilmiştir. Buna göre, bağlı şirketin kendi malvarlığı ve kredibiletisini kullanmayarak şirketin gelişmesini ya da verim almasını sağlayacak önlemleri almaktan kaçınması kayıp sayılmaktadır¹¹⁷⁸. Gerekçede bu önlemler, hâkim şirketin makro düzeyde planlarına ve politikalarına bağlı şirketi feda edecek nitelikteki uygulamaları şeklinde tarif edilmiştir¹¹⁷⁹. Bu açıdan hükümdeki “yöneltme” ifadesi bilinçli olarak tercih edilmiştir; böylelikle hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde etki edebileceği her türlü yöntem ve uygulama bu kapsama alınmak istenmiştir¹¹⁸⁰.

(b) Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanması

Türk Ticaret Kanunu’nun 358. maddesinde pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı düzenlenmektedir. Maddenin başlığı borçlanma yasağı olmakla birlikte hükümde pay sahiplerinin şirkete borçlanması tamamen yasaklanmamış, hükümde sayılan iki koşuldaki birinin varlığı halinde pay sahiplerinin borçlanmasına cevaz verilmiştir.

Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına yönelik bu sınırlamanın şirketler topluluğunda uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin Kanun’da bir açıklık yoktur. Diğer taraftan YK üyelerinin şirkete borçlanmasına ilişkin TTK m. 395/2 hükümle ilgili olarak maddenin üçüncü fıkrasında, TTK m. 202 hükmünün saklı olduğu belirtilerek şirketler topluluğu bünyesindeki şirketlerin birbirine kefil olabileceği ve garanti verebileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla topluluk şirketlerinden birinin YK üyesinin, diğer bir topluluk şirketine ödünç veya teminat vermesi TTK m. 395/2’de öngörülen yasaktan açıkça muaf tutulmuştur¹¹⁸¹. Ancak TTK m. 358 açısından

¹¹⁷⁷ Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 24.

¹¹⁷⁸ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 236.

¹¹⁷⁹ TTK m. 202 gerekçesi.

¹¹⁸⁰ TTK m. 202 gerekçesi.

¹¹⁸¹ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 159.

topluluk şirketleri yönünden bir istisna tanınmamış olması, şirketler topluluğunda da TTK m. 358 hükmünün uygulama kabiliyetin haiz olup olmadığı sorunun ortaya çıkarmaktadır¹¹⁸².

Öğretide ağırlıklı görüş, şirketler topluluğunda hâkim şirketin bağlı şirkete borçlanması özel bir hükümle düzenlendiği için TTK m. 202 hükmünün öncelikli uygulama alanı bulacağı ve topluluk şirketindeki borçlanmalarda TTK m. 358 hükmünün uygulanamayacağı yönündedir¹¹⁸³. Bu görüşe göre, hükümlerin ihlali halinde de müeyyideye uygulanırken TTK m. 202 hükmü öncelikli uygulanmalıdır¹¹⁸⁴. Dolayısıyla TTK m. 202 hükmü uyarınca denkleştirme sağlanmadığı hallerde de TTK m. 358 hükmü uyarınca işlem batıl sayılmamalı, yaptırım yine TTK m. 202 hükmü çerçevesinde tayin edilmelidir. Öğretideki diğer görüş de TTK m. 202 hükmünün öncelikli uygulanması gerektiğini ve denkleştirme yapıldığı hallerde TTK m. 358

¹¹⁸² Öğretide konu 6335 sayılı Kanun'dan öncesinde de değerlendirilmiştir. Bu nedenle değişiklik öncesi ve sonrası şeklinde öğretideki görüşlere aşağıda yer verilmiştir. TTK m. 358 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki haline ilişkin öğretide TTK m. 358 hükmünün uygulanmasının şirketler topluluğu için öngörülen özel sistemin bertaraf edilmesi anlamına geleceği, şirketler topluluğunda kayba yol açan işlemler için genel bir yasak getirilmeyerek özel düzenlemeler ve yaptırımlar öngörüldüğü bu itibarla TTK m. 202'nin TTK m. 358 hükmüne göre özel bir düzenleme olduğunun kabul edilmesi gerektiği zikredilmiştir. Bu görüşe göre, hâkim şirket ile bağlı şirket arasında TTK m. 358'e uygun olmayan bir borçlanma söz konusu olduğunda, hâkim şirketin TTK m. 202 uyarınca kaybı denkleştirmesine olanak tanınmalı ve eğer denkleştirme tam ve zamanında yapıldığı takdirde hâkim şirketin hukuka uygun davrandığı sonucuna varılmalıdır. Ancak eğer denkleştirme sağlanmazsa, bu halde TTK m. 202 ve 358 hükümleri uyarınca yaptırımlar kümülatif olarak uygulanmalıdır (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 242-243). Öğretideki bu yöndeki diğer görüş ise 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önce pay sahiplerinin borçlanmasının yasaklandığını, bu yasak karşısında şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin pay sahibinin şirkete borçlanması konusunda önemli bir özgül ağırlığı olduğunu ifade etmiştir (Bkz. İsmail Kırca/Murat Gürel, "Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı", **BATİDER**, C. 30, S. 2, Haziran 2014, s. 6). Öğretideki diğer görüş de pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının şirketler topluluğu hükümleri ile uyumlu olmadığını ve bu yasağın uygulanması halinde topluluk içindeki ekonomik birlik olmanın bir anlam ifade etmeyeceğini belirterek TTK m. 358 hükmünün TTK m. 202'nin göz ardı edilerek düzenlenmesinin isabetli olmadığını vurgulamıştır (Bkz. Paslı, **TTK Genel Hükümler**, s. 163,165). Öğretide ayrıca değişiklik öncesi TTK m. 358 'ün nakit havuzu uygulamasına da engel teşkil ettiği ifade edilmiştir (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N23-92, dn. 26).

¹¹⁸³ Abuzer Kendigelen, Şirkete Borçlanma Yasağı (Pay Sahibinin/ Şirketler Topluluğunda), **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte)**, C. XII: 2012-2013/1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 46-47; Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 163; Aslı E. Gürbüz Usluel, "Şirketler Topluluğunda Denkleştirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), C. 18, S. 2, 2012,, s. 294.

¹¹⁸⁴ Kendigelen, **Şirkete Borçlanma Yasağı (Pay Sahibinin)**, s. 47-48; Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 163-164.

hükmüne aykırı olarak borçlanmaya gidilmesinin olanaklı olduğunu savunmakta ancak denkleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda borçlanma yasağına ilişkin TTK m. 358 hükmünün ihlali halinde uygulanacak müeyyidelerin buraya da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁸⁵. Öğretideki bir diğer görüş ise TTK m. 358’de şirketi kayba uğratacak şekilde pay sahibine borç verilmesine izin verilmediğini, dolayısıyla şirketler topluluğunda hâkim şirkete TTK m. 202 hükümlerine nazaran daha iyi olanak sunulmadığını, bu yasak karşısında şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin pay sahibinin şirkete borçlanması konusunda önemini korumaya devam ettiğini savunmaktadır¹¹⁸⁶.

Kanaatimizce şirketler topluluğuna ilişkin hükümler topluluk şirketlerine öncelikle uygulanması gereken hükümlerdir. TTK m. 202’de, hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmasına ancak bu kaybın ilgili faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk bir değerde istem hakkı tanınması halinde izin verilmiştir. Dolayısıyla bağlı şirketin kaybının giderilmesi durumunda hâkim şirkete hâkimiyetini bağlı şirketin kaybına yol açacak şekilde kullanma hakkı da tanınmaktadır. Burada TTK m. 358 hükmünün uygulanacağını

¹¹⁸⁵ Aytaç, **a.g.m.**, s. 29; Funda Özdin, “Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 19 Haziran 2019**, MÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Editörler: Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin, Sinan Sarıkaya, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 62.

¹¹⁸⁶ Kırca/Gürel, **a.g.m.**, s. 12. Bu görüş, TTK m. 202’nin öncelikli uygulanıp uygulanmayacağı hususunu, TTK m. 358’deki belirtilen vadesi gelmiş sermaye borcunun ödenmemesi ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının zararlarını karşılayamaması koşulları yönünden ayrı ayrı ele almıştır. Buna göre, pay sahibinin vadesi gelmiş sermaye borcu ödenmeden şirkete borçlanması yönünden TTK m. 202, TTK m. 358’e göre özel düzenleme kabul edilerek öncelikli olarak uygulanmalı ve eğer borçlanma kayba yol açıyorsa şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler göz önüne alınmalıdır. Bu halde eğer denkleştirme yapılırsa TTK m. 358 uygulanmamalı; ancak denkleştirme yapılmazsa hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmalı ve TTK m. 358 uygulanmalıdır. Zira bu halde, bağlı şirketin uğradığı kayıp denkleştirilmediği için Kanun’un şirketler topluluğuna ilişkin öngördüğü menfaatler dengesi zedelenmiş ve şirketler topluluğu yönünden tanınan bu ayrıcalığın gerekçesi de varlığını yitirmiş olmaktadır. Bu nedenle denkleştirme yapılmazsa borçlanma işlemi TTK m. 358 uyarınca batıl kabul edilmelidir. Geçmiş yıl zararlarının karşılanamamasına rağmen şirketin pay sahibine borç verdiği hallerde ise borçlanmanın şirketin varlığını tehlikeye düşüreceği haller bakımından ayırım yapılması gerekir. Bağlı şirketin varlığının tehlikeye düşmesine yol açacak borçlanmalar yönünden TTK m. 202’de öngörülen ayrıcalık uygulanmamalı, bu işlemler TTK m. 358 gereği batıl sayılmalıdır. Ancak bu borçlanma zararları karşılayamamakla birlikte bağlı şirket yönünden bir kayba yol açmıyorsa, TTK m. 202’nin öncelikli uygulanacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla kayıp niteliği taşımayan bu şekilde borçlanma yapıldığı hallerde, şirketler topluluğu hükümleri gereği hukuka uygun bir borçlanma yapıldığı sonucuna varılmalıdır (Bkz. Kırca/Gürel, **a.g.m.**, s. 13-16).

söylemek TTK m. 202 hükmünün uygulanma kabiliyetine engel teşkil eder. Pay sahibi niteliği taşıyan topluluk şirketlerinin bağlı şirkete borçlanması durumunda şirketler topluluğu hükümlerin özel nitelikte olması gereği bu hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Burada kanaatimizce TTK m. 202 hükmüne riayet edilmediği diğer bir ifadeyle bağlı şirketin kaybına yol açacak borçlanmalarda denkleştirme sağlanmadığı hallerde yaptırım yine TTK m. 202 kapsamında tayin edilmelidir. TTK m. 202, TTK m. 358 hükmüne göre özel nitelikte bir hüküm olduğu için TTK m. 202 uygulama alanı bulacaktır ve bu hükmün ihlaline de yine bu hüküm çerçevesinde çözüm getirilmesi gerekir. TTK m. 202’de ihlalin yaptırımı açık olarak düzenlenmiştir ve TTK m. 358 hükmüne gitmeye kanaatimizce ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Ancak burada ifade edelim hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde hâkimiyetini kullanması şirketin varlığını tehlikeye sokacağı hallerde açıkça ifade edilmese de TTK m. 204 hükmündeki gibi bağlı şirket YK üyelerinin bu işlemi yapmaktan kaçınmaları gerekir. Tam hâkimiyet halinde bu yükümlülük baki iken pek tabii kısmi hâkimiyette de bu yükümlülüğün olduğu kabul edilmelidir. Alman hukukunda da bağlı şirketin dezavantaja uğramasına yol açacak borçlanma yapılması ile ilgili olarak bağlı şirketin yönetim kurulunun bağlı şirketi nakdi olarak riske sokacak olması durumunda, borç vermeyi reddetmesi gerektiği, ancak yine de ödeme yapılmışsa, alınan borcun geri ödenerek veya tamamen güvence altına alınarak dezavantajın etkin bir şekilde ortadan kaldırılarak telafi edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁸⁷. Ayrıca böyle bir riskin varlığı durumunda bağlı şirketin uğradığı dezavantajının AktG § 311(2) hükmünün aksine, denkleştirilmenin mali yılın sonuna kadar değil, aynı zamanda derhal yapılması da gerekmektedir¹¹⁸⁸. Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da şirket yönünden oldukça risk içeren işlemlerin yapılmasına bağlı şirket YK üyelerinin denkleştirmenin gereğinde yapılması için gerekli adımları atması ya da bu işlemin yapılmamasına engel olması gerekir. Aksi

¹¹⁸⁷ Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 62a.

¹¹⁸⁸ **A.e.**

halde bu gibi hallerde bağılı şirketin YK üyelerinin de sorumluluğunun doğacağı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak şirketler topluluğunda birbirlerinin aynı zamanda iştiraki olan şirketlerin şirkete borçlanmalarında TTK m. 358 hükmü uygulama alanı bulmayacak, özel hüküm niteliğindeki TTK m. 202 hükmü uygulanacaktır. Dolayısıyla işlemin sınırını da TTK m. 358'deki koşullar değil; bağılı şirketin kayba uğratılmaması oluşturacaktır. Bağılı şirket kayba uğratıldığında ve bu kaybın denkleştirilmediği veya bu kayba denk istem hakkı tanınmadığı hallerde hâkim şirket ve hâkim şirketin YK üyeleri bağılı şirketin uğradığı zarardan sorumlu olacaklardır.

(c) Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yasağı ve Borçlanma Yasağı

TTK m. 395/1 hükmü gereğince YK üyesinin şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapması ancak genel kurulun izni ile mümkün olmaktadır. Yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapması şirketler topluluğunda, hâkim şirketin bağılı şirketin YK üyesi olduğu ya da topluluk içindeki şirketlerin aynı YK üyesine haiz olduğu hallerde çifte temsil şeklinde kendini göstermektedir. Bu hallerde de TTK m. 395/1 gereğince bu işlemlerin yapılabilmesi için genel kurulun onayının alınması gerekecek aksi halde işlemin şirket tarafından geçersizliği ileri sürülebilecektir. Ancak bu yasağın hâkim şirketin hâkimiyetini kullandığı hallerde şirketler topluluğunda uygulanması kabiliyeti yoktur. Zira şirketler topluluğunda TTK m. 202 vd. hükümleri hâkim şirketin bağılı şirketi yönlendireceği tüm halleri kapsamına alacak şekilde düzenlenmiştir, bu yönüyle TTK m. 395/1'e göre özel hüküm niteliğindedir¹¹⁸⁹. Şirketler topluluğunda, TTK m. 202 ile işlem yasağının uygulamasının çakıştığı hallerde şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak TTK m. 202 vd. hükümleri kapsamına girmeyen ve hâkimiyetin kullanılması olmayan hallerde ise TTK m. 395/1 hükmü uygulanabilecektir.

TTK m. 395/2'de, pay sahibi olmayan yönetim kurulu ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanması

¹¹⁸⁹ Demirci, **a.g.e.**, s. 143. ETTK yönünden de işlem yasağının uygulanmaması gerekliliği hakkında bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 226.

yasaklanmıştır. Bu kişiler için ayrıca şirketin kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi ve bunların borçlarını devralması da yasaklanmıştır. Ancak maddenin devamında, TTK m. 202 saklı kalmak kaydıyla şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirine kefil olabilecekleri ve garanti verebilecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükümle, topluluk şirketlerinin kefil olma ve garanti verme yönünde istisna tanınmakla birlikte bunlar dışında kalan bağlı şirketi borç altına sokan işlemler yönünden bir istisna getirilmemiştir. Ancak şirketler topluluğu bünyesindeki şirketlerin birbirlerini borç altına sokacak işlemlerde bulunması ticari faaliyetleri kapsamında olağan sayılacak işlemlerdir; öyle ki bunların yasaklanması topluluk şirketin işleyişine ve ticari faaliyetlerin aksamasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim bu husus göz önüne alınarak şirketler topluluğunda işlem özelinde ayırım yapılmaksızın bağlı şirketleri kayba uğratacak işlemlerin dahi yapılabileceği belirtilmiş buna ilişkin hususlar özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle TTK m. 202 hükmü karşısında TTK m. 395/2 ile getirilen borçlanma yasağına ilişkin bu hükmün topluluk şirketleri yönünden uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

TTK m. 395 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki haline¹¹⁹⁰ ilişkin öğretide¹¹⁹¹, TTK m. 395 hükmünde öngörülen yasağın şirketler topluluğunda uygulandığında, şirketin YK üyesi olan topluluk içindeki şirket bağlı şirketi kayba uğratmasa dahi gerçekleştirilen hukuki işlem nedeniyle alacaklı konumundaki bağlı şirket alacaklılarının şirkete borçlanılan tutar için diğer borç verilen bağlı şirketleri takip edebilecekleri anlamına geleceği belirtilmekte; bunun kabulünün ise TTK m. 202'deki denkleştirme imkânını tamamen ortadan kaldırdığını, bu nedenle 202. maddenin özel düzenlenmesi karşısında TTK m. 395/2 hükmünün topluluk şirketlerine uygulanamayacağı ifade edilmekteydi. 6335 sayılı Kanun ile

¹¹⁹⁰ TTK m. 395/2, 6335 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Kanun'un yürürlüğe girmesine çok az zaman kala değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi hükümde öngörülen yasak kapsamında bahsi geçen kişilerin ortağı oldukları şahıs şirketleri ile en az yüzde yirmisine iştirak ettikleri sermaye şirketleri de sayılmaktaydı. Bu nedenle de maddenin üçüncü fıkrasında şirketler topluluğu yönünden istisna düzenlenmiştir. Ancak 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle şahıs şirketlerine ortak olunması ve sermaye şirketlerinin yüzde yirmisine iştirak edilmesi hükümden çıkarılmıştır. Öğretide değişiklikle birlikte ticaret şirketlerine ilişkin düzenlenen üçüncü fıkra hükmünün gereksiz hale geldiği, bu nedenle de bu hükmün kaldırılmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir (Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 285-286).

¹¹⁹¹ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 245-247.

yapılan değişiklikten sonra da öğretide aynı yönde görüş savunulmaya devam etmiştir. Bu bağlamda öğretide, TTK'da topluluk şirketlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu, topluluk şirketlerine ilişkin hükümlerin bağlı şirketin ve alacaklıların menfaatlerini korumak için yeterli düzeyde koruma sağladığı, bu nedenle ödünç verme ve diğer teminat işlemlerine özel hüküm niteliğindeki TTK m. 202 hükmünün varlığı nedeniyle TTK m. 395/2 hükmünün uygulanmayacağı belirtilmektedir¹¹⁹².

Kanaatimizce de bu yasağın şirketler topluluğuna uygulanması ihtimalinde, topluluk bünyesindeki şirketlerin YK üyesi olması durumunda topluluk şirketlerinin işleyişi zedelenecek ve bu ise TTK m. 202 hükmünü uygulanamaz kılacaktır. Bu nedenle TTK m. 202'inin özel hüküm niteliğinde olması gereği topluluk şirketlerine TTK m. 395/2'nin uygulanamayacağı kabul edilmelidir.

(d) Topluluk Şirketlerinde Nakit Havuzu Uygulamaları

Nakit havuzu (*cash pooling*), topluluk şirketlerinde nakdin merkezi olarak yönetilmesini ifade eder. Nakit havuzuna katılan topluluk şirketlerinin cari hesaplarındaki fazla veya açık hesap bakiyesi, sürekli olarak merkezi bir hesapta birleştirilir¹¹⁹³. Nakit havuzu ile topluluk şirketlerinin nakit açığının karşılanabilmesi için topluluk şirketlerinde elde edilen nakit fazlası, ortak bir havuzda toplanmakta ve ihtiyaç duyulması halinde topluluk şirketlerine kullanılmaktadır¹¹⁹⁴. Bu yönüyle

¹¹⁹² Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 357.

¹¹⁹³ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 226; Bilal Tanyeri, **Nakit Havuzlama (Cash Pooling) Yöntemi İle Örtülü Kazanç Aktarımı**, SPK Denetleme Dairesi, İstanbul, 2013, s. 7, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1101>, Erişim Tarihi: 07.06.2021; 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**, 04.06.2012, s. 1, (Çevrimiçi), <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Funda-ozdin-CashPooling-Nakit-Havuzu.pdf>, Erişim Tarihi: 07.06.2021; MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 231.

¹¹⁹⁴ Nakit havuzu ile topluluk şirketleri arasında likidite kontrolü sağlanarak topluluk içindeki nakit kaynaklarının etkin şekilde kullanılarak finansman maliyetlerinin azaltılması ve her topluluk şirketinin ayrı olarak ihtiyati nakdi tutmasına gerek olmaksızın nakdi ihtiyacını karşılama olanağı sağlanmaktadır. (Bkz. Tanyeri, **a.g.e.**, s. 7). Ayrıca nakdin konsolidasyonu, önemli bilanço rakamlarını iyileştirmeye hizmet ederken nakdin etkin kullanımı daha yüksek bir kredi notuna sahip olmayı sağlar. (Bkz. Holger Altmeppen, "Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag", **NZG**, 2010, s. 361. Nakiz havuzunun faydaları ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz. Funda Özdin, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung**, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Humboldt-Universität zu Berlin, Yurtdışı Enstitü (Grad-verleihende Institution), 2019, s. 56-63). Diğer yandan

nakit havuzu “*topluluk şirketleri arasında nakit denkleştirme işlemi*” olarak da ifade edilmektedir¹¹⁹⁵.

Nakit havuzunda, nakdin merkezde toplanması bu sisteme katılacak topluluk içindeki hâkim şirket, bağlı şirket ve havuzu yönetecek şirket arasında bir sözleşme yapılmasını gerektirir¹¹⁹⁶. Taraflar bunun için standart sözleşme şeklinde “matbu ödünç sözleşmesi” akdedebilirler. Bu şekilde nakit havuzu standartlaştırılmış ödünç anlaşmaları temelinde gerçekleştirildiyse, grup içindeki her bir bireysel nakit transferi için bir ödünç anlaşması yapılması gerekir¹¹⁹⁷. Ancak nakit havuzu uygulamasında bireysel ödünç sözleşmesi akdedilmesi, merkezi olarak finanse edilen topluluk şirketleri için finansal maliyetlerin azaltılarak nakit havuzu ile sağlanmak istenen tasarrufu geçersiz kıldığından tavsiye edilen bir prosedür değildir¹¹⁹⁸. Bu itibarla nakit havuzu uygulamasında bu sisteme katılacak topluluk içindeki hâkim şirket, bağlı şirket ve havuzu yönetecek şirket arasında bir işgörme sözleşmesi (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) hukuki niteliğinde çerçeve sözleşme yapılmaktadır¹¹⁹⁹. Nakit havuzu sistemi topluluk şirketleri ile kredi kuruluşları arasında da söz konusu olabilmektedir. Bu halde de havuzu yöneten şirket ile sisteme dâhil olan topluluk şirketleri arasında nakit havuzuna ilişkin münferit işlemlerinin esaslarının tayin edildiği işgörme sözleşmesi niteliğinde bir çerçeve sözleşme yapılır¹²⁰⁰. Esasen, kredi

nakit havuzunun faydasının yanı sıra zararları da bulunmaktadır. Nakit havuzu, nakit yönetimi merkezi olarak yapıldığı için topluluğun ekonomik gidişatının iyi olmadığı hallerde topluluk şirketlerinin varlığının tehlikeye düşmesine neden olmakta veya şirketlerin iflasına yol açabilecek riskleri bünyesinde barındırmaktadır. Özellikle havuza aktarılan nakdin havuza geri ödenmemesi durumu, bağlı şirketlerin karşılaşabileceği en büyük risktir. (Bkz. Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 9; Tanyeri, **a.g.e.**, s. 14). Topluluk içinde aktarılan nakdin genellikle güvence altına alınmaması; bir şirket ekonomik olarak kötüye gittiğinde bu aynı zamanda bir domino etkisine de yol açarak havuzda yer alan bir şirketin yaşadığı ekonomik krizin havuzdaki diğer şirketlere de etki etmesine yol açabilmektedir. (Bkz. Altmeppen, **Cash Pooling**, s. 461; Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 9. Nakiz havuzunun yaratacağı risklerle ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz. Özdin, **Cash Pooling**, s. 64-71). Diğer riskler, nakdin merkezde toplanması nedeniyle bağlı şirketlerin finansal bağımsızlığını kaybetmesi ve dış kredibilite sağlayamaması ve şirket için gerekli yatırımları yapamaması şeklinde sıralanabilir (Bkz. Tanyeri, **a.g.e.**, s. 14-15).

¹¹⁹⁵ Özdin, **Cash Pooling Uygulamasında Bağlı Şirket YK Sorumluluğu**, s. 53.

¹¹⁹⁶ Karl-Josef Faßbender, **Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern**, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, s. 35, (Çevrimiçi), <https://hds.hebis.de/ubffm/Record/HEB457406038>, Erişim Tarihi: 09.06.2021; Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 14-15.

¹¹⁹⁷ Faßbender, **a.g.e.**, s. 35; Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 14.

¹¹⁹⁸ Faßbender, **a.g.e.**, s. 36.

¹¹⁹⁹ Özdin, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht**, s. 81; Faßbender, **a.g.e.**, s. 36.

¹²⁰⁰ Faßbender, **a.g.e.**, s. 39; Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 17.

kuruluşları tarafından bireysel hizmetlerin uygulanmasının temeli, ödeme işlemlerinin dayandığı hesap sözleşmesi gibi bir dizi bireysel sözleşmedir. Kredi kuruluşları, hâkim şirket veya finansman şirketi ile nakit havuzuna katılan topluluk şirketleri arasında akdedilen nakit havuzunun esas alındığı bir çerçeve sözleşme bu bireysel sözleşmeleri de temsil etmektedir¹²⁰¹. Türk öğretisinde de havuza katılan şirket ile havuzu işleten şirket arasındaki çerçeve niteliğinde akdedilen bu nakit havuzu sözleşmesinin işgörme sözleşmelerinden vekâlet sözleşmesi (TBK m. 502/1) kapsamında sınıflandırılabilceği ifade edilmektedir¹²⁰².

Havuzu yönetecek şirket genellikle hâkim şirkettir; ancak nadiren de olsa bir ara hâkim şirketin veya özellikle bu amaç için kurulmuş bir finans şirketinin de bu havuzu yönetmesi kararlaştırılabilmektedir¹²⁰³. Bağlı şirketlerin hesaplarındaki bakiyeler, topluluk şirketleri arasında bu çerçeve nakit yönetimi sözleşmesi temelinde düzenli olarak merkez hesaba aktarılır. Nakit havuzu sisteminde yapılan her nakit akışının hukuki dayanağını çerçeve sözleşmenin oluşturduğu ödünç verme işlemi oluşturur¹²⁰⁴.

Uygulamada taraflar aralarında nakit havuzu sisteminde yükümlölüklerin ve nakit havuzlama işleminin yürütölme şeklinin açık bir şekilde düzenlenmesini sağlamak ve böylece olası hukuki belirsizlik ve doğabilecek anlaşmazlıkları önceden önleyebilmek için yazılı bir sözleşme akdederler. Sistemin pratik ve hukuki karmaşıklığı ve özellikle özen yükümlölüğü dikkate alınarak ilgili YK üyelerinin, nakit havuzunu en ince ayrıntısına kadar ele alınmış bir sözleşmeye dayalı olarak düzenlemesi gerekliliği ortaya çıkar¹²⁰⁵. Sözleşme özgürlüğü temel ilkesi gereği, sözleşmenin içeriği ihtiyaca göre değişebilmekle birlikte, içerik olarak çerçeve sözleşme, çoğu noktada tarafların sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan grup içi likidite eşitlemesinin niteliğinden kaynaklanan benzer temel hak ve yükümlölükleri içermektedir¹²⁰⁶. Bu sözleşme kapsamında havuzun yönetimini havuzu yönetecek şirket üstlenir ve bu bağlamda kredinin sağlanması ve topluluk şirketlerinin ihtiyacı olan nakdi sağlama gibi

¹²⁰¹ Faßbender, **a.g.e.**, s. 39.

¹²⁰² Özdin, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht**, s. 81.

¹²⁰³ Altmeppen, **Cash Pooling**, s. 361.

¹²⁰⁴ Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 15.

¹²⁰⁵ Özdin, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht**, s. 74.

¹²⁰⁶ Özdin, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht**, s. 75; Faßbender, **a.g.e.**, s. 36.

yükümlülükleri yerine getirir¹²⁰⁷. Nakit fazlalığı olan şirket havuza nakit aktardığında ödünç veren, havuzu yöneten şirket ise ödünç alan konumunda olur. Ancak havuzdan bir bağlı şirkete nakit kullandırıldığında ise ödünç alan bağlı şirket, havuzu yöneten ise ödünç veren konumunda olmaktadır¹²⁰⁸. Dolayısıyla merkezi hesapta toplanan nakit, topluluk içinde ihtiyacı olan şirketlere kullandırıldığında, bu hesaptan para kullanan şirketler merkez hesaba borçlanır. Bu açıdan bakıldığında, tüm topluluk şirketleri arasında, pozitif bakiyelerin topluluk içindeki şirketlerin cari hesaplarına kaydırılabileceğini, negatif bakiyelerin ise bakiyeyi kullanan şirket tarafından kapatılabileceğini belirten bir anlaşmayı gerektirir¹²⁰⁹.

Nakit havuzu uygulamasında bağlı şirketler tüm nakitlerini sürekli olarak topluluk hâkiminin kontrolünde olan havuz hesaba aktarırlar¹²¹⁰, hâkim şirket ortak olduğunda bağlı şirketin nakdi pay sahibine aktarılmış olmaktadır. Bu nedenle nakit havuzu sistemi sermayenin korunması ilkesiyle genel itibariyle uyuşmaması nedeniyle sistemin hukuka uygunluğu ve uygulanabilme koşulları açısından tartışma yaratmıştır¹²¹¹. Bu konu bilhassa Alman hukukunda tartışılmış¹²¹² ve nihayetinde Alman hukukunda bu tartışmalara son verdirilerek sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerde (AktG § 57¹²¹³, GmbHG § 30¹²¹⁴) nakit havuzu uygulamasına hukuken cevaz verilmiştir¹²¹⁵. Bu hükümlere göre Alman hukukunda nakit havuzunun hukuken geçerli olabilmesi için hâkimiyetin veya kârın devri sözleşmesinin bulunması ve nakit

¹²⁰⁷ Faßbender, **a.g.e.**, s. 36.

¹²⁰⁸ Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 15.

¹²⁰⁹ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 228.

¹²¹⁰ Özdin, **Cash Pooling Uygulamasında Bağlı Şirket YK Sorumluluğu**, s. 55.

¹²¹¹ Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 1.

¹²¹² Alman hukukundaki bu tartışmalara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 12-22; Tanyeri, **a.g.e.**, s. 17.

¹²¹³ AktG § 57: “Sermaye payları pay sahiplerine geri ödenemez. İlk cümle, bir hâkimiyet veya kârın devri sözleşmesi (AktG § 291) olduğunda gerçekleştirilen ödemeler veya şirketin pay sahiplerine karşı tam değerli bir karşı edim veya geri ödeme talep hakkı sağladığı ödemeler için geçerli değildir”.

¹²¹⁴ GmbHG § 30: “Şirketin esas sermayesinin korunması için gerekli olan malvarlığı pay sahiplerine ödenemez. İlk cümle, bir hâkimiyet veya kârın devri sözleşmesi (AktG § 291) olduğunda gerçekleştirilen ödemeler veya şirketin pay sahiplerine karşı tam değerli bir karşı edim veya geri ödeme talep hakkı sağladığı ödemeler için geçerli değildir”.

¹²¹⁵ Özdin, **Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler**, s. 1.

aktarımında bulunan bağlı şirkete yapmış olduğu ödemenin değerini tam olarak karşılayacak nitelikte geri ödeme istem hakkı verilmiş olması gerekmektedir¹²¹⁶.

Türk hukukunda ise nakit havuzuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan sermayenin korunması ilkesi ve pay sahiplerinin borçlanma yasaklarına ilişkin hükümler ve dolayısıyla TTK m. 202 hükmü nakit havuzu sistemini doğrudan ilgilendiren düzenlemelerdir. TTK m. 202 hükmünün varlığı nakit havuzu sisteminin benimsenmesine engel oluşturmamaktadır. Ancak nakit havuzunda TTK m. 202 hükmüne riayet edilmesi şarttır. Nakit havuzunun olduğu topluluk şirketlerinde bağlı şirketlerin ödünç verirken kayba uğratılması ihtimali bulunmaktadır. Özellikle nakit havuzunun şirketin likidite pozisyonu üzerindeki olumsuz etkilerden dolayı bağlı şirketin ödünç vermesi kayıp olarak nitelendirilebilecektir. Bu gibi hallerde, nakit havuzunun bağlı şirketleri kayba uğratacak şekilde kullanılması TTK m. 202 hükmüne aykırılık teşkil eder. Bu nedenle nakit havuzunun uygulanması durumunda da TTK m. 202 hükmü uyarınca topluluk içinde merkez hesaptan para kullandırıldığında bağlı şirketlerin kayba uğramaması için gerekli önlemlerin alınması gerekir. Özellikle nakit havuzuna ilişkin topluluk şirketlerinde yapılan sözleşmede bağlı şirketlerin TTK m. 202 anlamında kayba uğratılmayacağını belirtmesi, bu sözleşmede nakit havuzunun yapısı, mahsup anlaşmalarının kapsamı ve mahsup uygulaması, nihayetinde tüm ödünç akışları ve teminat verilmesi gibi hususların açıkça belirtilmesi gerekir¹²¹⁷. Nakit havuzunun yapısıyla ilgili bir kaybın ortadan nasıl kaldırılacağını da gösterilmesi gerekir. Bu bağlamda bağlı şirketlerin kaybına denk değerde bir istem hakkının nakit havuzu tarafından garanti edildiği ve hangi işleme karşılık güvence altına alındığına ilişkin hususlara ilişkin bağlılık raporunda gerekli açıklama yapılmalıdır¹²¹⁸. Aksi halde hâkim ortak tarafından nakit havuzunun bağlı şirketlerin kaybına yol açacak şekilde kullanılması ve topluluk şirketinin uğradığı kaybın garanti edilmemesi halinde hâkim şirketin ve hâkim şirketin ilgili yöneticilerinin sorumluluğuna yol açacaktır¹²¹⁹. Bağlı

¹²¹⁶ Alman hukukundaki bu düzenlemeler ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Altmeyden, **GmbHG § 30**, Rn. 168-169; Özden, **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht**, s. 108 vd.;

¹²¹⁷ **MüKoAktG/Altmeyden, AktG § 311**, Rn. 275.

¹²¹⁸ **A.e.**

¹²¹⁹ Tanyeri, **a.g.e.**, s. 21-22.

şirket yönetim kurulunun da bağlı şirketin menfaatlerini koruma ve gözetme yükümlülüğü gereği nakit havuzunun uygulandığı hallerde de havuza nakit aktarımı yapılmadan önce bu aktarımın TTK m. 202 anlamında şirketin kaybına yol açıp açmadığını incelemesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle bağlı şirket YK üyelerinin nakit havuzu uygulamasında havuz hesaba aktarım yapmadan önce inceleme yükümlülüğü bulunmaktadır¹²²⁰.

Sermayenin korunması ilkesi, anonim şirketlerin alacaklılarının alacakları için sadece şirketin malvarlığına başvurabilmesi şeklinde tezahür eden sınırlı sorumluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹²²¹. Sermayenin korunması ilkesi kapsamında öncelikle sağlanması gereken, şirketin esas sözleşmede belirtilen sermayesinin fiili olarak korunmasıdır¹²²². Sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerde Alman hukukundaki gibi topluluk şirketleri yönünden bir istisna tanınmamıştır. Bu nedenle sermayenin korunmasına ilişkin TTK'daki ilgili hükümler topluluk şirketleri için de uygulama kabiliyetini koruyup korumadığı önem taşır. TTK m. 480/3 hükmünde de pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdiklerini geri alamayacakları açıkça ifade edilmiştir. Ancak TTK m. 202 hükmünün öncelikli uygulanması gereği nakit havuzunda da şirketin aynı zamanda pay sahibi olan topluluk şirketlerine sermaye olarak getirilenin geri ödenmesi teşkil edecek şekilde ödemeler yapılması, yasağı uygulama kabiliyetini haiz olamayacaktır¹²²³. Sermayenin korunması ilkesi bağlamda getirilen diğer bir düzenleme pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağıdır. Bu düzenlemenin topluluk şirketleri yönünden uygulanıp uygulanmayacağı önem taşır. TTK m. 358 hükmünde pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları sınırlandırılmıştır. Bu hüküm uyarınca, pay sahipleri ancak sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa ettiği ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğu takdirde

¹²²⁰ Özdin, **Cash Pooling Uygulamasında Bağlı Şirket YK Sorumluluğu**, s. 68.

¹²²¹ Bkz. TTK Genel Gerekçe, N. 57, 66. Malvarlığın korunması ilkesi bağlamında aynı yönde bkz. Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 467. Malvarlığının korunması ve sermayenin korunması şeklinde adlandırmaya ilişkin değerlendirmeler için bkz. (Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), **C. 1**, s. 121-130; Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 467).

¹²²² Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), **C. I**, s. 130.

¹²²³ Özdin, **Cash Pooling Uygulamasında Bağlı Şirket YK Sorumluluğu**, s. 61-62.

şirkete borçlanabilirler. TTK m. 358 hükmünün uygulanması yönünden, TTK m. 395/2 hükmündeki gibi topluluk şirketleri bakımından bir istisna öngörülmemiştir. Bu nedenle bu hükmün topluluk şirketleri yönünden de uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Hükme lafzi olarak bakıldığında herhangi bir istisna tanınmadığı için topluluk şirketlerine de bu hükmün uygulanacağı sonucuna varılması mümkündür. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere topluluk şirketleri yönünden pay sahiplerinin borçlanma yasağına ilişkin Kanun'da bir istisna açıkça öngörülme de, şirketler topluluğuna ilişkin TTK m. 202 ve diğer hükümlerin özel hüküm niteliğinde olması gereği öncelikli olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda şirketler topluluğunda TTK m. 358 hükmüne uymaksızın şirketler topluluğu bünyesindeki ortaklara borç verilebilecek ancak topluluk şirketlerinde pay sahiplerine borç verilmesi bağlı şirketin kayba uğratılmayacak şekilde gerçekleştirilebilecektir. Bu halde bağlı şirkete bir denkleştirme istem hakkı tanınmazsa işlem yine de geçersiz sayılamayacak sadece hâkim şirketin ve yöneticilerinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Nakit havuzunda da bu durum değişmeyecektir.

iii. Kaybın Ölçülebilir Olması

Kaybın denkleştirilebilmesi için ölçülebilir olması ve kaybın değerinin TL ile belirlenebilir olması gerekir¹²²⁴. Kayıp ölçülememesine rağmen zarar daha sonra belirlenebilirse, hâkim şirket ve zarara yol açan YK üyeleri zararı tazmin etmekle yükümlü olur¹²²⁵. Ayrıca kaybın rakamsal olarak ölçülemediği hallerde, hâkim, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya uygun düşen başka diğer çözüm yollarına da karar verebilir¹²²⁶. Öğretide sayısallaştırılamayan kaybın varlığı halinde, denkleştirme süresi beklenmeksizin TTK m. 202 hükmündeki

¹²²⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92. Bağlı şirketin uğradığı kaybın rakamsal olarak ölçülemediği olması kaybın varlığını ortadan kaldırmaz ancak bu tür ölçülemeyen kayıplar denkleştirilemeyeceği için hâkim şirketin hâkimiyetini kullanması baştan hukuka aykırı olur (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 43; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 84).

¹²²⁵ Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 43; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 84.

¹²²⁶ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 231-232.

bu koruyucu mekanizmaların uygulanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹²²⁷.

Denkleştirilmesi gereken işlemin bağlı şirket yönünden oluşturacağı kaybın ölçülebilmesi için bağımsız üçüncü bir taraf yönünden karşılaştırılması yapılmalıdır. Bu açıdan bağlı şirkette gerçekleştirilen işlemin bağımsız üçüncü tarafla yapılabilecek işleme göre orantısız olup olmadığına göre kayıp belirlenmelidir¹²²⁸. Alman hukukunda hukuki işlemlerde dezavantajın tespiti için vergi hukukunda örtülü kazanç dağıtımına ilişkin geliştirilen kurallardan yararlanabileceği ancak bu ilkelerin farklı amacının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²²⁹. Türk hukukunda da KVK m. 13/3 hükmünde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında emsallere uygunluk ilkesi yöntemleri düzenlenmektedir¹²³⁰. Türk hukukunda da vergi hukukunda temellendirilen emsallere uygunluk ilkesi ve yöntemlerinin, TTK m. 202 hükmü uyarınca kaybın belirlenmesinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²³¹. Öğretide kaybın hesaplanmasının işletme ekonomisinde kabul görmüş kurallara göre yapılacağı da ifade edilmektedir¹²³².

Hâkimiyet, bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar ya da önlemler alınmasına ya da gelişmesini sağlayacak önlemlerin alınmasından kaçınmaya yöneltmek şeklinde de kullanılabilir. Bu gibi maddi fiil veya önlemlerin varlığı halinde de bağlı şirketin uğradığı kaybın belirlenmesi gerekir. Burada karşılaştırılabilir bağımsız bir şirketin YK üyelerinin bu önlemleri uygulayıp uygulanmayacağına göre kayıp belirlenir¹²³³. Burada belirleyici ölçü,

¹²²⁷ Göktürk, **a.g.e.**, s. 154.

¹²²⁸ Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 54.

¹²²⁹ MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 85; Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 54.

¹²³⁰ Bu hükümde, emsallere uygunluk ilkesinin “*ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını*” ifade ettiği belirtilmiş ve emsal araştırmasında uygulanabilecek yöntemler sıralanmıştır.

¹²³¹ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 253-254; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 298. Aksi yönde görüş için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92. Yazar, örtülü kazanç dağıtımı gibi vergi hukuku müesseselerinden zorunluluk, gerçek ve ikna edici bir bağ gerekli kılmadıkça yararlanılmaması gerektiğini ifade etmektedir.

¹²³² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92.

¹²³³ Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 57.

şirketin menfaatlerinin dürüstlük kurallarına göre gözeten tedbirli yöneticinin özenidir¹²³⁴.

(2) Hâkim Şirketin Yönelmesi

Denkleştirme yükümlülüğünün doğması için kayba yol açan işlem veya önlemin hâkim şirketin yönlendirmesi ile gerçekleştirilmiş olması gerekir¹²³⁵. Kayıp hâkim şirketin hâkimiyetini kullanması diğer bir ifadeyle bağlı şirketi yönlendirmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkar; bu itibarla hâkim şirketin yönelmesi ile bağlı şirketin kaybı arasında illiyet bağının varlığı gereklidir¹²³⁶.

Yönelmenin geniş olarak değerlendirilmesi gerekir¹²³⁷. Yönelmenin varlığı için hâkim şirketin bir hukuki işlemin yapılması veya önlemin alınması veya alınmasından kaçınılmasına ilişkin talebinin olması gerekir. Hâkim şirketin bir talebi nasıl ifade ettiği önem taşımaz, hâkim şirket resmi talimat, tavsiye ve öneri şeklinde bulunabileceği gibi başka şekillerde de bağlı şirkete talimatını ifade etmesi yeterli sayılır¹²³⁸. Sadece bağlı şirket yönünden bakıldığında, belirli bir işlemin yapılması veya önlemin alınması ya da alınmasından kaçınılması şeklinde anlaşılabilecek hâkim şirketin herhangi bir davranışı gerekli ve yeterli kabul edilir¹²³⁹.

¹²³⁴ Maddi olay ve önlemlerde kaybın ölçülebilmesi daha zordur. Zira kayba yol açan önlemler, bir yatırım kararının yanı sıra örneğin gelecekteki araştırma ve ürün alanının belirlenmesi, belirli bir pazarda faaliyete başlama kararının yanı sıra satış organizasyonunun yeniden yapılandırılması gibi kararları içerir. Bu tür önlemler genellikle şirkete daha geniş bir takdir yetkisi verir, bu hallerde ise kaybı belirleyebilmek zordur. Bu bakımdan önceden yapılan bir değerlendirme önlemin şirkete eş değer fırsat sunmuyor sadece risk almasına yol açıyorsa, burada takdir yetkisinin şirketin kaybına yol açacağı kabul edilebilir. Tersî anlamından da bağlı şirketi riske sokan bir önlem şirkete yüklenilen riskle eş değerde bir fırsat sağlıyorsa kayıp olarak nitelendirilmeyebileceğini çıkarmak mümkündür (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 57; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 87; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 255-256).

¹²³⁵ Denkleştirme yükümlülüğünün sınırını, hâkim şirketin yönlendirmesiyle yapılan belirli hukuki işlemlerden ve önlemlerden kaynaklanan kayıp oluşturur (Bkz. MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 76).

¹²³⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-92; MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 82. TTK m. 202’de hâkim şirketin bağlı şirketi kaybına yol açacak işlemler yapmaya, kararlar almaya veya kayba uğramasına engel olacak önlemler almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği düzenlenmiştir. Hükümde geçen “yönelme” ibaresi bilinçli olarak kullanılmıştır. Madde gerekçesinde hâkim şirketin bu işlem ve önlemlerin gerçekleştirilmesi için bağlı şirket yönetim kurulunun karar almasını sağlayacak oy gücü gibi çeşitli baskı uygulamalarına girişebileceği, hükümde kullanılan “yönelme” ifadesinin hâkim şirketin başvurabileceği tüm pratikleri kapsamı için kullanıldığı ifade edilmiştir (Bkz. TTK m. 202 gerekçesi).

¹²³⁷ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 76.

¹²³⁸ **A.e.**

¹²³⁹ Habersack (Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 24; MüKoAktG/Altmeppen, **AktG §**

Yöneltmenin hâkim şirketin YK üyelerinden veya yöneticileri tarafından yapılması zorunlu değildir; bağlı şirket yönünden ele alındığında yönlendirmenin hâkim şirkete atfedilebiliyor olması şartıyla hâkim şirket çalışanları veya üçüncü kişilerin de yapması mümkündür¹²⁴⁰. Hâkim şirketin YK üyeleri veya yöneticileri aynı zamanda bağlı şirketin de yöneticisi olması halinde, bağlı şirketin gerçekleştirdiği hâkim şirkete kazanç sağlayan kendisinin kaybına yol açan işlem ve önlemlerin karine olarak hâkim şirketin yönlendirdiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴¹. Yönlendirmenin muhatabı ise bağlı şirkettir. Bağlı şirkete yönlendirmenin muhatabının YK olduğunda bir tereddüt yoktur¹²⁴². Müdahalenin sadece bağlı şirketin YK üyeleri ile sınırlı olmadığı, YK tarafından yetkilendirilmiş kişilere de yönlendirmede bulunabileceği kabul edilmektedir¹²⁴³.

(3) Denkleştirme

i. Genel Olarak

Hâkim şirketin hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanması yasaktır. Ancak Kanun'da hâkim şirketin bağlı şirketin kaybını denkleştirmesi şartıyla hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanmasına olanak tanınmıştır. Bunun için bağlı şirketin kaybının o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybının ne zaman ve nasıl denkleştirileceği belirtilerek bağlı şirkete en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bir talep hakkı tanınmış olması gerekmektedir. Böylelikle bağlı şirketin uğrayabileceği muhtemel kaybı güvence altına alınarak hâkim şirketin

311, Rn. 76.

¹²⁴⁰ Hans-Friedrich Müller, **beck-online.GROSSKOMMENTAR Aktienrecht**, Eds: **Gerald Spindler, Eberhard Stolz**, 4. Auflage, München, Verlag C.H.BECK, 2019, AktG § 311, Rn. 76.

¹²⁴¹ MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 78.

¹²⁴² Alman hukukunda sözleşmesel konzernde (AktG § 308 Abs. 1) müdahalenin bağlı şirket yönetim kuruluna yapılacağına açıkça ifade edildiği, fiili konzernde (AktG § 311) ise müdahalenin muhatabının kim olduğunun ise açıkça ifade edilmediği görülmektedir. Ancak Alman öğretisinde hâkim şirketin, bağlı şirketin gözetim kurulu, YK veya hâkim şirketin bağlı şirketin çalışanları üzerinde etkisi olması durumunda onlar üzerinden de yönlendirmede bulunabileceği kabul edilmektedir (Bkz. MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 83; Müller(Spindler/Stolz), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 79; Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 9; Habersack (Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 27).

¹²⁴³ Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 191; Göktürk, **a.g.e.**, s. 81-84.

yönlendirmesiyle gerçekleştirilen bağlı şirketin kaybına yol açabilecek işlem ve önlemler hukuka uygun hale getirilmiş olmaktadır¹²⁴⁴.

Denkleştirmenin amacını hâkim şirketin yönlendirmesi sonucu bağlı şirketin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmekten kaçındığı işlem ve önlemler nedeniyle uğrayacağı kaybın tamamen giderilmesi, gerçekleştirilen müdahale nedeniyle herhangi bir kaybın kalmaması oluşturur¹²⁴⁵. Bu hükümle hesap sonu itibariyle bağlı şirketin kaybı giderilerek bağlı şirketin iktisadi açıdan hangi durumda olması gerekiyorsa, o durumun sağlanması hedeflenmektedir¹²⁴⁶. Denkleştirme ile esasen hâkim şirkete hâkimiyetini bağlı şirketin kaybına yol açacak şekilde kullanmasına geçici olarak izin verilmektedir. Bu izin, kaybın denkleştirilmesi veya bağlı şirkete en geç o faaliyet yılı sonuna kadar denk değerde istem hakkı tanınması koşuluyla diğer bir ifadeyle belirtilen zaman sonunda bağlı şirketin artık finansal bir kaybının olmayacağını sağlanması koşuluyla geçici olarak tanınmaktadır¹²⁴⁷. Denkleştirmenin sağlanmaması nedeniyle kayıp kalıcı hale gelirse, hâkim şirket bağlı şirketin uğradığı zararlardan dolayı sorumlu olur¹²⁴⁸.

Hâkim şirkete denkleştirme için faaliyet yılı sonuna kadar süre tanınmış olduğu için bu süreden önce kural olarak hâkim şirketin denkleştirmeyi yerine getirme yükümlülüğü yoktur¹²⁴⁹. Ancak bu süre içinde denkleştirme yerine getirilmemiş veya tanınmamışsa, hâkim şirketin sorumluluğu gündeme gelir¹²⁵⁰. Kayıp ile zarar kavramı farklı olduğu gibi denkleştirilecek olan kayıp ile tazmini gereken zarar da farklıdır¹²⁵¹..

¹²⁴⁴ Müller(Spindler/Stilz), **a.g.e.**, AktG § 311 Rn. 48; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 283; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 281.

¹²⁴⁵ MüKoAktG/Altmeyden, **AktG § 311**, 304.

¹²⁴⁶ Denkleştirmenin hukuki amacı kaybın giderilmesidir; ancak kaybın derhal giderilmesi öngörülmeyle hesap dönemi sonuna kadar kaybın giderilmesi olanağı tanınmıştır. Bunun nedeni, hâkim konumunda olan şirketin ya da teşebbüsün elde ettiği kaynakları şirketler topluluğunun menfaatlerini gözeterek verimli kullanabilmesi imkânını elinden alınmamasıdır. Nitekim bağlı şirket yönünden kayıp olarak nitelendirilen kaynak aktarımlarının derhal bağlı şirkete ödenmesinin öngörülmesi, topluluğun bütünü ekonomik menfaatlerini de tehlikeye atabilecektir. Bu itibarla kanun koyucu derhal denkleştirme yerine faaliyet yılının sonuna kadar bağlı şirketin kaybının telafi edilmesi imkânını tanıyarak topluluk düzeninin menfaatlerini de korumuş olmaktadır (Bkz. Göktürk, **a.g.e.**, s. 159-160).

¹²⁴⁷ MüKoAktG/Altmeyden, **AktG § 311**, 305.

¹²⁴⁸ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 282; Müller(Spindler/Stilz), **AktG § 311**, Rn. 48.

¹²⁴⁹ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 282-283.

¹²⁵⁰ TTK m. 202/1.b.

¹²⁵¹ Denkleştirme ile tazmin edilecek zararın farklı olmasından hareketle öğretide hâkim görüş

İlişkili taraf işlemlerinde ise *ex ante* denetim yapılması sebebiyle bağımsız yöneticiler tarafından işlemler henüz yapılmadan denetlenmektedir. Bu kapsamda halka açık bağlı şirketlerin ilişkili taraflarla yapacağı işlemler de işlem yapılmadan önce denetime tabi tutulacaktır. Bu denetime rağmen daha sonra yeniden TTK m. 202'deki denkleştirmenin uygulanma imkânı olup olmayacağı ise aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

ii. Denkleştirme Yöntemi

Bağlı şirketin uğradığı kaybın fiilen veya bağlı şirkete en geç faaliyet yılı sonuna kadar tanınacak istem tanınması ile denkleştirilebileceği düzenlenerek denkleştirme için iki yöntem belirlenmiştir.

Fiilen denkleştirme, kaybın o faaliyet yılı içinde denk bir karşılıkla giderilmesini ifade eder¹²⁵². Denkleştirme bağlı şirkete bir yarar veya avantaj sağlanması şeklinde olabileceği gibi kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılık da olabilir¹²⁵³. Denkleştirmenin kayba denk olması, kaybın giderilmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Denkleştirmenin kaybın giderilmesini sağlamaya uygun olup olmadığının belirlenebilmesi için ise hem kaybın hem de sağlanacak faydanın ölçülebilir olması gerekir¹²⁵⁴. Kanun'da ifade edilen diğer bir denkleştirme yöntemi ise bağlı şirkete kayba denk değerde bir istem hakkı tanınmasıdır. Bağlı şirketin kaybı bağlı şirkete bir taahhütte bulunarak kaybın ne zaman ve nasıl denkleştirileceği belirlenerek hâkim şirkete ya da üçüncü kişilere yöneltilebileceği bir kazanım sağlanır¹²⁵⁵.

denkleştirmenin hukuki niteliğinin kaybın karşılığı olan kendine özgü bir edim niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (Bkz. Göktürk, **a.g.e.**, s. 171; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 288). Öğretide Okutan Nilsson ise denkleştirmenin hâkim şirketin sorumluluğunun doğmamasını sağlayan seçimlik bir yetki olduğunu ifade etmektedir. (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 283). Denkleştirmenin hukuki niteliği Alman öğretisinde tartışmalıdır. Denkleştirmenin yararın mahsubu olduğu, zararın tazmini niteliğinde seçimlik yetki tazmin yükümünü sona erdiren bir seçimlik bir edim yetkisi niteliğinde olduğu, denkleştirmenin kendi özgü bir ifa niteliğinde olduğu, denkleştirmenin hâkim şirketin bağlı şirketin usulüne uygun yönetimini sağlama işlevi olarak nitelendirilmiştir. Alman öğretisinde anılan görüşlerle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 311**, Rn. 311,312-315,319-321; Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 61; Göktürk, **a.g.e.**, s. 162-169.

¹²⁵² Tekinalp, **Sermaye Şirketlerinin Yeni Hukuku**, N. 23-95.

¹²⁵³ TTK m. 202 gerekçesi. Ayrıca gerekçede denkleştirmeye garantinin ya da kefaletin karşı kefalet, aval veya garanti ile güvence altına alınması, bir lisans veya marka kullanma hakkı tanınması, know-how verilmesi, denk değerde taşınmazın devri yapılması gibi çeşitli somut örnekler sayılmıştır.

¹²⁵⁴ Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 64; Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 28; Tekinalp, **Sermaye Şirketlerinin Yeni Hukuku**, N. 23-95.

¹²⁵⁵ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-98. İstem hakkı tanınması, hâkim şirkete

Denkleştirmeye kimin karar vereceği ve kimin belirleyeceği de önem taşır. Denkleştirmeyi hâkim şirketin tek başına belirleyip belirlemeyeceği hususu tartışmalıdır¹²⁵⁶. Öğretide bir görüş denkleştirmenin türünü ve miktarını hâkim şirketin tek taraflı olarak belirleyebileceğini, bağlı şirketin denkleştirmenin yapılmasına ilişkin onayının aranmayacağını kabul etmektedir¹²⁵⁷. Diğer görüş ise bağlı şirketin de denkleştirme ile ilgili görüşünün alınması gerektiğini ve bağlı şirketin de bu konuda talep hakkının olduğunu ileri sürmektedir¹²⁵⁸.

c. Tam Hâkimiyette Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması

Tam hâkimiyet, bir şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak diğer şirketin paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmasıdır. Şirketin hâkimiyeti tamamen başka şirkette olduğu için bu halde, bağlı şirketin YK da “*tam bağlı YK*” olarak ifade edilir. Tam bağlı YK, hâkim şirketin politikalarına ve talimatlarını yerine getirmek zorunda olan aksi halde işini kaybedecek üyelerden oluşur¹²⁵⁹. Kanun koyucu da bu hususu gözeterek TTK m. 203 hükmü ile tam bağlı YK üyelerinin hâkim şirketin talimatlarına uymak zorunda olduğunu hüküm altına almıştır. Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının veya oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olursa, hâkim şirketin YK bağlı şirketin kaybına yol açabilecek nitelikte olsa bile

denkleştirmeyi o hesap yılından daha ileri bir tarihte gerçekleştirebilme hakkı bahsetmektedir. Ancak istem hakkının o hesap yılı içinde tanınmış olması şarttır. Bu yöntemin fiili denkleştirmeden farkını da denkleştirmenin o hesap yılı içinde yapılmasının zorunlu olmaması oluşturur. Hükümde denkleştirmenin ne zaman ve nasıl yapılacağını belirlenmesi gerektiğinden bahsedilmekle birlikte ne zamana kadar yapılması gerektiğine ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Ancak istem hakkının kullanılmasının, öngörülen faydayı gerçekleştirilmemesine yol açacak şekilde uzun bir süreye yayılmaması gerekir. İstem hakkı tanınırken denkleştirmenin ne zaman yapılacağını da belirtilmesi gerekir. İfa zamanının kesin bir tarih olarak tayin edilmesinin zorunlu olmadığı, ifa zamanının taahhüdün niteliğinden çıkarılabilmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 73).

¹²⁵⁶ Bu konu Alman hukukunda da tartışmalıdır. Alman öğretisindeki hâkim görüşe göre, hâkim şirket denkleştirmenin türünü ve miktarını tek taraflı olarak belirleyebilir. Bu görüşe göre, hâkim şirkete bağlı şirketi kayba uğrayacak işlemlere ve önlemlere yönlendirme yetkisi tanındığına göre, bu kaybı nasıl denkleştireceğini de hâkim şirket belirlemelidir (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 71; Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 29. Ancak burada belirleyici faktör, objektif olarak bakıldığında hâkim şirket tarafından sağlanan avantajın, maruz kalınan kaybı telafi etmeye uygun olup olmadığıdır (Bkz. Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 71). Aksi yöndeki görüşe göre ise denkleştirmenin türü ve miktarının bağlı şirket ile hâkim şirket arasında kararlaştırılması gerekir (Bkz. Altmeppen, **Cash Pooling**, s. 401-402).

¹²⁵⁷ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 289-290; Göktürk, **a.g.e.**, s. 176.

¹²⁵⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-98; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 304.

¹²⁵⁹ TTK m. 202 gerekçesi.

bağlı şirkete talimat verebilir ve bağlı şirketin organları da bu talimata uymak zorundadır. Ancak hükmün uygulanabilmesi için talimatın “*toplulukça belirlenmiş ve somut politikalarının gereği*” olması gerekmektedir¹²⁶⁰. Bu açıdan günlük ihtiyaçlara göre verilecek talimatlar, bu madde kapsamı dışında kalır¹²⁶¹.

Bağlı şirketin YK üyelerinin, yöneticilerinin ve sorumlu tutulabilecek diğer kişilerin, hâkim şirketin talimatlarına uymaları nedeniyle sorumluluğuna gidilemez. Bu sorumsuzluk, TTK m. 203 ve 204 hükmüne uygun talimatlar için öngörülmüştür. Hâkim şirketin talimatları yönünden diğer bir istisna TTK m. 204’te düzenlenmiş ve talimata uyma zorunluluğunun ve uyulmuş ise YK üyelerinin sorumlu tutulmaması yönünden istisna getirilmiştir¹²⁶².

Tam hâkimiyette de denkleştirme öngörülmüştür. Hâkim şirketin TTK m. 203 kapsamında vermiş olduğu talimatlar nedeniyle bağlı şirketin kaybına neden olmuşsa, o hesap yılı içinde denkleştirilme yapması veya zaman ve şekli belirlenerek eş değer bir istem hakkı tanınması gerekmektedir. Denkleştirme tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılara, hâkim şirket ve onun YK üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Görüldüğü gibi tam hâkimiyet ile kısmi hâkimiyette benzer şekilde denkleştirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak tam hâkimiyette farklı olarak denkleştirme yükümlülüğü, kanunda öngörülen talimat serbestisi içinde kalan talimatlar nedeniyle ortaya çıkan kayıplar açısından getirilmiştir. Talimat serbestisini aşan talimatlarda, denkleştirme söz konusu olmayacak, alacaklılara karşı hâkim şirket doğrudan sorumlu olacaktır¹²⁶³.

d. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasına İlişkin

Hükümlerin SerPK Hükümleri Yönünden Değerlendirilmesi

(1) Genel Olarak

TMS 24.9 uyarınca aynı grubun üyesi olan şirketler birbiri ile ilişkili taraf sayılır. Her bir hâkim şirket ve bağlı şirket birbiri ile ilişkilidir. Bu açıdan şirketler topluluğu

¹²⁶⁰ Bu sınırla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 423-426.

¹²⁶¹ TTK m. 202 gerekçesi.

¹²⁶² TTK m. 204 hükmüne aykırı talimatlara uymaları halinde bağlı şirket YK üyeleri, TTK m. 205 hükmüne dayanamazlar (Bkz. TTK m. 202 gerekçesi).

¹²⁶³ Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 428.

bünyesinde yer alan şirketlerin birbiri ile gerçekleştirdikleri işlemler TMS 24 uyarınca ilişkili taraf işlemini oluşturur. Bu açıdan TMS/TFRS uygulamakla yükümlü olan grup şirketleri, TMS 24 uyarınca açıklama yapmakla da yükümlü olurlar. Bu şirketler, payları borsada işlem gören anonim şirket olması durumunda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü de uygulamakla yükümlü olur. SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 uyarınca belirli eşiği aşan ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için değerlendirme raporu alınması, YK kararın alınması ve bu kararın uygulanabilmesi için bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun bu işlemi onaylaması ve onların onaylamaması halinde ise işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir. Şirketler topluluğunda ise hâkim şirketin veya teşebbüsün bağlı şirketin kaybına yol açacak işlemler veya önlemlerde bulunmaya yönlendirmesi özel olarak düzenlenmiş, kaybın giderilmesi koşuluna bağlı olarak yönlendirmelere cevaz verilmiştir. Hâkim şirketin hâkimiyetini kullanması sınırlı olarak ifade edilmemiş, hâkimiyetin kullanılabileceği her türlü işlem ve önlem bu kapsama alınmıştır. Dolayısıyla bu yönlendirme ile bağlı şirketin yapacağı işlem hâkim şirket veya şirketler topluluğu bünyesindeki diğer ara ana şirket ve bağlı şirketlerle işlem yapılmasına yönelik olabileceği gibi hâkim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla işlem yapılmasına da yönelik olabilir. Bu şekilde hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin gerçekleştirdiği grup içindeki şirketlerle veya ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler aynı zamanda TMS 24 uyarınca ilişkili taraf işlemi sayılır. TTK m. 202’de belirtilen hâkim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleştirilen önlemler ise bir işlem teşkil etmediği için TMS 24 kapsamında ilişkili taraf işlemi sayılmaz ve bu nedenle SerPK m. 17 hükmünün uygulama kapsamına da girmez.

Bağlı şirketin aynı zamanda payları borsada işlem gören şirket olması durumunda, hâkim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleştirilen bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler, SerPK m. 17/3 gereği ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedüre tabi olur. Bu halde hâkim şirketin yönlendirmesi ile yapılan bu işlem bağlı şirketi kayba uğratacak nitelikte ise TTK m. 202 ile SerPK m. 17 hükümleri kesişecek, iki hükmün aynı anda uygulama alanı bulup bulamayacağı gündeme gelecektir.

Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17 ile TTK m. 202 hükmünün kesiştiği hallerde hangi maddenin uygulanması gerektiği ya da bunların bir arada uygulanıp uygulanamayacakları konusunda kanun koyucu sessiz kalmıştır. Alman hukukunda ise TTK m. 202 hükmünün mehazı olan AktG § 311 hükmüne, 1 Ocak 2020'de İkinci Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin uygulanmasının bir parçası olarak üçüncü fıkra eklenmiş ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen AktG § 111a-111c hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle Alman hukukunda, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerin, fiili konzerne ilişkin mevcut koruyucu mekanizmaların yerini almayacağı, iki hükmün birlikte uygulanabileceği kabul edilmiştir¹²⁶⁴. Türk hukukunda ise bu konuda bir düzenleme olmadığı için konu belirsizliğini korumaktadır. Öğretide SerPK m. 17/3 hükmü karşısında şirketler topluluğuna öncelik verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁶⁵. Bu görüş, TTK hükümleri ile topluluk politikası gereği hâkim şirketin hâkimiyetini kullanması meşru görülürken ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler ile hâkim şirketin karar mekanizmasında yer almasının önlendiğini belirtmektedir. Bu durumda azlığın şirketin yönetim eğilimini belirleyeceğini, kanunla düzenlenen hükmün yönetmeliğin standarda yaptığı atıf nedeniyle yürürlükten kaldırılmasının normlar hiyerarşisine uygun olmadığını, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmaması için SerPK m. 27/3 hükmündeki gibi açık bir hükmün varlığına ihtiyaç olduğunu belirtmektedir. Buna göre, SerPK m. 17/3 düzenlemesine öncelik verilmesi halinde, halka açık anonim şirketlere topluluğun müdahalesi engellenmiş; TTK m. 202 hükmünde pay sahipleri ve alacaklılar için öngörülen koruyucu hükümlerden yararlanması olanaklarından mahrum bırakılmış olacaktır. Bu nedenle SerPK m. 17 hükmü yerine şirketler topluluğu hükümlerine öncelik verilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır¹²⁶⁶.

¹²⁶⁴ Bödeker (Henssler/Strohn), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 36a.

¹²⁶⁵ Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 36.

¹²⁶⁶ **A.e.**, s. 30-38.

(2) Görüşümüz

i. Kısmi Hâkimiyet Halinde

Kanunların zaman bakımından uygulanması yönünden sonraki kanunun öncelikle uygulanması gerekir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 tarihinde, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ise 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu açıdan Sermaye Piyasası Kanunu sonraki kanun niteliğindedir. Bu itibarla zaman bakımından Sermaye Piyasası Kanunu'nun öncelikle uygulama alanı bulacağından söz edilebilir.

Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu arasında özel kanun genel kanun ayrımı da yapılması mümkündür. SerPK m. 2/2 hükmü uyarınca SerPK'da hüküm bulunan hallerde halka açık şirketlere öncelikle bu hükümlerin uygulanması, hüküm olmayan hallerde ise genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu hüküm özel kanun-genel kanun ayrımını ifade eden bir düzenlemedir ve bu Kanun'da yer alan hususlarda bu kanun hükümlerinin öncelikli uygulanacağı kuralını getirmektedir. Bu açıdan SerPK m. 17/3 hükmünün topluluk şirketlerine uygulanmayacağına ilişkin açık bir hüküm olmadığı için payları borsada işlem gören şirketlere ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada asıl tereddüt oluşturan konu, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Kanun her ne kadar öncelikli uygulanacağı kuralı getirmiş olsa da SerPK m. 27/3 hükmünde olduğu gibi çeşitli maddelerinde de Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanmayacak hükümlerini ayrıca belirtmeyi tercih etmiştir. Uygulanmayacak hükümler arasında ise şirketler topluluğuna ilişkin hükümler belirtilmemiştir. Bu açıdan SerPK'da ayrıca istisna tutulmadığı için bu hükme dayanılarak şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı sonucuna ulaşmak mümkün görünmemektedir¹²⁶⁷. Diğer taraftan SerPK'daki bu hükme paralel olarak özel –genel kanun ayrımına ilişkin TTK m. 330 hükmünde de bir düzenlemeye yer verilmiş ve özel kanunlara tabi anonim şirketlere o hükümler dışında anonim şirketin genel hükümlerinin uygulanacağı kuralı düzenlenmiştir. Ancak genel

¹²⁶⁷ Benzer yönde bkz. Göktürk, **a.g.e.**, s. 353.

hükümlerden kasıt, anonim şirketlere ilişkin TTK'da yer alan genel hükümlerdir, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler ise ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerde bulunmaktadır. Bu itibarla TTK'da genel hükümlerde yer alan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler ile SerPK hükümleri arasında özel-genel kanun ilişkisi bulunmamaktadır¹²⁶⁸. Bu açıdan SerPK'nın özel kanun niteliğinde olduğundan bahisle şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin halka açık şirketlere uygulanmayacağı şeklinde doğrudan bir kanaate varılması da mümkün değildir. Dolayısıyla özel kanun genel kanun ilişkisi kapsamında sorunun çözülmesi olanaklı değildir.

Kanaatimizce şirketler topluluğu düzenlemelerini dışlayan bir hüküm olmadığı ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümle TTK m. 202 ile çelişmediği için payları borsada işlem gören şirketlerin varlığı halinde TTK m. 202 hükmünün de uygulanabileceği kabul edilmelidir.

SerPK m. 17/3'te düzenlenen ilişkili taraf işlemleri ile şirketler topluluğunu düzenleyen TTK hükümlerinin amaç bakımından farklılığına öncelikle işaret etmemiz gerekir. Şöyle ki, ilişkili taraf işlemleri ile amaçlanan, bu tür işlemlerin şeffaf bir hale getirilmesi ile denetiminin sağlanmasıdır. Buna karşılık şirketler topluluğu hükümleri ile getirilen düzenlemelerin amacı, hâkimiyetin kullanılarak şirketlerin zarara uğratılmasının engellenmesidir. Bu noktada şirketler topluluğunda ilişkili taraf işlemleri, SerPK m. 17/3'te olduğu gibi baştan (*ex ante*) bir denetime tabi tutulmamaktadır. Şirketler topluluğunda bağlı şirketi zarara uğratacak işlemler için ya sonradan denkleştirme yahut tazminat talepleri öngörülmektedir. Buna karşın SerPK m. 17/3'te ise ilişkili taraf işlemi, işlem yapılmadan önce denetlenmektedir.

İki hükmün içeriğine bakıldığında iki hükümde birbiri ile çelişen düzenlemeler de bulunmamaktadır. Şirketler topluluğunda, SerPK m. 17/3 hükmündeki gibi hakimiyet kullanılarak yapılacak işlemlere yönelik bir prosedür getirilmemektedir. Bu hüküm, şirketin kayba uğrayacağı işlemleri kapsamakta ve bunlara ancak kaybın denkleştirilmesi halinde izin vermektedir¹²⁶⁹. SerPK m. 17/3 hükmü ise ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmesi için bir prosedür getirmektedir. Bu hükümde öngörülen

¹²⁶⁸ Aynı yönde bkz. Göktürk, **a.g.e.**, s. 349; Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 31.

¹²⁶⁹ Bu açıdan şirketler topluluğuna ilişkin bu hükümler esas itibarıyla SerPK m. 21'de öngörülen örtülü kazanç aktarımı ile çakışmaktadır. Buna ilişkin değerlendirmeleriz aşağıda ele alınmıştır.

prosedür ise belirli eşiği aşan ilişkili taraf işlemleri yönünden değerlendirme raporu alınmasını, YK kararın alınmasını ve bu kararın uygulanabilmesi için bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun bu işlemi onaylamasını ve onlar onaylamazsa işlemin ancak genel kurulda onaylanmasını gerektirmektedir. Bu safhalar arasında denkleştirme öngörülmesi gibi bir koşul bulunmamaktadır. TTK m. 202 hükmünde işleme yönelik prosedür değil, şirketin kayba uğramasına engel olmak için telafi getirilmesi öngörülmektedir. SerPK’da şirketin kayba uğratılması için denkleştirme yükümlülüğü öngörülmediği için hâlihazırda SerPK’da düzenlenmeyen bir konu TTK m. 202 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu açıdan SerPK m. 17/3 ile TTK m. 202 içerik yönünden çakışmamaktadır. Bu itibarla Alman hukukundaki gibi SerPK m. 17/3 ile şirketler topluluğunda hâkimiyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerin bir arada uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Ne var ki bu halde KYT m. 9 uyarınca alınması zorunlu olan değerlendirme raporu ile işlemin şirket yönünden etkilerini objektif olarak değerlendirileceği için işlemin şirketin kaybına yol açacağının tespiti halinde bağımsız YK üyelerinin bu işlemi onaylamaması muhtemeldir. TTK m. 202/1 kapsamında denkleştirmeyi belirleme yetkisi hâkim şirkete tanınmış, o faaliyet yılının sonuna kadar denkleştirmeyi belirleme yükümlülüğü öngörülmüştür. SerPK m. 17/3 hükmünde ise karar yetkisi tamamen bağlı şirkete bırakılmıştır. Bu nedenle kanaatimizce bağlı şirketin yönlendirilerek ilişkili taraflarıyla işlem yaptırılmak istendiğinde denkleştirme de önceden belirtilmeli, değerlendirme raporunda denkleştirme de ele alınarak işlemin bağlı şirket yönünden etkilerinin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu halde ilişkili taraf işleminin hem SerPK m. 17/3 hem de TTK m. 202/1 hükmü uygulama alanına girdiğinde, TTK m. 202/1’de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün nasıl gerçekleştirileceğinin faaliyet yılı sonuna kadar beklenmeksizin hâkim şirket tarafından belirlenmesi gerekebilecektir. Aksi halde değerlendirme raporu işlemin şirkete etkilerini doğru olarak gösterememiş olacağı için YK üyelerinin ve genel kurula

gıtmesi halinde pay sahiplerinin doğru karar vermelerine engel olabilecek ve de üyelerin ve pay sahiplerin bu işlemi onaylamamalarına yol açabilecektir¹²⁷⁰.

Şirketler topluluğuna SerPK m. 17/3 hükmünün uygulanması yönünden tereddüt oluşturabilecek diğer husus bağlı şirket üzerinde hâkimiyet kuran hâkim şirketin, bağlı şirketin yönetim kurulunda yer alabilmesi veya oy haklarına sahip olması ihtimalinde ilişkili taraf işleminin onay safhalarının nasıl yerine getirilebileceğidir. Bu hallerde ilişkili taraflar YK üyesi veya pay sahibi olabileceği için YK veya genel kurulda bunlar oy kullanamayacağı için nisapların nasıl sağlanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. SerPK m. 17/3 hükmünde alınacak YK kararında bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylaması aranmaktadır. Bu YK kararı alınırken ilgili işlemle ilişkili tarafların oy kullanması yasaktır. Alınacak YK kararında hâkim şirket varsa veya onun tarafından atanan bir üye varsa onların oy kullanması mümkün olmayacaktır. Ancak payları borsada işlem gören şirketlerde KYİ 4.3 sayılı ilke uyarınca YK üye sayısı beş üyeden az olamayacağı gibi bağımsız üye sayısı da üye sayısının üçte birinden az olamayacaktır. Bu nedenle çoğu halde toplantı yeter sayısının sağlanması durumunda YK kararının bağımsız üyelerle de alınabilmesi olanaklı görünmektedir. Bağımsız YK üyelerinin seçilme kriterleri nazara alındığında şirketin bağımsız YK üyelerinin ilişkili taraflar arasından seçilme olanağı yoktur. Bu açıdan bağımsız YK üyelerinin hâkim şirket veya bağlı şirketin ilişkili tarafları olamayacaktır. Bu açıdan şirketler topluluğunda da yapılacak işlemin yönetim kurulunda ilişkili taraflardan ari olarak nisabın sağlanması mümkündür. Ancak elbette bu üyelerin işlemin tarafı olduğu veya sonradan gelişen olaylar sebebiyle ilişkili taraf sayıldığı hallerde bu durum geçerli değildir. Bağımsız YK üyeleri tarafından işlem onaylanmadığı takdirde işlemin genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. Genel kurul onayı için toplantı nisabı aranmamış, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğuyla karar alınabileceği belirtilmiştir. Bu genel kurul toplantısına da yine

¹²⁷⁰ Bunları örneklemek gerekirse; SerPK m. 17/3'te yukarıda açıkladığımız usulün uygulanmasına rağmen bağlı şirketin zarara uğraması halinde, halen TTK m. 202 uygulanabilecektir. Bir diğer ihtimal de hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğü açıklanmış ve buna göre bağlı şirket de işleme SerPK m. 17/3 uyarınca onay vermiş olabilir. Ancak hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde yine TTK m. 202 hükmü uygulanabilmelidir.

ilişkili taraflar katılamaz. İşlemle ilişkili olan kişilerin katılmaması öngörüldüğü için bu genel kurula hâkim şirket ve işlem başka bir ilişkili tarafla gerçekleştiriliyorsa o şirketin veya kişilerin katılmaması gerekir. Genel kurul karar nisabında o genel kurulda oy kullanabilecek payların çoğunluğuyla karar alınabileceği öngörüldüğü için azınlıkla dahi karar alınması olanaklıdır. Bu açıdan kısmi hâkimiyetin varlığı halimde şirketler topluluğunda SerPK m. 17/3 hükmü gereği onay safhalarında nisapların sağlanması mümkündür.

Yukarıda yer verildiği üzere öğretide şirketler topluluğunda SerPK m. 17/3'ün uygulanacağını kabul edilmesinin topluluk politikaların uygulanmasına engel olacağı şirketin yönetiminin azlığa bırakılacağı eleştirisi getirilmiştir¹²⁷¹. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür getirilmesinin temel amacını azlığın çoğunluğa karşı korunması ve çoğunluğun şirketi kendi çıkarları için zarara uğratmasını engellemek oluşturur. TTK m. 202, topluluk çıkarlarına öncelik vermekle birlikte denkleştirmenin yapılmadığı hallerde alacaklıların ve pay sahiplerinin zararlarının giderilebilmesi için çeşitli olanaklar tanımıştır. SerPK m. 17 hükmü ile en başta zarara uğrama olasılığını bertaraf etmek için ilişkili taraflarla yapılacak işlemlere onay prosedürü getirilerek işlem gerçekleştirilmeden önce şirket üzerinde yaratabileceği tehlikelerin süzgeçten geçirilmesi sağlanmıştır. Her iki hüküm nihayetinde ortak paydada buluşmakta ve konu özelinde bağlı şirketin zarara uğramasına engel olmaya hizmet etmektedir. Bu açıdan şirketin yönetim politikasının tamamen azlığa bırakılmasının olumsuz sonuçlar doğurabileceği kaygısına katılmamaktayız. Zira YK kararının alınması ve bağımsız YK üyelerinin bu işlemi onaylaması gerekecektir. Bağımsız YK üyeleri bu işlemi onaylamadığı takdirde işlemin genel kurulda onayı aranacaktır. Genel kurulda azlık işlemi onaylarsa hâkim şirketin politikasına uygun olarak hareket etmiş olacağı açıktır. İşlemi onaylamadığı halde ise bağımsız YK üyelerince de onaylanmamış olacağı için çoğunlukla şirketin aleyhine bir durum doğmayacaktır.

Diğer taraftan KYT m. 10'da şirketlerin bağlı şirketleri arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için daha farklı bir prosedür getirilmiştir. Bu hükme göre YK kararı ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin kapsamı ve bu işlemlere ilişkin

¹²⁷¹ Bkz. Aksoy M.A., **a.g.m.**, s. 30-38.

koşullar belirlenerek bu işlemler yapılabilir¹²⁷². Böylelikle sürekli iş ilişkisi içerisinde olabilecek topluluk şirketleri gibi şirketlere ilişkili taraflarıyla prosedürü yerine getirmeksizin işlem yapma olanağı tanınmıştır. Bu açıdan şirketler topluluğundaki şirketler arasında gerçekleştirilecek işlemlerde, çoğu halde SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 hükmü uygulanmayacak, KYT m. 10 uyarınca YK kararı ile işlemin yapılması olanaklı olacaktır.

Kanun'da nakit havuzu uygulanan topluluk şirketleri yönünden de bir istisna tanınmamıştır. Bu nedenle bu nakit havuzunun uygulandığı topluluk şirketlerinde de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanması zorunludur. Ancak nakit havuzunda günlük nakit aktarımı olduğu için her seferinde prosedürün işletilmesi payları borsada işlem gören şirketlerin olduğu şirketler topluluğunda nakit havuzu uygulamasını zorlaştıracığı düşünülebilir. Bu tür işlemler, yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olarak değerlendirilebildiğinde nakit havuzunun kurulabilmesi mümkün olacaktır¹²⁷³.

Nakit havuzu konusunda tartışmaya açılabilir olan diğer sorun da bağlı şirketin nakit havuzuna aktarılan kaynağıdır. Burada özellikle diğer grup şirketlerince bağlı şirketin kaynaklarının ucuz kredi olarak değerlendirilmesi ve kullanılması bir sorun olarak görülebilir. Ancak grup şirketlerinde nakit havuzu anlaşmalarında zaten işlemlerin yapılmasında bağlı şirketlerin kaynaklarının ve bu arada halka açık şirketin kaynaklarının da nasıl kullanılacağı belirlenmiştir. Bu anlaşma ve işlemler de KYT.m. 9 ve 10'a göre zaten denetlenecektir. Bu halde halka açık şirketin nakit havuzu imkânından yararlanmasının önüne, kötüye kullanıma ilişkin endişeler geçmemelidir.

ii. Tam Hâkimiyette

Şirketler topluluğunda tam hâkimiyet halinde, hâkim şirketin yönetim kurulunun *“topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep*

¹²⁷² Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içerisindeki tutarının, %10'dan fazla bir orana ulaşacağının öngörülmesi durumunda, YK kararına ek olarak bir rapor hazırlanması ve bu raporun tamamının veya sonucunun KAP'ta açıklanması gerekmektedir.

¹²⁷³ KYT m. 10 uyarınca topluluk şirketleri arasındaki işlemler yaygın ve süreklilik arz eden işlemler kapsamında sayılacağı için KYT m. 9'daki oranı tek seferde aşmayan işlemler yönünden önceden YK kararı alınarak KYT m. 9'daki prosedürün işletilmesine gerek kalmaksızın aktarımın yapılması mümkündür.

verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirmesine ve yönetimine” talimat verebileceği ve bağlı şirketin organlarının da bu talimata uymak zorunda olduğu düzenlenmiştir¹²⁷⁴. Tam bağlı şirket YK, hâkim şirketin bağlı şirketin ödeme gücünü aşacak veya varlığını tehlikeye sokabilecek ya da şirketin önemli varlıklarını kaybetmesine neden olabilecek talimatlar dışındaki tüm talimatlara uymakla yükümlü kılınmıştır¹²⁷⁵. Görüldüğü gibi burada bağlı şirket yönetim kuruluna işlemi yapıp yapmama konusunda bir serbesti tanınmamış, anılan durumlar dışında talimatlara uygun hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. SerPK m. 17/3 hükmünde ise ilişkili taraflarıyla belirli bir oranda işlem yapan bağlı şirketin organlarının bu işlemin yapılmasına onay vermesi aranmıştır. Dolayısıyla bir hüküm yönetim kuruluna bu işlemi yapmakla yükümlü kılarken diğer hüküm bu işlem için prosedür getirerek işlemi onaylayıp onaylamama konusunda organlara serbesti tanımaktadır. Böylelikle iki hüküm içerik yönünden çatıştığı ve bir arada uygulanması olanağı bulunmadığı için iki hükümden birine öncelik tanınıp tanınmayacağı hususunun irdelenmesi gereklidir. Ancak belirtelim ki, payları borsada işlem gören bağlı şirketlerde bir hâkim şirketin paylarının veya oy haklarının tamamına sahip olması düşük bir ihtimaldir. SerPK hükümleri uyarınca payların tamamının bir şirkette olduğu hallerde o şirketin borsa kotundan çıkması gerekecektir. Bu halde payları borsada işlem gören şirket olmadığı için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü de uygulaması zorunlu olmayacaktır. Ne var ki KYT m. 9 hükmü şirketler ve bağlı şirketlerin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler şeklinde kapsamı genişlettiği için görüşümüz uyarınca bağlı şirketin payları borsada işlem gören şirket olmaması hâkim şirketinin payları borsada işlem gören şirket olması halinde de bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler yönünden KYT m. 9’daki prosedürün işletilmesi gerekecektir. Bu hallerde ise bu iki hükmün uygulanmasının gündeme gelmesi muhtemeldir.

Pay Sahipliği Hakları Yönergesi m. 9c/6’da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanmasında şirketin tamamına sahip olunması şartıyla bağlı ortaklıkları ile yapılan işlemler yönünden muafiyet tanınmıştır. Üye devletlerden

¹²⁷⁴ TTK m. 203.

¹²⁷⁵ TTK m. 204.

Almanya’da da AktG § 111a (3)’de şirketin doğrudan veya dolaylı olarak tamamına sahip olunması şartıyla bağlı şirketleri ile yapılan işlemlere ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Türk hukukunda ise Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nde tanınan bu muafiyetin benzeri bir hükme yer verilmemiştir. Aksine KYT m. 9’da “*Ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri*” ilişkili taraf işlemleri için prosedür getirirken, KYT m. 10’da da şirketler ve bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için kolaylaştırılmış prosedür getirilmiştir. İki hükümde de şirketler topluluğu yönünden herhangi bir muafiyet öngörülmemiştir. KYT’de yer alan bu hükümlerde “*şirketler ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler*” şeklinde belirtilerek topluluk bünyesindeki şirketler arasında gerçekleştirilecek işlemlerin de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedüre tabi olacağı açıkça kabul edilmiş olmaktadır. Bu nedenle tam hâkimiyet halinde SerPK m. 17/3 ve KYT hükümlerinin uygulama kapsamında olan şirketin işlemlerine hükmün lafzı gereği öncelikli olarak SerPK hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu durumda, TTK m. 203 vd. hükümleri ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerle bir arada uygulanması olanağı olmadığı için bu hükümler uygulanamayacaktır. Ancak bu sonuç şirketler topluluğunda kabul edilebilir bir çözüm gibi görünmemektedir¹²⁷⁶. TTK’da şirketler topluluğunun özelliği dikkate alınarak tam hâkimiyette getirilen talimata uyulması hususu, SerPK’da görmezden gelinmiş olmaktadır. Tam hâkimiyet halinde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin nisapların da çoğu zaman ilişkili tarafların varlığı nedeniyle sağlanması zordur. Bu nedenle kanaatimizce Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nde önerilen muafiyetin Türk hukukunda da kabul edilmesi yerinde olacaktır.

¹²⁷⁶ TTK m. 203 gerekçesinde belirtildiği üzere “*Tam bağlı yönetim kurulu, hâkim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorunda bulunan, aksi halde işini yitirecek olan üyelerden oluşan bir kuruldur. Her gelen üye, aynı konumda olur. Bu konumdaki yönetim kurullarının şirketlerinin menfaatlerini hakim şirketin menfaatine üstün tutmaları gerektiğini kabul etmek ve aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmek, gerçeğe gözleri kapayan, aldatıcı ve yanıltıcı bir varsayımdır*”.

e. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasına İlişkin Hükümlerin Örtülü Kazanç Aktarımı Yönünden Değerlendirilmesi

Örtülü kazanç aktarımı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yasaklanmış, örtülü kazanç aktarımı yasağına uyulmaması halinde hukuki ve idari yaptırımlar öngörülmüş ve ayrıca örtülü kazanç aktarımı güveni kötüye kullanılma suçunun nitelikli hali olarak ayrı bir suç şeklinde düzenlenmiştir. TTK m. 202 hükmünde ise hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratmasına yol açacak kararlar veya önlemler almaya veya önlemler almaktan kaçınmasına yöneltmesi yasaklanmıştır. Ancak burada hâkim şirketin denkleştirme sağlaması koşuluyla geçici olarak hâkimiyetini hukuka aykırı olarak kullanma olanağı tanınmıştır. TTK m. 202 hükmünün ihlali için ise cezai müeyyide getirilmemiş sadece hâkim şirket ve YK üyelerinin sorumluluğu temelinde konu düzenlenmiştir.

Şirketler topluluğunda hâkimiyetin kullanılarak bağlı şirketin kaybına yol açılması, örtülü kazanç aktarımı kapsamında şirketin malvarlığının veya kârının azaltılması ile aynı anlamı ihtiva edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle kayıp ve örtülü kazanç aktarımı olarak ifade edilen müesseselerin şirketin malvarlığının ya da kârının azaltılması şeklinde gerçekleşmesi sebebiyle birbirine benzeyen kavramları ihtiva edebilmekte ve iki hükmün kesişmesi söz konusu olabilmektedir. İki hükmün kesişmesi halinde ise bir Kanun'un geçici olarak cevaz verdiği bir işlem veya önlemi diğer Kanun'un tamamen yasaklaması söz konusu olmakta ve hangi Kanun'un uygulanmasına öncelik verileceği sorunu doğmaktadır. Her iki kanunun kesiştiği hallerde, bu işlem ve eylemlere farklı sonuçlar bağlanması ve farklı yaptırımların uygulanmasının gerekmesi, örtülü kazanç aktarımı suçunun oluştuğu an ve SPK'ya tanınan idari yaptırım yetkilerinin uygulanması anının belirlenmesi yönünden çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir¹²⁷⁷. Bu nedenle aşağıda öncelikle iki müessesenin benzerlik ve farklılık gösteren yönleri ortaya koyulacak, uygulama

¹²⁷⁷ Göktürk, a.g.e., s. 344.

alanlarının kesiştiği haller belirlenecek, ardından hangi Kanun'un uygulanması gerektiği öğretideki görüşler de irdelenerek çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

(1) TTK m. 202/1 ile SerPK m. 21 Hükümlerinin Unsurları Yönünden Kesişim Alanının Belirlenmesi

i. Kapsam Yönünden

TTK m. 202 hükmü şirketler topluluğu için düzenleme içermekte ve kayba uğrayanın bir ticaret şirketi olmasını aramaktadır. Bağlı şirketin halka açık olup olmaması ya da anonim şirket olup olmaması önem arz etmemektedir. Şirketler topluluğu bünyesinde yer alan bağlı şirketin hâkim şirket veya teşebbüsün hâkimiyetini kullanarak kayba uğratılacağı haller bu maddenin uygulama alanına girer.

TTK m. 202 ile SerPK m. 21'in uygulama alanı yönünden çakışması için örtülü olarak kazancı aktarılan şirketin bağlı şirket olması gerekir. Örtülü kazanç aktarımında kural olarak kazancı aktarılanın halka açık şirket olması aranmaktadır. Burada şirketin halka açık olması yeterli olup ayrıca paylarının borsada işlem görmesi ise aranmamaktadır. Dolayısıyla TTK m. 202 hükmü ile SerPK m. 21 hükmünün kapsam yönünden çakışması bağlı şirketin halka açık anonim şirket olması halinde söz konusu olabilecektir.

Ayrıca örtülü kazanç aktarımında halka açık şirketlerin bağlı şirketlerinin yaptığı işlemler veya önlemler, halka açık hâkim şirketin malvarlığının veya kazancının azalmasına yol açtığı hallerde bağlı şirket halka açık şirket olmasa bile örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır. Bu açıdan bağlı şirketin halka açık şirket olması halinde SerPK m. 21 hükmünün uygulanması gündeme geleceği gibi hâkim şirketin halka açık olduğu hallerde de örtülü kazanç aktarımı yasağının uygulanması söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan TTK m. 202 hükmünde bağlı şirketin kayba uğratılması düzenlendiği için bağlı şirketin kayba uğramadığı haller, hâkim şirketin malvarlığında azalmaya yol açıyorsa SerPK m. 21 kapsamına girmekle birlikte, TTK m. 202 kapsamına girmeyecektir.

ii. Unsurlar Yönünden

Örtülü kazanç aktarımında halka açık anonim şirketin, onun iştirak ya da bağlı şirketlerinin herhangi bir işleminin örtülü kazanç aktarımı sayılabilmesi için bu işlemlerin “*yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler*” ile yapılması gerekmektedir. SerPK m. 21/1 hükmü uyarınca aktif yolla örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebilmesi için ilişkili taraflarla yapılan bir işlemin varlığı gerekir. TTK m. 202 hükmünde ise bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla işlem yapıp yapmaması önem taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle hâkim şirketin yönlendirmesi neticesinde bağlı şirketin kiminle işlem gerçekleştireceği önemli değildir. Burada önemli olan hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin bir işlem yapmış olmasıdır. Bu nedenle hâkim şirketin yönlendirmesiyle halka açık bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler her iki hükmün uygulama kapsamına girecektir.

SerPK m. 21/1 hükmünde ayrıca örtülü kazanç aktarımının aktif yolla gerçekleştirilebileceği ölçütler sayılmıştır. TTK m. 202 ise bağlı şirketin kayba uğratılması yönünden herhangi bir ölçüt öngörülmemiş, sadece örnek kabilinden kayba yol açabilecek önlem ve işlemler sayılmıştır. Bu açıdan ilişkili taraflarla hâkim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleştirilen bir işlemin varlığı halinde işlemin emsallere uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine de aykırı olması gerekecektir. TTK m. 202 kapsamında bağlı şirketin gerçekleştireceği işlem çoğunlukla emsallere uygun olmaması nedeniyle kaybına yol açacağı için iki hükmün aktif örtülü kazanç aktarımının varlığında çakışması daha muhtemel görünmektedir. Öğretide TTK m. 202 hükmünde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına Kanun’un müsaade etmesinin, gerçekleştirilecek işlemleri ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleriyle bağdaşan bir işlem olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmayacağı belirtilmektedir¹²⁷⁸. Buna göre işlemin piyasada tedbirli şekilde idare edilen şirketin davranış tarzı ile uyumlu olmaması halinde işlemin de basiret kuralları ile bağdaşmayacağı söylenebilecektir.

¹²⁷⁸ Göktürk, a.g.e., s. 347.

SerPK m. 21/2’de ise pasif yolla örtülü kazanç aktarımı düzenlenmiştir. Bu hüküm TTK m. 202’deki önlemler alınması veya alınmasından kaçınılması haline tekabül etmektedir. Ancak TTK m. 202’de bağlı şirketin kayba uğratılması aranmakta ilişkili tarafların bu önlemin uygulanması ile bir kazanç sağlaması veya malvarlığının artması koşulunu aramamaktadır. Bu nedenle hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin bir işlemi yapmaktan kaçınması, kendisinden beklenen bir davranışı yapmaması gibi haller neticesinde ilişkili taraflara bir kazanç aktarıldığı hallerde iki hüküm kesişecektir. Hâkim şirketin bağlı şirketi önlemler almaya veya kaçınmaya yöneltmesi çoğunlukla şirketler topluluğunun menfaatine olacaktır. Bu hallerde ise şirketler topluluğu bünyesindeki şirketler birbiri ile ilişkili taraf olduğu için ilişkili taraflara kazanç aktarımı koşulu da çoğunlukla gerçekleşmiş olacaktır.

iii. Kavramlar Yönünden

Şirketler topluluğunda kayıp, hâkim şirketin hâkimiyetini kullanarak bağlı şirketi işlem yapmaya veya önlem almaya veya önlemden kaçınmaya yönelttiği hallerde, bağlı şirketin malvarlığında oluşacak herhangi bir azalma veya belirli bir riski ifade eder. Kaybın denkleştirilmemesi durumunda ise kayıp kalıcı hale gelir ve zarar söz konusu olur. Örtülü kazanç aktarımı ise halka açık anonim şirketin malvarlığının veya kazancının azaltılarak veya artması engellenerek kazanç aktarımında bulunmasını ifade eder. Örtülü kazanç aktarımında da halka açık anonim şirketin malvarlığında veya kazancında bir azalma söz konusu olmaktadır. Bu açıdan şirketler topluluğunda yer alan kayıp kavramı ile örtülü kazanç aktarımının birbiriyle örtüştüğü kabul edilebilir¹²⁷⁹. Ancak kayıp ile örtülü kazanç aktarımı kavramlarının her zaman örtüştüğü de söylenemez. Zira kayıp kavramında şirketin malvarlığının aktif olarak azaltılması aranmaz, malvarlığında oluşabilecek azalma veya risk de kaybın varlığı için yeterli kabul edilir. Kayıp için riskin mutlaka gerçekleşmiş olması veya somut olarak malvarlığında bir azalma olması aranmaz¹²⁸⁰. Örtülü kazanç aktarımında ise

¹²⁷⁹ Göktürk, **a.g.e.**, s. 346; Duran, **a.g.e.**, s. 398.

¹²⁸⁰ Hâkim şirketin müdahalesiyle bağlı şirketin önemli bir riske girdiği hallerde, iş kârlı sonuçlansa da burada kaybın varlığı kabul edilir. Burada bağlı şirketin maruz kaldığı riskin maddi karşılığı kayıp olarak nitelendirilmekte ve denkleştirmenin yapılması gerekmektedir (Bkz. Göktürk, **a.g.e.**, s. 144; MünchHdb GesR IV/Krieger, **a.g.e.**, § 70 Rn. 83; Habersack(Emmerich/Habersack), **a.g.e.**, AktG § 311, Rn. 44).

şirketin malvarlığının veya kazancının somut olarak azaltılması veya artmasının engellenmesi gerekir. Burada malvarlığın ya da kazancın ilişkili taraflara aktarılmasına yol açan işlemler ve önlemler yönünden yasak getirildiği için risk olsa da o işin sonucunda kazanç aktarımı söz konusu değilse yasak kapsamına girmez. Dolayısıyla işin riskli olması SerPK m. 21 kapsamında o işlemin yapılmasına engel teşkil etmez. Bu açıdan şirketler topluluğunda kayba yol açan her işlem ve önlem, örtülü kazanç aktarımı sayılmaz. Ancak hâkim şirketin yönlendirmesiyle örtülü olarak aktarılan her kazanç, TTK m. 202 anlamında kayıp teşkil eder¹²⁸¹. Bu açıdan kaybın somut olduğu hallerde, halka açık bağlı şirketin malvarlığını veya kazancının azaltılmasına yol açacak işlemler ve önlemlerde TTK m. 202 ile SerPK m. 21 hükümlerinin çakışması söz konusu olabilir.

iv. Sonuç ve Yaptırımlar Bakımından

Şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi ile örtülü kazanç aktarımında aktarılan tutarın iadesinin birbiri ile örtüştüğü söylenebilir¹²⁸². Denkleştirme, yasak olan işlem ve önlemlerin yapılmasına olanak tanır, denkleştirme şirketin kaybının giderilmesini sağlarken işlemi hukuka uygun hale getirir; örtülü aktarılan tutarın iadesi ise bir yaptırım olarak öngörülmüştür ve işlemi hukuka uygun hale getirmez. Bu nedenle, aktarılan tutarın iadesi SerPK m. 110/3 uyarınca örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşmasına da engel olmaz¹²⁸³. Ayrıca denkleştirme sağlama yükümlüsü, işlemin karşı tarafı değildir ve işlemin tarafı olsun olmasın hâkim şirkettir. Örtülü kazanç aktarımında ise iade yükümlüsü örtülü kazancın aktarıldığı ilişkili taraflardır. Denkleştirme sağlama yükümlüsü ile aktarılan tutarın iade yükümlüsü de çoğu zaman örtüşmemektedir.

SerPK m. 21/4 hükmünde aktarılan tutarın iadesi bir yaptırım olarak öngörülmüş ve SPK'ya da buna ilişkin önemli yetkiler tanınmıştır. TTK m. 202 hükmünde yaptırım olarak hâkim şirketin ve onun YK üyelerinin sorumluluğu düzenlenmiş ve pay

¹²⁸¹ Duran, **a.g.e.**, s. 399.

¹²⁸² Öğretide SerPK m. 21/4 ile denkleştirmenin birbirine paralel olduğu, SerPK'nın eSerPK'ya nazaran TTK m. 202'daki sorumluluk sistemine yaklaştığı ileri sürülmektedir ((Bkz. Aytaç, **a.g.m.**, s. 30).

¹²⁸³ Etkin pişmanlık kapsamında kovuşturmayla başlamadan önce aktarılan tutarın iadesi ve Hazine'ye iki katı tutarında meblağın yatırılması halinde cezaya hükmolünmayacağı, soruşturma evresinde ödenmesi halinde ise cezada indirim uygulanacağı öngörülmüştür.

sahipleri ile alacaklılara doğrudan bağlı şirketin zararını dava etme yetkisi tanınmıştır. TTK m. 202 hükmü uyarınca sorumluluğu gündeme gelen zararın muhatabı olan hâkim şirket ve onun yöneticilerdir. Örtülü kazanç aktarımında ise iade etme yükümlüsü kazanç aktarılan ilişkili taraflardır. SerPK m. 21/4 hükmünde, aktarılan tutarın iadesi için kazanç aktaran ilgili şirketin bu istemde bulunması öngörülmüş, pay sahipleri ve alacaklılara böyle bir imkân da tanınmamıştır. Ayrıca SerPK m. 94 hükmünde, SPK'ya, aktarılan tutarın iadesi için dava açma yetkisi tanınmıştır. Görüldüğü gibi iki düzenleme sorumluluk sistemleri yönünden farklılık arz etmekte, birbiriyle örtüşmemektedir¹²⁸⁴.

(2) TTK m. 202 ile SerPK m. 21 Hükümlerinin Hangisinin Uygulanacağı Sorunu

i. Öğretideki Yaklaşım

TTK m. 202 hükmü ile SerPK m. 21 hükmünün çakıştığı hallerde, hangi hükmün uygulanıp uygulanmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. İki hükümden birinin öncelikli uygulanması gerektiği savunulduğu gibi iki hükmün bir arada uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir¹²⁸⁵.

Öğretide ağırlıklı görüş halka açık anonim şirketlere, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını kabul etmektedir. Öğretide bir görüş, TTK m. 202 ile SerPK m. 21 hükümlerinin denkleştirme, cezai, idari ve hukuki yaptırımlar yönünden önemli ölçüde ayrıştığını, SerPK m. 21/4 hükmünde denkleştirme olanağına paralel bir düzenlemeye yer verildiğini, bu düzenlemenin TTK m. 202 hükmündeki hukuki sorumluluğa yaklaşmış olduğunu, cezai ve hukuki yaptırımlar da dikkate alındığında TTK m. 330 hükmüne dayanılarak SerPK m. 21 hükmüne öncelik tanınmasının uygun

¹²⁸⁴ Aynı yönde bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 403.

¹²⁸⁵ Konuyu eSerPK'daki örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri özelinde değerlendiren bir görüş, denkleştirmenin sağlandığı hallerde kayba uğraticı işlemlere yöneltmenin hukuka aykırı sayılmamasının TTK ile SerPK sisteminde önemli farklılık yarattığını, TTK m. 330 hükmü uyarınca SerPK'nın özel kanun niteliğinde olduğunu belirtmekteydi. Yazara göre, TTK'nın sistematığı içerisinde sadece anonim şirketlerin genel hükümleri yönünden özel-genel kanun ayrımı yapılmışsa da aynı sonucun genel hükümlerde düzenlenen hususlar bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle de şirketler topluluğu ile ilgili TTK m. 202 vd. hükümlerinin SerPK'daki örtülü kazanç aktarımı ile ilgili hükümlerle çelişmesi karşısında öncelikli olarak SerPK hükümleri uygulanmalıdır. (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 250-251).

olacağını savunmaktadır¹²⁸⁶. SerPK m. 21 hükmünün öncelikli olarak uygulanması gerektiği ileri süren bir diğer görüş ise TTK m. 330 hükmünün şirketler hukuku genel hükümlerinde yer alan TTK m. 202 ile SerPK m. 21 arasında öncelik sonralık ilişkisi yaratmadığını, SerPK m. 21 hükmünün öncelikli uygulanmasına yol açan sebebin iki düzenlemenin maddi hukuk alanlarındaki farklılıklar olduğunu ileri sürmüştür¹²⁸⁷. Bu görüşe göre, TTK m. 202 hükmünün maddi uygulama yönünden daha genel bir düzenleme iken SerPK m. 21 hükmü örtülü kazanç aktarımını düzenlemiş olması dolayısıyla daha özel hükümdür, bu nedenle öncelik sonralık ilişkisinin TTK hükmünün örtülü kazanç aktarımını da içine alan daha geniş bir çevreyi kapsayan genel bir hüküm olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de SerPK m. 21 hükmünün öncelikli uygulanması gerekmektedir¹²⁸⁸. Öğretide SerPK hükümlerinin öncelikli uygulanması gerektiğini ileri süren diğer bir görüş ise örtülü kazanç işlemlerinin denkleştirilmesine olanak tanınmasının SerPK'nın koyduğu yasakların çiğnenmesine yol açacağını, vereceğin zararı ödeyebiliyorsan zarar verebilirsin anlayışının SerPK'ya yabancı olduğunu, bu konuda uygulanması gereken kuralın SerPK hükümleri olduğunu ileri sürmüştür¹²⁸⁹.

Öğretide aksi yöndeki bir görüş, şirketler topluluğu düzenlemelerinde iktisadi düşüncenin kaynakların daha verimli kullanılmasına imkân tanınması olduğunu, halka açık anonim şirketlerin bu imkândan mahrum bırakılmasının sermaye piyasasının atıl kaynaklarının verimli yatırımlara aktarılması işlevini tamamen engellemese de sınırlandırdığını ileri sürmektedir. Bu nedenle şirketler topluluğu düzenlemelerinin TTK'da düzenlendiği için TTK'da öngörülen denkleştirme sağlanması koşuluyla bağlı şirketin kaybına geçici olarak izin verilmesine ilişkin düzenlemenin SerPK'da öngörülen suçun oluşumu ve bu eylemden ortaya çıkabilecek hukuki ve idari sorumlulukları da etkileyeceğini belirterek TTK hükümlerinin öncelikle uygulanması

¹²⁸⁶ Aytaç, **a.g.m.**, s. 30.

¹²⁸⁷ Arslan Kaya, "Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK'ya Tabi Şirketler/Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi", **Cevdet Yavuz'a Armağan II. Cilt, MÜHF HAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1545-1546.

¹²⁸⁸ **A.e.**, s. 1545-1546.

¹²⁸⁹ Ali İhsan Karacan, **Bankacılık Kurumları Hukuku**, C. I, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 226.

gerektiğini savunmaktadır¹²⁹⁰. Öğretideki bir diğer görüş de, TTK m. 202 ile SerPK m. 21/4 arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi ve uygulama önceliği olmadığını, bu hükümlerde öngörülen hakların yarışmadığını savunmaktadır¹²⁹¹. Bu görüşe göre, SerPK m. 21/4'te öngörülen idari prosedürün bağlı şirket ve pay sahiplerinin TTK m. 202'de tanınan haklarını kullanmasına engel teşkil etmemekte, SPK'ya tanınan yetkinin kayba uğrayan bağlı şirketin pay sahiplerinin tazmin haklarını bir nevi onlar adına kullanılması anlamına gelmekte ve ayrıca SerPK m. 21/4 uyarınca halka açık anonim şirketin örtülü aktarılan kazancının iadesinin suçun oluşumunu engellemektedir. Bu nedenle bu iki hüküm arasında uygulama önceliği ve özel –genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır¹²⁹².

Öğretide başka bir görüş ise TTK m. 330 çerçevesinde bağlı şirketin halka açık anonim şirket olması halinde öncelikli olarak SerPK hükümlerinin uygulanacağını ancak SerPK hükümlerinin özel niteliğinin TTK m. 202/1.a hükmünün tamamen uygulanmamasına yol açmayacağını savunmakta ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin tamamen göz ardı edilemeyeceğini belirtmektedir¹²⁹³.

Öğretideki diğer görüş ise SerPK'da kanun koyucunun örtülü kazanç aktarımına yol açan işlemlere engel olunabilmesi için öngörülen tedbirlerin, hukuki, idari ve cezai müeyyidelerin SerPK hükümlerinin uygulanması yönelik olduğunun anlaşıldığını ancak bununla birlikte SerPK m. 21 ile TTK m. 202 arasında özel-genel kanun ilişkisi

¹²⁹⁰ Göktürk, **a.g.e.**, s. 360-361.

¹²⁹¹ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 227.

¹²⁹² **A.e.**

¹²⁹³ Bkz. Çağlar Manavgat, “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları”, **BATİDER**, C. 31, S. 1, 2015, s. 100. Bu görüşe göre, şirketler topluluğundaki halka açık anonim şirketlerin örtülü kazanç aktarımı eyleminin sınırının kamuyu aydınlatma yükümlülükleri kapsamında çizilmesi gerekir. Halka açık anonim şirketlerin kayba uğratılmasının sebebinin kamuya açıklanması halinde, payın fiyatı etkilenebileceğinden kamuya açıklama yapılmadan önce denkleştirilmenin de yapılmış olması şarttır. Bu kapsamda payları borsada işlem gören şirketler ile borsada işlem görmeyen şirketlerin kamuyu aydınlatma sistemi farklı olduğu için her iki şirket özelinde kamuya aydınlatma yükümlülüklerine göre değerlendirme yapılmalıdır. Payları borsada işlem gören şirketler ara finansal tablo düzenlemek ve içsel bilgileri açıklamakla yükümlü oldukları için açıklanması gereken örtülü kazanç aktarımı teşkil eden kaybın kamuya açıklanmadan önce giderilmesi veya denkleştirilmesi gerekmektedir. Payları borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde ise ara finansal tablo hazırlama yükümlülüğü olmadığı için faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirme yapılabilecektir. Ancak bu şirketlerde de içsel bilginin açıklanmasının gerekmesi halinde içsel bilginin açıklanmasından önce denkleştirmenin yapılmış olması gereklidir (Bkz. Manavgat, **Örtülü Kazanç Aktarımı**, s. 100-102).

olmaması ve iki hükmün ilişkinin farklı taraflarını düzenlenmesinden bahisle birbiriyle örtüşükleri ölçüde birlikte uygulanabileceklerini savunmaktadır¹²⁹⁴.

ii. Görüşümüz

SerPK m. 2/2 hükmü uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu'nda hüküm bulunan hallerde halka açık anonim şirketlere öncelikle bu hükümlerin uygulanması, hüküm olmayan hallerde ise genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan halka açık anonim şirketlere ilişkin SerPK'da bir hüküm olması halinde bu hükümlerin uygulanması zorunludur. Ancak bu hüküm doğrudan hüküm olan her durumda TTK hükümlerinin uygulanmayacağı sonucunu da doğurmamaktadır. Nitekim SerPK'da 27/3 hükmündeki gibi kanun koyucunun uygulanmamasını özellikle arzu ettiği hükümlerin tek tek sayılması yolu izlenmiştir. Bu noktada şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde açık bir hüküm olmadığı için TTK m. 202 hükmünün uygulanmayacağını bu hükme dayanarak söylemek de mümkün değildir. Bu nedenle burada iki hükmün çakışması halinde, örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükümlerle şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin çözülmesi gerekmektedir.

Özel –genel kanun ayırımına ilişkin TTK m. 330'da bir düzenlemeye yer verilmiş ve özel kanunlara tabi anonim şirketlere o hükümler dışında anonim şirketin genel hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere genel hükümlerden kasıt anonim şirketlere ilişkin TTK'da yer alan genel hükümlerdir, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler ise ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerde bulunmaktadır. Bu itibarla TTK'da genel hükümlerde yer alan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler ile SerPK hükümleri arasında özel-genel kanun ilişkisi olmadığı için bu hükme dayanarak doğrudan şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde sonuca varılması da olanaklı değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ekonomik hayatın gerçeği dikkate alınarak şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümler sevk edilmiş ve bu hükümlerle şirketler topluluğuna faydası olabilecek işlem ve eylemlere bir ölçüde izin verilmiş, bir yandan da pay sahiplerinin ve alacaklılarının korunması hedeflenmiştir. TTK m. 202'de, bağlı şirketi

¹²⁹⁴ Duran, **a.g.e.**, s. 417.

yönlendiren hâkim şirketin bağlı şirketin kaybını denkleştirme yükümlülüğü vardır ve denkleştirme hiç veya gereği gibi yapılmazsa hâkim şirket ve yöneticilerinin bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılarına karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bu hükümde, bağlı şirketin hâkim şirketin yönlendirmesi ile yapmış olduğu işlemin tarafının bir önemi bulunmamaktadır. Burada kayıp denkleştirilmemişse, hâkim teşebbüsten zararın giderilmesi beklenmekte ve zararın giderilmesi için pay sahiplerine ve alacaklılara birtakım imkânlar tanınmaktadır. SerPK’da ise şirketler topluluğu özelinde değil, halka açık anonim şirketleri ve yatırımcıları koruyucu hükümler tesis edilmiştir. SerPK’da düzenlenen örtülü kazanç aktarımında işlemin tarafı önem taşır ve aktarılan tutarın işlemin veya eylemin gerçekleştirildiği ilişkili taraftan alınmasına ilişkin tedbirler getirilmiştir. Bu itibarla işlemin tarafının hâkim şirket olmaması halinde, SerPK hükümleri kapsamında hâkim şirketin maddi anlamda bir sorumluluğu bulunmaz. Bu açıdan hâkim şirketin bağlı şirketi yönelttiği ilişkili tarafın örtülü aktarılan tutarı iade edemeyeceği hallerde, diğer bir ifadeyle SerPK’da öngörülen tedbirler işe yaramadığı hallerde SerPK kapsamında hâkim şirkete gitme olanağı yoktur. Bu nedenle TTK m. 202 hükmünün halka açık anonim şirketlere uygulanmaması hem şirketler topluluğunun iktisadi politikalarını etkileyeceği gibi hem de hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacak işlemlere yönelttiğinde gerçekleştirilen işlemin tarafı olmadığında hâkim şirkete gidecek hukuki yol da kapanmış olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce SerPK m. 21 ve örtülü kazanç ilişkili diğer hükümlerin uygulamasında TTK m. 202 hükümleri de nazara alınmalıdır. Denkleştirme yapıldığında örtülü kazanç ilişkili tedbirler de denkleştirme yapıldığı kadar ertelenmeli, denkleştirme gereği gibi yapılmadığı takdirde tedbirler uygulamaya koyulmalıdır. SerPK kapsamında öngörülen tedbirlerin yanı sıra TTK m. 202 hükmünde öngörülen sorumluluk hükümlerinin de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla denkleştirme yapılmadığında SerPK m. 21/4 kapsamında ilişkili taraftan, aktarılan tutarın iadesi istenebileceği gibi, doğan zararların hâkim şirketten de istenmesi mümkün sayılmalıdır. Bu açıdan SerPK’daki hükümler ile TTK m. 202 hükmü arasında öncelik sonralık ilişkisi olmadığı, burada öngörülen hakların yarışmadığı, hükümlerin bir arada uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle örtülü

kazanç aktarımına ilişkin hükümler, aktarımın tamamen yasak olması ve tespit edilmesi halinde faiziyle geri ödenmesi yükümü, SPK'ya tanınan idari yetkiler, kasıtlı işlenen eylemlerin suç teşkil etmesi ve aktarılan paranın iade edilmesi şeklindeki hükümlerin TTK m. 202 uyarınca denkleştirmenin gerçekleştirildiği ana kadar erteleneceği, denkleştirme yapılmadığı takdirde bu tedbir ve yaptırımların uygulanacağı kabul edilmelidir. Hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı halka açık anonim şirketin örtülü kazanç aktarılmasına yol açacak bir işlem yapması halinde, TTK m. 202 hükmünün de uygulama alanı bulacağı, hâkim şirket denkleştirme sağladığında da SerPK m. 21/4 uyarınca iade yükümlülüğünün zarar söz konusu olmadığı için doğmayacağı kabul edilmelidir. Denkleştirme öngörülerek ilişkili tarafa kazanç aktarımı da giderilmiş olmaktadır. Diğer taraftan halka açık anonim şirketlerde payları borsada işlem gören şirketler üç aylık aralıklarla ara raporları açıklamakla yükümlü iken payları borsada işlem görmeyen anonim şirketler de içsel bilgileri açıklama yükümlülüğünden bahisle açıklamadan önce denkleştirme yapılması gerektiği yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Bunun kabulü Kanun'da öngörülen bir olanağın sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bu da denkleştirme sağlanarak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına cevaz verilmesindeki hukuki yararı da kaldırabilecektir.

Anılan sebeplerle bağlı şirketin hâkim şirketin yönlendirmesi ile ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerde TTK m. 202 hükmünün uygulama kabiliyetinin de olduğu, TTK m. 202'nin SerPK m. 21 ile bir arada uygulanabileceği kabul edilmelidir. Ancak SPK'nın uygulamasına bakıldığında şirketler topluluğu hükümlerinin dikkate alınmadığı denkleştirme yapılıp yapılmadığı hususunun irdelenmediği görülmektedir. Bu açıdan SPK tarafından SerPK'ya öncelik veren uygulama olduğunu ancak öğretide tartışmalı olan bu ihtilafı giderecek bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu belirtelim.

Burada akla gelebilecek diğer bir soru işareti de şudur: Halka açık şirketlerde denkleştirme yapılacağının KAP'ta açıklanması ve denkleştirmeye kadar bağlı şirketin ilişkili taraf işlemlerine SerPK m. 21'in uygulanmamasının küçük yatırımcıların aleyhine olacağı düşünülebilir. Ancak belirtelim ki, hâkim şirketin yönlendirmesi ile şirketin zarara uğratıldığının açıklanması ile hâkim şirketin yönlendirmesi ile şirkette

denkleştirme yapılacağıının açıklanması karşılaştırıldığında küçük yatırımcı için denkleştirme açıklamasının yapılmasının daha yararlı olduğu söylenebilir. Zira örtülü kazanç aktarımı ve buna ilişkin prosedürün uygulanması, halka açık şirketlerde daha fazla panik yaratacaktır. Diğer taraftan denkleştirmenin zaman alacağı ve bu aşamada yatırımcının pay değerlerinin düşeceği de ileri sürülebilecektir. Ancak bu noktada yine belirtelim ki, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştiği ve bu prosedürün uygulandığı hallerde de zaten küçük yatırımcının şirkete örtülü olarak aktarılan kazancın gelmesini beklemek zorunda kalacağı bir süre/süreç vardır. Bu açıdan da değerlendirildiğinde hâkim şirketin denkleştirmesinin aleyhe olacağı söylenemez.

3. Bağlılık Raporu

İlişkili taraf işlemlerinin vücut bulduğu diğer bir topluluk düzenlemesi de bağlılık raporudur. TTK m. 199/1 hükmü ile bağlı şirket YK her yıl faaliyet yılının ilk üç ayı içinde rapor hazırlamakla yükümlü kılınmıştır¹²⁹⁵. Bu rapor bağlı şirketlerin hâkim şirket ve diğer bağlı şirketlerle aralarındaki ilişkileri ve bu ilişkin kayıp/yarar olarak sonuçlarını içermektedir¹²⁹⁶. Bağlılık raporu, özünde şirketin hâkim şirketle ve onun yönlendirmesiyle giriştiği işlem ve eylemlerde uygunluğu değerlendirmek için gerekli bilgilere yer verilen YK tarafından hazırlanan bir rapordur¹²⁹⁷. Bağlılık raporu hazırlama yükümlülüğü, emredici niteliktedir; bu sebeple şirket esas sözleşmesi veya organların kararı ile bu yükümlülüğünün sınırlandırılması ya da tamamen kaldırılması olanağı yoktur¹²⁹⁸.

Bağlılık raporunda, yönetim kurulunun, ilgili faaliyet döneminde gerçekleştirmiş olduğu hukuki işlemler ile alınan veya alınmayan önlemleri değerlendirerek, bunların şirkete etkilerinin ne olduğunu belirtmesi gerekir. Bu raporda, TTK m. 202 uyarınca hâkim şirketin yönlendirmesiyle yapılan işlem ve eylemlerin yapılması ve denkleştirme yapıldıysa denkleştirmenin bildirilmesi ve şirketin uğradığı kaybın ve zararın açıklaması yapılmaktadır. Bağlılık raporu hazırlama yükümlülüğü, TTK m.

¹²⁹⁵ Hükmün mehzazını AktG § 312 hükmü oluşturmaktadır.

¹²⁹⁶ TTK m. 199 gerekçesi.

¹²⁹⁷ MüKoAktG/Altmeyden, **AktG § 312**, Rn. 3.

¹²⁹⁸ Asuman Yılmaz, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”, **BATİDER**, C. 31, S. 2, Haziran 2015, s. 101; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 23-81.

202 hükmünde öngörülen gerekliliklerle bu nedenle bağlantılıdır. Böylelikle rapor, TTK m. 202’de öngörülen yasağın koruyucu etkisini güçlendirmeye de hizmet etmektedir¹²⁹⁹. Diğer taraftan TTK m. 199/1 hükmünün sadece TTK m. 202’yi temel aldığını söylemek de mümkün değildir. Zira bağlı şirketin kaybına yol açmayan işlem ve önlemlerin de bağlılık raporunda açıklanması gerekmektedir. Bu yönüyle bağlılık raporu, sadece bağlı şirketin kaybına yol açan işlemleri kapsamamakta, ayrıca hâkim şirketle veya onun müdahalesiyle yapılan işlem ve önlemleri de kapsamına almakta ve açıklanmasını gerektirmektedir.

TTK m. 199/1’de her ne kadar doğrudan ilişkili taraf işlemlerinden bahsedilmemiş ise de şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle olan işlemlerinin ilişkili taraf işlemi olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bağlılık raporu, bağlı şirketin ilişkili taraflarını oluşturan grup bünyesindeki şirketlerle ilişkisinin bağlı şirkete etkilerini ortaya koymasını gerektirmektedir. TTK m. 202 kapsamına girmeyen hukukun uygun saydığı işlem ve önlemlerin de açıklanması ile bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla ilişkisini tam olarak ortaya koyulması sağlanmakta, ilişkili tarafları ve onlarla ilişkileri kapsamında şeffaf bir perspektif sunulmaktadır. Bu açıdan bağlılık raporu, aynı zamanda bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerin açıklandığı bir rapor niteliğindedir. Bu yönüyle, TTK m. 199 da Türk Ticaret Kanunu’nda ilişkili taraf işlemi kapsamında öngörülen düzenlemelerden birini oluşturmaktadır.

a. Bağlılık Raporunun İçeriği

Bağlılık raporunda TTK m. 199/1 hükmünün 2. cümlesinde ifade edildiği üzere *“şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemler”* açıklanmaktadır. Hükümde raporun içeriği, işlemler ve önlemler özelinde ayrı olarak ifade edilmiştir. Hukuki işlemler ve diğer tüm önlemler, hâkim şirket veya ona bağlı bir şirketin *“yönlendirmesiyle veya menfaati doğrultusunda”* gerçekleştirilmiş ise bağlılık raporunda açıklanması gerekir.

¹²⁹⁹ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 312**, Rn. 3; Ali Paslı/Levent Yaralı, “10 Soruda Bağlılık Raporu”, (Çevrimiçi), [10 soruda bağlılık raporu \(dunya.com\)](https://dunya.com.tr/10-soruda-bagli-lilik-raporu), Erişim Tarihi: 03.08.2021.

İşlemin bağıllık raporunda açıklanması için o işlemin hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı şirketle ya da hâkim şirketin yönlendirmesiyle hâkim şirketin ya da ona bağlı başka bir şirketin yararına üçüncü kişilerle yapılmış olması gerekir. Hükümde, işlemin tarafı yönünden bir sınırlama getirilmemiş¹³⁰⁰; işlemin, hâkim şirketle ya da ona bağlı bir şirketle ya da hâkim şirketin yönlendirmesiyle üçüncü bir kişiyle yapılması rapor yükümlülüğü için yeterli görülmüştür¹³⁰¹.

Hükümde “*tüm hukuki işlemler .. ve diğer tüm önlemler*” ifadesinden üst kavram olarak önlemin kabul edildiğini, işlem kavramının önlemin bir türü şeklinde kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır¹³⁰². Bu nedenle, bağlı şirket raporu için hukuki işlemler ile önlemler arasındaki belirleyici olan ayırt edici özellik, işlemin türünde, şeklinde veya amacında aranmamaktadır. Burada hukuki işlemler bir irade açıklamasının sunulması ile karakterize edilirken; kalanlar önlem kavramına sokulmaktadır¹³⁰³. Hukuki işlem kapsamına, bütün hukuki işlemler girer, bu nedenle iki tarafa borç yükleyen işlemlerin yanı sıra eksik iki tarafa borç yükleyen işlemler ile tek taraflı hukuki işlemler ile fesih, sözleşmeden dönme gibi yenilik doğuran işlemlere de raporda yer verilmesi gerekir¹³⁰⁴. Ancak raporda sadece raporu hazırlayan bağlı şirketin taraf olduğu işlemlerin açıklanması gerekir¹³⁰⁵. Dolayısıyla bağlı şirketin taraf olarak yer almadığı, belirsiz bir gruba yapılan ya da hâkim şirketin bağlı şirkete yönelik tek taraflı hukuki işlemlerine bu raporda yer verilmesine gerek yoktur¹³⁰⁶.

Önlemlerin bağıllık raporunda açıklanması için faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı şirketin yararına alınması ya da alınmasından kaçınılmış olması aranmaktadır. Önlemin hâkim şirket ile ya da ona bağlı şirket ile bağlantılı olması gerekmemekte, sadece bu şirketler yararına bu önlemlerin alınması veya alınmasından

¹³⁰⁰ Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 138.

¹³⁰¹ Hâkim şirket ve ona bağlı şirketle yapılan bütün işlemlerin açıklanması gerekirken, bu şirketler yararına yapılmış olması şart koşulmamıştır. Ancak işlem hâkim şirketin yönlendirmesiyle üçüncü kişilerle yapılmış ise bağıllık raporunun kapsamına girmesi için hâkim şirkete veya ona bağlı şirket yararına yapılmış olması şarttır.

¹³⁰² Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 109.

¹³⁰³ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 312**, Rn. 80.

¹³⁰⁴ Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 109; MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 312**, Rn. 84.

¹³⁰⁵ Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 109.

¹³⁰⁶ MüKoAktG/Altmeppen, **AktG § 312** Rn. 85; Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 139; Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 109.

kaçınılmış olması yeterli sayılmaktadır¹³⁰⁷. Dolayısıyla bu önlem neticesinde bu şirketlerin bir fayda sağlamış olmaları gerekmektedir. Bağlılık raporunda hukuki işlem ve önlemlere yer verilmesi için, raporu hazırlama yükümlüsü şirketin kayba uğramış olması şartı aranmamıştır. Bağlılık raporunda, şirketin önceki faaliyet yılında topluluk şirketleri ile ilişkilerinin doğru şekilde açıklanabilmesi için bu koşulun burada aranmamış olduğu belirtilmektedir¹³⁰⁸.

TTK m. 199/2’de de raporun doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olması gerektiği düzenlenerek rapor düzenlenirken uyulması gereken kriterler belirtilmiştir. Madde gerekçesinde raporun kalitesine ilişkin getirilen bu kıstasın, emredici nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Hükümde geçen hesap verme ifadesine bilinçli olarak maddede yer verilerek rapordaki açıklamaların aynı zamanda denetlemeye imkân verecek nitelikte olması da sağlanmak istenmiştir¹³⁰⁹.

b. Bağlılık Raporunun Sonuç Kısmı

Rapoun sonunda, yönetim kurulunun hukuki işlem yapıldığı veya önlemin alındığı ya da alınmaktan kaçındığı anda kendilerince bilinen hal ve şartlara göre, hukuki işlem sonucunda uygun karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ya da alınan veya kaçınılan önlemin şirketin zararına yol açıp açmadığını belirtmesi gerekmektedir¹³¹⁰. Şirketin zarara uğraması durumunda, bu zararın denkleştirilip denkleştirilmediği hususunun da açıklanması şarttır¹³¹¹. Zararın fiilen mi yoksa istem hakkı tanınarak mı denkleştirilmiş olduğu hususunun da açıklanması ve denkleştirme kapsamında şirketin elde edeceği menfaatlere ilişkin detaylı açıklama yapılması gerekmektedir.

¹³⁰⁷ Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 142.

¹³⁰⁸ Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 111.

¹³⁰⁹ TTK m. 199 gerekçesi.

¹³¹⁰ TTK m. 199/3.

¹³¹¹ Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmeliği’n 11. maddesinde yıllık faaliyet raporunun şirket faaliyetleri ve faaliyetlere ilişkin önemli gelişmeler bölümünde yer alması zorunlu hususlar sayılmıştır. Öğretide, YK faaliyet raporunda bağlı şirketin hâkim şirketin yönlendirmesi ile yapmış olduğu her işlem ve önlemin ayrı ayrı belirtilemeyeceği, aksi halde ayrı bağlılık raporunun düzenlenme yükümlülüğünün olmasının bir anlamının kalmayacağı belirtilerek, TTK m. 199/3 son cümle karşısında Yönetmeliği’n bu hükmünün uygulanması olanağının olmadığı ifade edilmektedir (Bkz. Paslı/Yaralı, **Bağlılık Raporu**, s.y). Aynı yöndeki diğer görüş de bağlılık raporunun sonuç kısmının bu Yönetmeliğin aksine özet şeklinde değerlendirme içermesi gerektiğini, aksi halde sonuç kısmının raporun tekrarından ibaret olacağına işaret etmiştir (Bkz. Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 119).

Denkleştirme bilgisinin, pay sahiplerine sunulacak sonuç kısmında da yer alması gerektiği için pay sahiplerinin anlayabileceği açıklık ve doğrulukta raporda açıklanması gerekir¹³¹².

TTK m. 199/3'ün son cümlesinde, yıllık faaliyet raporunda sadece sonuç kısmına yer verileceği düzenlenmiştir. Şirket sırlarının korunabilmesi için bağıllık raporunun yayımlanması yönünden bir düzenleme getirilmemiş, sadece sonuç kısmının faaliyet raporunda yer verilerek açıklanması öngörülmüştür¹³¹³. Bağıllık raporunun ise tescil edilmesi ve ilan edilmesi gerekmemektedir. Ancak YK yıllık faaliyet raporu genel kurula sunulduğu için bağıllık raporunun sonuç kısmı da genel kurula sunulmuş olmakta ve böylece aleniyet de sağlanmış olmaktadır¹³¹⁴. Bu suretle pay sahipleri raporun sonuç kısmında yer alan değerlendirmeler kapsamında bilgi edinmiş olmakta ve bu şekilde bağıllık raporu pay sahiplerinin aydınlatılmasında da önemli bir işleve sahip olmaktadır¹³¹⁵. Nitekim bu bilgi, pay sahiplerinin TTK m. 202 hükmü uyarınca sorumluluk davalarının da dayanak noktasını oluşturacaktır¹³¹⁶.

c. Değerlendirme

İlişkili taraf işlemlerinde işlemin yapılmasından önce bir değerlendirme raporu alınmaktadır. Bu raporda yapılacak işleme ilişkin değerlendirmeler sunulmaktadır. Ancak ikisi arasında önemli bir farklılığa işaret etmemiz gerekmektedir. Bağıllık raporu işlem yapıldıktan sonra alınmakta, buna karşın değerlendirme raporu ise işlem yapılmadan önce alınmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da bu iki raporun, daha doğrusu değerlendirme raporunun bağıllık raporuna olan etkisidir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere değerlendirme raporunda, hâkim şirketin denkleştirme talebi yer almalıdır. Bu sebeple bağıllık raporunda değerlendirme raporundaki bu hususlara mutlaka işaret edilmelidir. Bağıllık raporunun değerlendirme raporundaki tespitlerle bağlı olup olmadığı düşünülebilir. Kanaatimizce bağıllık raporunda değerlendirme raporundaki tespitlerle

¹³¹² Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 144.

¹³¹³ Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 119.

¹³¹⁴ Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 149; Paslı/Yaralı, **Bağıllık Raporu**, s.y..

¹³¹⁵ Paslı/Yaralı, **Bağıllık Raporu**, s.y.; Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 149.

¹³¹⁶ Paslı/Yaralı, **Bağıllık Raporu**, s.y.

bağlı olunmamalıdır. Zira bağlılık raporu bir tespit olup mevcut halin ortaya konulması için hazırlanır. Bu nedenle değerlendirme raporunda yer alan hâkim şirketin denkleştirme konusunda verdiği taahhüdün değişmesi halinde bu durum da bu rapora yansıtılmalıdır.

IV. DİĞER KANUNLARDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN KORUMA MEKANİZMALARI

A. SİGORTACILIK KANUNU'NDA

1. Genel Olarak

Sigortacılık Kanunu'nun "aktif azaltıcı işlem yasağı" başlıklı 19. maddesinde sigorta şirketi ve reasüransın yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, ortakları ve çalışanlarının şirket kaynaklarını dolaylı ya da dolaysız olarak kullanması ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak aktifin değerini düşüren işlemlerde bulunması ve örtülü kazanç aktarımı yapması yasaklanmıştır. Aynı hükümde sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin kendi borçları veya sigorta işlemlerinden doğanlar dışında personeline, ortaklarına, iştiraklerine veya diğer kişi ve kurumlar lehine malvarlığını teminat olarak göstermesi, kefil olması ve kredi sağlaması da yasaklanmıştır. Bu maddede, sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinde örtülü kazanç aktarımı yapılması yasaklanmış ve bazı kişilerle yapılacak işlemlere sınırlama getirilmiştir. Hüküm bu yönüyle SK'da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel düzenleme niteliği taşımaktadır.

2. Teminat Yasağı

Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin kendi borçları veya sigorta işlemlerinden kaynaklanan borçları hariç olma üzere "*ortakları, personeli, iştirakleri ve diğer kişi ve kurumlar lehine*" malvarlığını teminat göstermesi, kefil olması ve kredi sağlaması yasaklanmıştır¹³¹⁷. Böylelikle sigorta şirketlerinin kendi borçları ve sigorta işlemleri için teminat göstermesi, kefil olması, kredi sağlaması mümkün iken; bu kapsamda olmayan işlemler için teminatta bulunması yasaktır¹³¹⁸.

¹³¹⁷ Buradaki teminat yasağına benzer bir hüküm KYT m. 12'de yer almaktadır. KYT m. 12, payları borsada işlem gören halka açık şirketlerin olağan ticari faaliyetleri kapsamı dışında teminat verilmesini yasaklaması yönünden SK m. 19 ile benzerlik göstermektedir.

¹³¹⁸ Sigorta işlemleri doğan borçlar hariç ifadesi ile hayat sigortalarındaki ödünç verme işlemlerinin kastedildiği, bu ödünç verme işleminin de TTK'dan kaynaklı olduğu için maddede ayrıca ifade

Bu hükümde yasaklanan teminat işleminin karşı tarafı olarak personel, ortaklar, iştirakler, diğer kişi veya kurumlar gösterilmiştir. Burada kişi özelinde bir sınırlama değil belirli işlem özelinde bir yasaklama getirilmiştir. Bu işlem yasağı müessesesi doğrudan ilişkili taraf işlemleri özelinde bir yasaklama getirmese de ilişkili taraflarla yapılacak anılan işlemleri de kapsamına alması yönünden konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Ayrıca belirtelim burada öngörülen teminat yasağına benzer bir hüküm KYT m. 12’de payları borsada işlem gören halka açık şirketler için getirilen teminat yasağında bulunmaktadır. KYT 12 hükmünde halka açık şirketlerin ve bağlı şirketlerinin *“kendi tüzel kişiliği lehine, finansal tablolarında tam konsolidasyon kapsamına dahil ettikleri ortaklıklar lehine ve olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla diğer üçüncü kişiler lehine vermiş oldukları teminat, rehin, ipotek ve kefaletler dışında üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet”* vermesi yasaklanmıştır. Bu hüküm halka açık şirketlerin olağan ticari faaliyetleri kapsamı dışında teminat verilmesini yasaklaması yönünden SK 19 hükmü ile benzerlik göstermektedir. SK 19 hükmünde de şirketin olağan ticari faaliyeti kapsamında sayılacak sigorta işlemleri ve kendi borçları için verebileceği, bunlar dışında üçüncü kişilere teminat verilemeyeceği düzenlenmiştir.

3. Aktif Azaltıcı İşlem yasağı

Sigortacılık Kanunu’nun “aktif azaltıcı işlem yasağı” başlıklı 19. maddesinde sigorta şirketi ve reasüransın ilişkili tarafları olarak *“ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçileri ve çalışanları”* sayılmış ve bunların şirket kaynaklarını dolaylı ya da dolaysız olarak kullanması ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak aktifin değerini düşüren işlemlerde bulunması ve örtülü kazanç aktarımı yapması yasaklanmıştır.

SK 19 hükmünde şirketin ortakları, YK üyeleri, denetçileri ve çalışanları iyi niyet kurallarına aykırı olacak şekilde şirketin varlıklarının değerini azaltan işlemlerde ve örtülü kazanç aktarımında bulunması yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi varlıkların

edilmesinin gereksiz olduğu ifade edilmiştir (Bkz. Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 271).

değerini azaltan işlemlerde bulunma yasağı ve örtülü kazanç aktarımı yasağı ayrı ayrı ifade edilmiştir¹³¹⁹.

Sigorta şirketinin ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçileri ve çalışanlarının şirket esas sözleşmesi, yönetim kurulu kararı veya genel kurul kararı ile belirlenen hükümler dâhilinde personele yapılan ödemeler, yardım veya verilen avanslar haricinde şirketin kaynaklarını doğrudan veya dolaylı olarak kullanmaları yasaklanmıştır. Burada sayılan kişilerin sayılan bu ödeme, yardım ve avans dışında şirketin kaynaklarından başka ödeme veya herhangi bir menfaat elde etmeleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla SK 19 hükmünde şirket esas sözleşmesi, yönetim kurulu veya genel kurul kararı ile belirlenen hükümler dâhilinde yapılan ödemeler, yardım veya verilen avanslar örtülü kazanç aktarımı kapsamında sayılmamıştır.

Ayrıca SK 19 hükmüne dayanılarak çıkarılan Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmeliği'nin¹³²⁰ aktif azaltıcı işlem yasağı başlıklı 14. maddesinde şirketler topluluğu içindeki ödeme yapılması ve kaynak aktarılmasına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir¹³²¹. Buna göre, “*şirketler,*

¹³¹⁹ Madde gerekçesinde de örtülü kazanç aktarımı ve aktif azaltıcı işlemlerde bulunma iki ayrı yasak şeklinde ifade edilmiştir. Halka açık şirketlerde örtülü kazanç aktarımının düzenlendiği SerPK m. 21 hükmünde ise malvarlığını azaltan veya kârının artmasını engelleyen işlemlerde bulunulması örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında sayılmakta ve aktif azaltıcı işlemler ayrı olarak değerlendirilmemektedir. SK 19 hükmünde şirketin varlık değerini azaltan işlemlerde bulunmak ile neyin kastedildiği hükümde açıkça belirtilmediği için örtülü kazanç aktarımından farklı bir anlamı ihtiva edip etmediği de anlaşılamamaktadır. Ancak SK m. 19'da, iki kavram ayrı şekilde ifade edilse de, bu iki kavramın keskin olarak birbirinden ayrılması mümkün değildir. Kanaatimizce burada aktif azaltıcı işlem yasağı üst kavram olarak kabul edilmeli, şirketin aktifinin azalmasına yol açan tüm işlemler bu kapsamda yasak sayılmalıdır. Örtülü kazanç aktarımı ise adı üstünde bir aktarımı ihtiva eder. Dolayısıyla örtülü kazanç aktarımı aktif azaltıcı işlem üst başlığı altında değerlendirilebilirken, ilişkili taraflara kazanç aktarımının olmadığı aktifi azaltan işlemler örtülü kazanç aktarımı kapsamında sayılmaz. Bu hususu gözetken kanun koyucunun sigorta şirketlerini her yönden korumayı da sağlayabilmek için aktif azaltıcı işlemler ve örtülü kazançları ayrı olarak ifade ettiği kanaatindeyiz. Nitekim 19. maddenin başlığını da “*aktif azaltıcı işlem yasağı*” oluşturmaktadır. Ayrıca SK m. 19 hükmüne aykırı davrananlar için cezai yaptırım getiren SK 35/17 hükmünde de SK 19 hükmüne aykırılık şirketin aktif değerinin düşürülmesi ve diğer aykırılıklar şeklinde ayrılarak düzenlenmiştir ve örtülü kazanç aktarımı ayrıca ifade edilmemiştir. SK m. 35/17 hükmünde, 19. maddeye aykırı davrananlara bin gün adli para cezası öngörülürken, iyi niyet kurallarına aykırı şekilde aktifin değerini düşürmesine yol açanlara ise iki bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Böylelikle bu hükümde de şirketin aktif değerinin düşürülmesi üst kavram olarak kabul edilerek bunun için daha ağır cezai müeyyide kabul edilmiştir.

¹³²⁰ 07.08.2007 Tarihli ve 26606 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹³²¹ Bu Yönetmelik'te topluluk kavramı da tanımlanmış ve topluluğun “*hukuksal yönden birbirinden bağımsız olmakla birlikte; sermaye, yönetim ve denetim açısından birbiriyle ilişkili, faaliyet konuları yönünden aynı sektöre bağlı olsun veya olmasın, organizasyon ve finansman konularının bir ana*

topluluk içindeki aracılara sigortacılık prensiplerine aykırı olarak diğer aracılara göre daha yüksek oranda komisyon, ek komisyon ve benzeri ödeme yapamaz, doğrudan veya dolaylı olarak kazanç aktaramaz. Şirketler, topluluk içindeki diğer ortaklıklara ilişkin sigortaları sigortacılık prensiplerine aykırı olarak piyasa rayicinden daha düşük primle yapamaz”. Burada esas itibariyle topluluk şirketlerinde örtülü kazanç aktarımı yasağı daha açık ifade edilmiş ve örtülü kazanç aktarımı ölçütü olarak emsallere uygunluk getirilmiş ve emsalin sigorta prensiplerine aykırı olmaması gerektiği düzenlenmiştir.

B. BANKACILIK KANUNU’NDA

Bankacılık Kanunu’nda doğrudan “*ilişkili taraf işlemleri*” adı altında bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Kanun’da ilişkili taraf işlemi kapsamında sayılabilecek düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. BankK ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler Kanun’un 49, 50 ve 54. maddelerinde bazı ilişkili taraf işlemlerini kapsayan çeşitli düzenlemelere genel itibariyle düzenlenmekte, bunlara ilişkin özel yaptırımlar 108 ila 110. ve 134. maddelerde, cezai yaptırımlar ise 146 ve 160. maddelerde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeler BankK’daki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel düzenleme niteliğindedir.

İlişkili taraf işlemi niteliğinde sayılacak bankanın dâhil olduğu risk grubunda yer alan kişilere kredi kullandırılması BankK m. 50’de, düzenlenmiştir¹³²². Bu Kanun uygulamasında “kredi” kabul edilecek işlemler BankK m. 48’de sayılırken¹³²³,

ortaklık çatısı altında tek merkezden koordine edildiği ana ve bağlı ortaklıklar bütünü” ifade ettiği belirtilmiştir (m. 3g).

¹³²²Kredi yasağına, YK üyesi olan nitelikli pay sahipleri yönünden istisna tanınmıştır. Bu yasağın, bankanın sermayesinde doğrudan veya dolaylı nitelikli paya sahip olup da banka YK üyeliklerinde aslen bulunan ya da temsilci bulunduran gerçek kişi pay sahipleri ile tüzel kişi pay sahipleri hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda, bankanın nitelikli paya sahip gerçek kişi YK üyelerinin kendileri, eşi, velayeti altındaki çocukları ile bunların ortak oldukları şirketler ile bankanın nitelikli paya sahip tüzel kişi YK üyelerinin kendileri ve bunların ortak oldukları şirketler yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır. (Bkz. Alıcı, **a.g.e.**, s. 849). Ancak bu kişilere kredi verilmesi de tamamen serbest bırakılmamış, YK kararının varlığı ve kredi şartlarının piyasa koşullarında olması zorunluluğu öngörülmüştür.

¹³²³ Alıcı, **C. I**, s. 846-847. Bankacılık Kanunu’nun 48. maddesinde şu işlemlerin kredi işlemi olarak sayılacağı düzenlenmiştir: “*Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba*

bankanın dâhil risk grubunu oluşturan kişiler ise m. 49/2’de sayılmıştır¹³²⁴. Bankanın dâhil olduğu risk grubunda yer alan gerçek veya tüzel kişilere kredi kullandırılması durumunda, gerekli kararın yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması gerekliliği öngörülmüş ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandıranlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şartı getirilmiştir. Burada öngörülen üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile karar alınması gerekliliği özel nitelikli ve ağırlaştırılmış nisap teşkil eder¹³²⁵. Böylelikle bu krediler yönünden hem piyasa koşullarına şart içermesi hem de özel nisapla alınan YK kararının gerekliliği yönünden iki ayrı şart öngörülmüştür. Ayrıca BankK m. 54’te ise bankanın dâhil olduğu risk grubuna kullandıracağı kredilerin toplamının özkaynakların yüzde yirmisini aşamayacağı düzenlenmiştir.

Kurumsal Yönetim Tebliği m. 9/8’de, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerin bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetleri kapsamında yapılan ilişkili taraf işlemleri için uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple payları borsada işlem gören halka açık bankaların olağan faaliyetleri dışında kalan ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlere de SerPK’daki ve KYT m. 9 ve 10’daki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür uygulanacaktır.

C. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU’NDA

1. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Transfer fiyatlandırması kavramı, ilişkili sayılan kişilerle gerçekleştirilen mal veya hizmet alım-satımında tespit edilen fiyat veya bedellerin iktisadi ve ekonomik şartların nazara alınarak nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin temel ilkeleri ortaya

bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır. Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankaları ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya Kurulca belirlenecek diğer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır”.

¹³²⁴ Bankanın dâhil olduğu risk grubu için bkz. yuk. §2/V.

¹³²⁵ Alıcı, **a.g.e.**, s. 858.

koymaktadır¹³²⁶. Örtülü kazanç dağıtımı ise kurum kazancının vergilendirilmeksizin kurum dışına transfer edilmesini ifade eder¹³²⁷. Dolayısıyla transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, kurumların ilişkili taraflarıyla yaptıkları mal veya hizmet alım-satımında kazançlarını düşük göstererek kâr ve zarar hesabını oluşturan kalemleri emsallerine aykırı şekilde göstermek suretiyle kurumda bulunması gereken bir kazancın vergi ödemeksizin ilişkili kişilere transfer edilmesini ifade eder¹³²⁸.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı için kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir bedel üzerinden mal veya hizmet alımı ya da satımında bulunması gerekmektedir¹³²⁹. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşebilmesi için yapılan mal veya hizmet alım satımına ilişkin işlemde emsallerine aykırı olarak elde edilecek menfaatin ilişkili kişi sıfatından kaynaklanıyor olması gerekmektedir¹³³⁰. Burada ilişkili kişi kavramı, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurlarından birisi

¹³²⁶ GVK kapsamında da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun'un 41. maddesinin beşinci fıkrası gereğince teşebbüs sahibinin ilişkili kişilerle emsallere aykırı olarak yapmış olduğu mal veya hizmet alım ya da satımının bulunması halinde, emsallere uygun bir bedelle teşebbüs sahibine uygulanan bedel arasındaki işletme aleyhine oluşan fark işletmeden çekilmiş kabul edilmektedir.

¹³²⁷ Nihan Kurtulmaz, **Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Hukukunda Geçerliliği**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 142.

¹³²⁸ Öncel, **a.g.e.**, s. 1.

¹³²⁹ KVK m. 13/1'de örtülü kazancın unsurları belirtilmiş ve transfer fiyatlandırması olarak kabul edilen işlemler örnek mahiyetinde sayılmıştır.

¹³³⁰ Saruhan, **a.g.e.**, s. 28; Kaplan Sönmez, **a.g.m.**, s. 413. İlişkili kişi kavramı KVK m. 13/2'de tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, ilişkili kişiler gerçek kişi veya kurumlar olabileceği, ortakların maddede sayılan yakınlarının ilişkili kişi sayılacağı ve son olarak da Kanun'da öngörülen bazı işlemlerin ilişkili kişilerle yapılmış sayılacağı belirtilerek ilişkili kişi kavramının üç şekilde tarif edildiği görülmektedir. Bu maddede ifade edilen "gerçek kişi", vergiye tabi tutulan şahıslar ile adi şirketler ya da şahıs şirketleri ifade etmektedir. Bu açıdan ilişkili kişi kabul edilen gerçek kişi; TMK anlamında gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olan şahıs şirketleri veya tüzel kişiliği olmayan adi şirketler de olabilmektedir. Maddede ifade olunan "kurum" kavramı ise sermaye şirketlerini, kooperatifleri, iktisadi kamu kuruluşlarını, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ile iş ortaklıklarını kapsamaktadır. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'in ("1 Seri No'lu Tebliğ") 3. maddesinde ilişkili kişiler detaylı olarak tek tek sayılmıştır. (18.11.2007 tarihli ve 26704 sayılı RG'de yayımlanmıştır). KVK m. 13'te ilişkili kişilerin kimler olduğu da belirtilmiştir. Ayrıca KVK'nın 13. maddesi kapsamında transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının uygulanmasına ilişkin usullerin öngörüldüğü Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan "*Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar*"da (BK Kararı olarak anılacaktır) da "ilişkili kişi" kavramına ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiştir (Bkz. Saruhan, **a.g.e.**, s. 28).

olarak ele alınmıştır¹³³¹. Örtülü kazanç dağıtımının ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımına ilişkin bir işlemin varlığı gerekir¹³³².

Örtülü kazanç dağıtımı için aranan bir diğer şart kurumun ilişki kişilerle yapacağı mal veya hizmet alım ya da satımına ilişkin işlemlerde belirleyeceği bedel veya fiyatın emsallere uygunluk ilkesine aykırı olmasıdır. Dolayısıyla kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine uygun olarak tespit ettikleri fiyat veya bedel üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımı yapmaları halinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olmayacaktır¹³³³. Emsallere uygunluk ilkesine aykırılık koşulu SerPK m. 21 hükmünde öngörülen örtülü kazanç aktarımı ölçütü ile eşittir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının varlığı için belirtilenler dışında başkaca bir şart aranmamaktadır. Bu bağlamda örtülü kazancın doğumu bakımından hazinenin zarara uğraması da şart değildir. Kurumlar ilişkili kişilere mal veya hizmet alım ya da satımı üzerinden emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak fiyat ve ücret belirlediği hallerde, hazinenin zarara uğraması şartı aranmaksızın işlem örtülü kazanç dağıtımı sayılmaktadır¹³³⁴.

¹³³¹ KVK kapsamında “ilişkili kişi” kavramına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. yuk. § 2/VI.

¹³³² Örtülü kazanç dağıtımının mal veya hizmet alım ya da satımı şeklinde yapılabileceği belirtilmekle birlikte, hükmün devamında mal veya hizmet alım satımı olarak değerlendirilecek işlemler de sayılmıştır. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 13. maddesinde de mal veya hizmet alım ya da satımının “*alım, satım, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması ve verilmesi işlemleri ile ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren diğer işlemleri*” ifade ettiği belirtilmiştir. Ancak Tebliğ’de farklı olarak diğer işlemlerin de bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir. KVK m. 13’ta ise diğer işlemlerin de bu kapsam olduğu ayrıca belirtilmemiştir. Ancak Kanun’da örtülü kazanç dağıtımı teşkil eden tüm işlemlerin sayılması olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle burada sayılan işlemlerin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmelidir. KVK m. 13/1’de “*mal veya hizmet alım ya da satımı*” kapsamında olması şartıyla en tipik örnekler sayılmıştır. Dolayısıyla burada sayılmayan ancak mal veya hizmet alım ya da satımı kapsamında kabul edilecek işlemler yoluyla da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşmesi mümkündür (Bkz. Açar, **a.g.e.**, s. 260).

¹³³³ Emsallere uygunluk ilkesi KVK m. 13/3’te tanımlanmıştır. Buna göre emsallere uygunluk ilkesi kurumun ilişkili kişilerle yaptığı mal veya hizmet alım ya da satımında uyguladığı fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin olmaması durumunda belirlenecek fiyat veya bedele uygun olmasını ifade etmektedir. Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedellerde emsallere uygunluğun belirleneceği yöntemler de KVK m. 13/4’te düzenlenmiştir. Emsallere uygunluk ilkesi SerPK m. 21 kapsamında örtülü kazanç aktarımı bahsinde detaylı olarak ele alınmıştır. Bu sebeple burada tekrara yol açmaması için ayrıca ele alınmamıştır. Bkz. § 3/II/D/2/c.

¹³³⁴ KVK m. 13/7 uyarınca, tam mükellefler ile yabancı kurumların Türkiye’deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri Türkiye’deki işlemlerinin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılabilemesi için Hazine zararının doğması şarttır. Burada hazine zararı ile örtülü olarak dağıtılan kazanç nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü verginin eksik veya geç tahakkuk ettirilmesi kastedilmektedir.

2. Transfer Fiyatlandırma Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Belgelendirme ve Saklama Yükümlülüğü

Emsallere uygunluk ilkesine uygunluğu ispat edici belgeleri saklama zorunluluğu getirilmiştir¹³³⁵. Kurumların emsallere uygunluk ilkesine uyulduğunu ispat edici belgeleri saklama yükümlülüğünün yanı sıra belgelendirme yükümlülüğü de bulunmaktadır¹³³⁶. Transfer fiyatlandırmasıyla ilgili her türlü bilgi, belgeyi ve emsallere uygunluğa ilişkin hesaplamayı vergi idaresinin talebi üzerine ibraz etmek üzere saklama yükümlülüğü vardır. Mükellefin saklamakla yükümlü olduğu bu belgeler, ilgili işlemde emsallere uygunluk ilkesine göre emsal fiyat veya bedel belirlerken kullandığı yöntemin gerekçesini ve yöntemin doğruluğunu ispat edici delil niteliğine de haizdir¹³³⁷. Ancak bu belgeleri saklama yükümlülüğü emsallere uygunluk ilkesine riayet edildiğine ilişkin ispat amacından ziyade, ilişkili kişilerle gerçekleştirilen işlemlere ilişkin tespit edilen fiyatların hangi yöntemle göre belirlendiğinin açıklanması amacını taşımaktadır¹³³⁸.

3. Transfer Fiyatlandırmasının İlişkili Taraf İşlemleri ve Örtülü Kazanç Aktarımı ile Karşılaştırılması

Vergi hukuku bakımından önemli olan veri kaybının önlenerek hazinenin zarara uğratılmamasını sağlamaktır. Örtülü kazanç dağıtımı kapsamında getirilen bu düzenlemelerin amacı da kurumun, ilişkili kişilerle mal veya hizmet alım ya da satımında bulunduğu işlemlere ilişkin gelirlerinin tam ve doğru olarak beyan edilmesini sağlamak ve bu yolla vergi matrahının aşındırılmasına engel olmaktır¹³³⁹.

¹³³⁵ SerPK m. 21 ve TMS 24.23 hükümlerinde de işlemin emsallere uygun olduğunu ispat edici belgeleri şirketin saklamasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Saklama yükümlülüğü VUK m. 253 uyarınca ilgili bulundukları yılı takip eden yıldan itibaren beş yıldır.

¹³³⁶ Belgelendirme yükümlülüğü oldukça detaylı düzenlenmiştir ve ayrı bir önem taşımaktadır. Zira belgelendirme yükümlülüğünün tam ve zamanında yerine getirilmemesi veya hiç uyulmaması halinde VUK mükerrer m. 355 uyarınca özel usulsüzlük cezaları kesilmektedir. KVK m. 13/8'te de transfer fiyatlandırılmasına ilişkin öngörülen bu belgelendirme yükümlülüğünün tam ve zamanında yerine getirilmiş olması halinde buna ilişkin vergi ziyai cezasının % 50 indirimli olarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

¹³³⁷ Açar, a.g.e., s. 516.

¹³³⁸ Açar, a.g.e., s. 516. Ayrıca bkz. 1 Seri No'lu Tebliğ m. 7.3.3 son fıkra.

¹³³⁹ Bkz. Dan. 9. D., 20.02.2020 T., 2017/2780 E., 2020/1042 K., (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 18.05.2021.

Bu açıdan bu müessese, doğrudan şirketi, pay sahiplerini ve yatırımcıları koruma amacı taşımaz. Bu yönüyle de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK’da getirilen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerden ayrılır.

Transfer fiyatlandırması, ilişkili taraf işlemlerinin tamamı ile değil ancak örtülü kazanç aktarımı teşkil eden işlemlerle kesişmektedir. Bu nedenle kavram da hem ilişkili taraf hem de örtülü kazanç aktarımı kavramları yönünden karşılaştırılmaktadır¹³⁴⁰. SerPK m. 21’de örtülü kazanç aktarımı yasağı, KVK m. 13 hükmünde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı şeklinde ifade edilen bu müessese, esas itibariyle şirketin malvarlığının veya kazancının ilişkili taraflara aktarılmasını konu almaktadır. Ancak KVK konuyu vergi hukuku yönünden ele alırken, SerPK’da şirketler hukuku yönünden ele almaktadır. Vergi hukukunda temel amaç şirketin elde ettiği kazançlarını vergi ödemeksizin ilişkili olduğu kişilere aktarmasına engel olarak hazinenin zarara uğramasını önlemektir. SerPK m. 21 hükmünde öngörülen örtülü kazanç aktarımında ise temel amaç emsallere uygunluk, piyasa teamülleri gibi birtakım ölçütlere aykırı olarak ilişkili taraflarla yapılan işlemler yoluyla şirketin kazancının bu kişilere aktarılacak şekilde şirketin zarara uğratılmasını önlemektir. Bu açıdan her iki düzenlemede tam anlamıyla örtüşmediği gibi uygulanacağı kişi çevresi ve işlemler yönünden de farklılık taşımaktadır.

Örtülü kazanç aktarımına ilişkin her iki düzenlemenin kesiştiği alanlar bulunmakla birlikte örtülü kazanç kavramı KVK ve SerPK uygulamasında kapsam,

¹³⁴⁰ Türk hukukunda örtülü kazanç aktarımı müessesesi ilk olarak vergi hukukunda düzenlenmiştir. Örtülü kazanç kavramı ilk kez 1934 tarihli Kazanç Vergisi Yasası m. 13/5’te “*Sermaye için faiz kabul edilmeyeceği gibi, kollektif şirketlerde şeriklerin ve komandit şirketlerde komandite azaların ve bunların usul ve fîruunun veya karı veya kocanın; sair sinai ve ticari teşebbüsatta karı veya koca ile bunların usul ve fîruunun şirkete veya teşebbüse ikraz edecekleri paralar sermaye sayılır*” şeklinde düzenlenmekteydi (Bkz. Öncel, **a.g.e.**, s. 12). Bu hüküm esas itibariyle KVK m. 12’de düzenlenen “örtülü sermaye” müessesine karşılık gelmektedir. Maddede örtülü kazanç kavramı açıkça belirtilmemiştir ancak bu hüküm KVK’nın yürürlüğe girmesine kadar hukukumuzda örtülü kazançla ilişkin ilk ve tek düzenleme olarak varlığını sürdürmüştür. Örtülü kazanç aktarımı müessesesinin bugün kullanılan anlamı ile yer alması ise ilk kez 03.06.1949 kabul tarihli ve 5422 sayılı KVK ile olmuştur (Bkz. Pehlivanoglu, **a.g.e.**, s. 58). Örtülü kazanç aktarımı müessesesi bu Kanun’un “örtülü kazanç” başlıklı 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu Kanun, 13.06.2006 kabul tarihli ve 5520 sayılı KVK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sermaye piyasası hukuku açısından örtülü kazanç müessesesi ise ilk kez 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 15. maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikle yer almıştır. Bu nedenle sermaye piyasası hukuku kapsamında düzenlenen örtülü kazanç aktarımının başlangıç noktası da vergi hukuku temeline dayanmaktadır (Bkz. Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (2019)**, s. 150).

ilişkili taraflar, işlem ve bağlanan sonuçlar bakımından farklılık göstermektedir. Aşağıda bu hususlar etraflıca ele alınacaktır.

a. Uygulama Kapsamı Yönünden

SerPK m. 21’de düzenlenen örtülü kazanç aktarım yasağı halka açık anonim şirketler ve kolektif yatırım kuruluşları yönünden uygulama alanı bulmaktadır. Ancak halka açık anonim şirketler ve kolektif yatırım kuruluşlarının iştirak ve bağlı şirketlerinin de ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerle şirketin malvarlığını veya kazancını azaltarak kazanç aktarımında bulunmaları yasaklanmıştır. Bu itibarla örtülü kazanç aktarımı yasağı halka açık anonim şirketin bağlı şirketleri ve iştirakleri halka açık şirket olmasa da onların gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerle halka açık anonim şirketin malvarlığının azalması halinde de söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla işlemin taraflarının mutlaka halka açık anonim şirket olması gerekmemektedir.

KVK m. 13’te ise kurumların ilişkili taraflarıyla yaptığı belirli işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirmektedir. Vergi hukukundaki örtülü kazanç dağıtımı müessesinin uygulama alanı halka açık anonim şirketleri kapsamına almakla birlikte onun dışında diğer sermaye şirketlerini, kooperatifleri, iktisadi işletmeler ile iş ortaklıklarını da kapsamına alarak oldukça geniş bir çevre bakımından uygulama alanına sahiptir. Bu açıdan SerPK m. 21 hükmünün uygulama alanı KVK’ya göre oldukça dardır.

Diğer taraftan KVK m. 13 hükmünde, kurumun sadece ilişkili kişilerle yaptığı işlem örtülü kazanç dağıtımı olarak sayılmaktadır, dolayısıyla kurumun iştirak veya bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler KVK bakımından örtülü kazanç kapsamında sayılmamaktadır. Bu bağlamda halka açık anonim şirketin bağlı şirketlerinin ya da iştiraklerinin yaptığı ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği işlemler halka açık anonim şirketin malvarlığını veya kazancını azaltmasına yol açması durumunda SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç olarak sayılırken KVK m. 13 uyarınca işlemin halka açık anonim şirket yönünden etki etmesi koşulu aranmaksızın işlemin tarafı olan kurum yönünden örtülü kazanç dağıtımı sayılacaktır. Bu yönüyle de KVK m. 13 hükmünün uygulaması, SerPK m. 21’den ayrılmaktadır.

b. İlişkili Taraflar Yönünden

KVK m. 13 ve SerPK m. 21 hükümlerinde esasen işlemin gerçekleştirildiği ve kazancın aktarıldığı şirketle ilişkili kişiler benzer şekilde tarif edilmiştir. Her iki düzenlemeye de şirketle sermaye, yönetim ve denetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide olmak bir koşul olarak aranmıştır. Ancak benzer şekilde ifade edilse de her iki düzenlemenin aynı ilişkili taraf çevresinden bahsettiğini söylemek mümkün değildir. İki hüküm lafız olarak değerlendirildiğinde, KVK hükmünde kazanç aktarılan ilişki kişinin “gerçek kişi ve kurumlar” olabileceğinin, SerPK m. 21 hükmünde ise ilişkili tarafın sadece gerçek ve tüzel kişiler olabileceğinin belirtildiği görülmektedir¹³⁴¹. KVK’da ilişkili kişiler tanımında gerçek kişiler ve kurumlardan bahsedilmiştir, kurumlar kapsamına tüzel kişiliği olmayan oluşumlar da girmektedir. Bu bağlamda SerPK m. 21 uyarınca tüzel kişiliği olmayan iş ortaklıkları ve yatırım fonları ilişkili taraf olarak sayılamazken, KVK m. 13 uyarınca ilişkili kişi olarak kabul edilebilecektir¹³⁴². Bu yönüyle KVK’daki ilişkili kişi çevresinin daha geniş çevreyi kapsadığını söylemek mümkündür.

KVK yönünden kabul edilen ilişkili taraf çevresi maddede tanımlanmış ve 1 Seri No’lu Tebliğ’de de detaylı olarak açıklanmıştır. SerPK m. 21 yönünden ilişkili taraf tanımı getirilmemiş olmakla birlikte sermaye piyasası mevzuatı yönünden kabul edilen tanım TMS 24’te tanımlanan ilişkili taraf tanımıdır. Bu itibarla SerPK m. 21 yönünden ilişkili taraf kavramını da TMS 24 bağlamında anlamak gereklidir. KVK m. 13 hükmünde ve 1 Seri No’lu Tebliğ’de ilişkili kişi çevresi oldukça geniş tutularak TMS 24 bakımından ilişkili sayılmayacak birçok işletme ve kişi, ilişkili kişi kapsamında sayılmıştır. Bu iki Kanunun düzenleme amacındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Nitekim vergi mevzuatında temel amaç vergiden kaçınılmasını önlemektir. Bu nedenle burada vergi kaçınılmasına yol açabilecek işlemin yapılabileceği kişi çevresini oldukça geniş tutulmuştur. Vergi hukuku bakımından bu kabul edilebilir niteliktedir. Zira vergi hukukunda örtülü kazanç dağıtımı teşkil eden işlemlere yönelik bir yasadaki getirilmemekte ve bu işlemlerin geçerliliğine etki edecek bir sonuç bağlanmamaktadır.

¹³⁴¹ ESerPK m. 15 hükmünde teşebbüs kavramına yer verilirken SerPK m. 21’de tüzel kişi kavramına yer verilmesi örtülü kazanç aktarılanın yalnızca gerçek kişi veya tüzel kişi olabileceği şeklinde kabul edilmesine yol açmıştır.

¹³⁴² Pehlivanoğlu, **a.g.e.**, s. 120.

Burada yalnızca kazanç aktarılan tutara göre vergi tesis edilmesi söz konusu olmaktadır. Örtülü kazanç aktarımında ise doğrudan kazanç aktarımı teşkil eden işlemlerin yasaklanması söz konusudur. Bu nedenle şirketlerin ilişkili taraflarıyla belirli nitelikte işlemlerine ilişkin bu yasaklamanın vergi sistemindeki kadar geniş tutulması olanaklı değildir. Aksi halde bu durum şirketlerin ekonomik özgürlüğüne müdahale teşkil edecektir. Bunun ise kabul edilmesi olanağı yoktur.

Aynı durum ilişkili taraf işlemleri yönünden de geçerlidir. İlişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemlerine SerPK m. 17/3'ün yanı sıra TMS 24 bağlamında da çeşitli yükümlülük getirilmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen düzenlemeler şirketlerin ilişkili olduğu kişilerle yapacağı işlemlerle zarara uğramasını önlemek ve bu işlemlerin kamuya açıklanarak hem pay sahipleri hem de yatırımcıların bu işlemlerden haberdar olmalarını sağlamak için öngörülmüştür. Bu amaca hizmet etmeyecek kişilerle yapılacak işlemlere yönelik sınırlamalar ve yasaklar getirilmesi şirketleri ekonomik faaliyetini yapamaz hale getirebilecek ve şirketlerin zarara uğramasına yol açabilecektir. Bu nedenle TMS 24'te tanımlanan ilişkili taraf çevresi ile vergi mevzuatında tanımlanan ilişkili kişi çevresini bu bağlamda düşünmek zorunludur.

Vergi mevzuatı büyük ölçüde TMS 24'te sayılan ilişkili taraf çevresini kapsamına almaktadır. Bu nedenle bir işlemin SerPK m. 21 uyarınca hem örtülü kazanç hem de KVK m. 13 uyarınca transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı teşkil etmesi mümkündür. Ancak kavramların kesiştiği noktalar olsa da birbiri ile aynı anlamları ihtiva etmemektedir.

c. İşlem ve Ölçütler Yönünden

İşlem yönünden iki müessese ele alındığında ise örtülü kazanç aktarımı SerPK m. 21 hükmünde daha kapsamlı düzenlenmiştir. KVK m. 13'te transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilecek mal veya hizmet alım veya satımı işlemleri ile örtülü kazanç dağıtımının yapılabileceği belirtilmiştir¹³⁴³. SerPK m. 21/1 hükmünde ise örtülü kazanç aktarımının “*farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari*

¹³⁴³ Hükümde mal veya hizmet alım-satımı şeklinde ifade edilse de alım satım kapsamına imalat, inşaat, kiralama işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeler yapılması gerektiren işlemlerin girdiği belirtilerek oldukça geniş bir işlem skalası bu kapsama alınmıştır.

uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler” aracılığıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Maddede “işlem” olarak çeşitli işlemler sayılmış ve “gibi işlemler” ifadesi kullanılarak da işlemlerin bunlarla da sınırlı olmadığı ortaya koyulmuştur. Ticari uygulamalar yapmak, işlem hacmi üretmek gibi işlemler denilmek suretiyle de hukuki işlemin içeriğini veya amacı ortaya koyulmuştur. Bu açıdan bu iki düzenlemenin işlemin varlığını araması yönünden benzer olduğunu söylemek mümkündür¹³⁴⁴.

Örtülü kazanç aktarımının ölçütleri olarak SerPK m. 21/1’de emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri sayılmıştır. SerPK örtülü kazanç dağıtımının varlığı için daha kapsamlı ölçütler benimsemiştir¹³⁴⁵. KVK 13 hükmünde ise sadece emsallere uygunluk ilkelerine aykırılık örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilerek emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak ilişkili kişilerle yapılacak işlemlerde hazinenin vergi gelirinin azaltılması önlenmek istenmiştir¹³⁴⁶.

d. SerPK ve KVK Uygulama Alanlarının Kesişmesi

Yukarıda örtülü kazanç aktarımı ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının benzerlik gösterdiği veya ayrıldığı hususlar açıklanmıştır. İki müessese düzenleme amaçları ve kapsamaları yönünden farklılık gösterse de bir arada var olmaları da mümkündür. Vergi hukukunda ilişkili kişi çevresi çok geniş olarak ele alınmaktadır ve bu yönüyle TMS 24.9’da sayılan ilişkili tarafları da büyük ölçüde kapsamına almaktadır. Bu nedenle halka açık bir anonim şirketin ilişkili tarafı ile

¹³⁴⁴ Aksi yöndeki görüş için bkz. Pehlivanoğlu, **a.g.e.**, s. 117.

¹³⁴⁵ Örtülü kazanç aktarımı yasağında amaç şirketin malvarlığının ve kazancının korunması olduğu için şirketin zararına olabilecek işlemlere engel olunabilmesi için KVK’dan farklı olarak basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık da bir kriter olarak kabul edilmiştir. Ayrıca SerPK m. 21/2 uyarınca örtülü kazanç aktarımının pasif yolla da yapılması mümkündür. KVK m. 13’te ise pasif yolla transfe fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına imkân tanınmamıştır. Bu nedenle vergi hukuku yönünden örtülü kazanç dağıtımının varlığı için mutlak surette kurumun gerçekleştirdiği bir işlemin varlığı gerekmektedir.

¹³⁴⁶ Ancak belirtelim her zaman emsallere uygun olan işlemin şirketin yararına olduğunu söylemek mümkün olmaz. Örneğin şirketin ilişkili taraflarıyla işlem yapmak için başka kişilerle işlem yapmaktan vazgeçerek şirketin sözleşmeye aykırılık gibi birtakım tazminatlara maruz bırakılması halinde ilişkili tarafla yapılan işlem emsallerine uygun olsa da basiretli tacirin yapacağı bir işlem değildir. Burada ilişkili tarafla yapılan işlem nedeniyle şirketin kârı ya da malvarlığı azaltıldığı için örtülü kazanç aktarımının varlığından söz edilebilecektir. Buna karşın işlem, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olmadığı için KVK açısından örtülü kazanç dağıtımı teşkil etmeyecektir.

emsallerine uygunluk ilkesine aykırı olarak şirketin malvarlığını ya da kazancının azaltılmasına yol açan işlem gerçekleştirmesi, örtülü kazanç aktarımı oluştururken aynı zamanda KVK m. 13 hükmü kapsamında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı da oluşturması mümkündür.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN

SONUÇLARI

I. SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA ÖNGÖRÜLEN

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ İLE İLGİLİ

DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Sermaye Piyasası Kanunu'nda hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin sonucu sadece usuli açıdan düzenlenmiş ve prosedüre uygun alınmayan YK ve genel kurul kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bunun dışında ilişkili taraf işlemlerinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesinin sonuçları ayrıca düzenlenmemiştir. Bununla birlikte ilişkili taraf işleminin örtülü kazanç aktarımı ya da önemli nitelikte işlem oluşturduğu hallerde bu müesseselere ilişkin özel yaptırımlar da uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda yöneticilerin sorumluluğu ve SPK'nın denetim yetkisi kapsamında haiz olduğu tedbir ve idari yaptırımlar da hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesinde uygulama alanı bulabilecek diğer müesseselerdir.

Aşağıda hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesinin hukuki sonucu ve uygulanabilecek yaptırımları etraflıca ele alınmıştır.

B. SERPK M. 17/3 VE KYT'DE GETİRİLEN

DÜZENLEMELERE AYKIRILIK

1. Usule Aykırılığın Sonuçları

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin karar alma sürecinde SerPK m. 17/3'te belirtilen usul ve esaslara uygun olarak alınmayan YK kararı veya genel kurul kararlarının geçersizliği gündeme gelmektedir.

Kanun'da anılan maddede belirtilen esaslara uygun alınmayan YK kararları ve genel kurul kararlarının geçerli sayılmayacağı belirtilmiştir. Öğretide hâkim görüş, maddede esaslara aykırı alınan kararların geçersiz sayılacağına belirtilmesinden

hareketle buradaki yaptırımın “butlan” olduğunu ileri sürmektedir¹³⁴⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanatımızca maddede kararların geçersiz olduğu belirtilmiş ancak geçersizliğin yokluk mu, butlan mı veya iptal mi olduğu hususu ifade edilmemiştir. Bu açıdan hukuka aykırı olarak alınan bu kararlar yönünden hangi geçersizlik yaptırımının söz konusu olacağının irdelenmesi gerekmektedir.

a. Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği

SerPK m. 17/3 uyarınca, maddede öngörülen esaslara uyulmadan alınan YK kararının geçersiz sayılmaktadır. İlişkili taraf işlemlerinde Kanun’un öngördüğü usulün başlangıç noktası YK kararı olduğu için öncelikle aşağıda bu hususa ilişkin ayrıntılı bir açıklama yapmak istiyoruz.

Yönetim kurulu kararlarında aykırılığın biçimine göre yokluk, iptal veya butlan gündeme gelmektedir. Yönetim kurulu kararlarının iptalinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte öğretide genel kabul iptalin istenemeyeceği yönündedir¹³⁴⁸. TTK’da YK kararlarının iptaline ilişkin iki istisna öngörülmüş¹³⁴⁹, bu istisnalar dışında ise YK kararlarının iptali düzenlenmemiştir¹³⁵⁰. Konumuz itibariyle YK kararlarının iptaline ilişkin istisnalar kapsamına giren bir ihtilaf bulunmadığı için bu konudaki tartışmalara ve istisnalara girilmesi gereği duyulmamaktadır.

Bu açıdan YK kararının SerPK m. 17/3 hükmüne aykırı olması halinde yokluk ya da butlan yaptırımı söz konusu olacaktır.

¹³⁴⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 286; Aksoy M. A., **a.g.m.**, s. 28; Kırca (Şehirali Çelik /Manavgat), **C. 1**, s. 684; Yusuf Z. Sönmez, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, Eds: Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet Özsoy, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 306; Cankat, **a.g.e.**, s. 338.

¹³⁴⁸ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 523; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-105, s. 274. İptal davası açılmayacağını savunan yazarlar özetle kanunda iptal müessesinin düzenlenmediğini, burada boşluğun değil bilinçli bir susmanın olduğunu, iptal davasının inşai bir dava olduğunu ve inşai davalarda sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğunu ve bu nedenle kanunda öngörülenler dışında yeni bir iptal davası oluşturulamayacağını gerekçe olarak sunmuşlardır (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 523).

¹³⁴⁹ Bunlar TTK m. 192/2’de öngörülen kolaylaştırılmış birleşmede YK kararının iptalinin istenebilmesine ve TTK m. 460/5 uyarınca kayıtlı sermaye sistemi kapsamında YK kararlarının iptalini ilgilendirir. Bir başka istisna da SerPK m. 18/6’da yine kayıtlı sermaye sistemi kapsamında yer almaktadır. (Bu istisnalar için bkz. Hediye Bahar Sayın, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 248-257; Aydın Alber Yüce, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 84-95).

¹³⁵⁰ TTK m. 391 gerekçesinde de YK kararlarının iptalinin istenemeyeceği belirtilmiştir.

(1) Yokluk

Yokluk, kanunlarda düzenlenmemiş olmakla birlikte öğreti ve yargı kararları neticesinde kabul edilen bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkar¹³⁵¹. Yokluk hukuki işlemin kurucu ve şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırı olması halinde söz konusu olur ve bu halde bu unsurların yokluğu nedeniyle işlemin şeklen dahi olsa var olmadığı kabul edilir¹³⁵².

Bütün hukuki işlemlerde ortak kurucu unsuru esas itibarıyla irade beyanı oluşturur, haliyle irade beyanı mevcut olmadıkça işlem de var olamaz¹³⁵³. Yönetim kurulu kararlarında irade beyanı, kanunda öngörülen toplantı ve karar nisaplarına göre karar alınması halinde sağlanmış olur. TTK m. 390/1 uyarınca YK, esas sözleşmede ağırlaştırıcı bir hüküm olmadığı takdirde, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını da toplantıya katılanların çoğunluğuyla alabilir. Bu nedenle öngörülen nisaplara uygun olarak alınmayan YK kararları yok sayılır¹³⁵⁴. Ancak SerPK m. 17/3'te buna ek olarak farklı bir nisap daha aranarak YK kararının hüküm ifade edebilmesi için işlemin ayrıca bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu tarafından onaylanması gerektiği belirtilmiştir. Bağımsız YK üyeleri onaylamadığı takdirde işleme ilişkin YK kararı alınmamış sayılmaktadır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin onaylanmasına ilişkin YK kararları alınırken hem TTK m. 390/1'de öngörülen nisaba hem de SerPK m. 17'de öngörülen bu özel nisaba uyulmaması halinde karar yok hükmünde sayılmalıdır¹³⁵⁵.

Yönetim kurulu toplantılarına katılma üyeler için vazgeçilemez nitelikte bir haktır ve bunun sınırlandırılması da mümkün değildir. Üyelerin toplantıya katılma hakkının bu niteliği nedeniyle, çağrının usulsüz yapıldığı hallerde üyelerden bir kısmının

¹³⁵¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 510.

¹³⁵² Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 32-33.

¹³⁵³ İsmail Kırca (Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 2/2, **Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Ankara, BTHAE, 2016, s. 4; İsmail Kırca, **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 3.

¹³⁵⁴ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 511-512; Yüce, **a.g.e.**, s. 66; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 534.

¹³⁵⁵ Öğretide *Memiş/Turan* tarafından da SerPK m. 17/3'teki esaslara uyulmaksızın alınan YK kararlarının geçersizlik türünün yokluk olduğu belirtilmiştir. Ancak yazarların burada nisap özelinde bir ayırım yapmadıklarını da belirtelim (Bkz. *Memiş/Turan*, **a.g.e.**, s. 115).

katılamadığı toplantılar sonucunda alınan kararların da nisaplar sağlansa bile yok hükmünde sayılması gerektiği öğretide savunulmaktadır¹³⁵⁶. Öğretide bir görüş ise üyelerin toplantıya katılma haklarının engellenerek alınan kararların butlan yaptırımına tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁵⁷. Yargıtay'ın da vermiş olduğu bir kararda çağrının usulüne uygun yapılmadığı bir YK kararının, butlanla malul sayıldığı görülmektedir¹³⁵⁸.

Yönetim kurulu kararlarının yokluğundan bahsedebilmek için YK kararı için gerekli kurucu ve şekli unsurların olmaması gerekir. Bir YK kararının varlığı için kanunda düzenlenen şekilde toplantının yapılmış olması ve emredici hukuk kurallarına uyulmuş olması gerekir¹³⁵⁹. Yönetim kurulu kararlarının alınabilmesi için gerekli usul ve esaslar TTK m. 390 ve 1527 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu nedenle öğretide geçerli bir YK kararının varlığından söz edebilmek için anılan maddelere uygun bir kararın alınmış olması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁶⁰. Bu maddelere göre, YK kararı üyelerin ya fiziki olarak toplanarak ya da elektronik ortamda katılımları ile öngörülen prosedüre uyularak yapılan toplantıda alınmış olmalı yahut üyelere birinin karar şeklinde yazılmış önerisine diğer üyelerin yazılı onay vermesiyle alınan bir karar olmalıdır. Bu nedenle toplantının yapılmadığı veya elden dolaştırma suretiyle karar alınmadığı hallerde YK kararının yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir¹³⁶¹.

Elden dolaştırma usulünde, üyelere birine karar şeklinde yazılmış önerinin onay için sunulmaması halinde bu kararın yokluk ya da butlan mı yaptırımına tabi olduğu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş bu koşulun geçerlilik şartı olduğunu ve bu nedenle butlanla malul olduğunu kabul ederken¹³⁶², öğretideki diğer görüş ise üyelere sunulmamış olmasının toplantı yetersayısını etkileyeceği için bu kararın yok

¹³⁵⁶ İmregün, **a.g.e.**, s. 214; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 512; Hülya Çoştan, “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, **BATİDER**, C. 28, S. 3, Eylül 2012, s. 176.

¹³⁵⁷ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 247.

¹³⁵⁸ İlgili karar için bkz. Yarg. 23. HD., 15.11.2018 T., 2018/1538 E., 2018/5336 K., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 11.03.2021.

¹³⁵⁹ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 244.

¹³⁶⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 511.

¹³⁶¹ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 245; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 511; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 190.

¹³⁶² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 513; Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 246.

hükmünde olduğunu ileri sürmektedir¹³⁶³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında önerinin tüm üyelere yapılmamasının yaptırımını geçerlilik şartının yerine getirilmemesi nedeniyle butlan olarak kabul etmiştir¹³⁶⁴. Kanaatimizce de burada üyelere birine önerinin sunulmamasının yaptırımını yokluk olmalıdır. Zira yukarıdaki YK üyesinin toplantıya çağrılmaması ile ilgili görüşümüz doğrultusunda burada da yokluk yaptırımını savunmaktayız. Kanaatimizce üyenin toplantıya çağrılmaması ile üyeye karar metninin gönderilmemesi, aynı etkiyi doğurur.

Hukuki yararı bulunan herkes herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın YK kararlarının yoklukla malul olduğunu her zaman ileri sürebilir ve yokluğun tespiti davasını açabilir¹³⁶⁵.

TTK m. 391/5'te kararların geçerliliğinin imzalanmış olmalarına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Yönetim kurulu kararlarının geçerli olabilmesi için imzalanmış olması gerekir. İmzasız alınan YK kararlarının yaptırımının yokluk mu butlan olduğu hususu tartışmalıdır. Öğretide imzasız kararın yok hükmünde olduğunu ileri sürenler yazarlar¹³⁶⁶ olduğu gibi ağırlık görüş bunun geçerlilik şartı olduğunu ve buna aykırılığın butlan yaptırımına tabi olması gerektiği yönündedir¹³⁶⁷. Kanaatimizce de maddede açıkça geçerlilik şartı olduğu belirtildiği için imzasız kararların butlan yaptırımına tabi olduğu kabul edilmelidir.

(2) Butlan

Yokluktan farklı olarak kurucu unsurları şeklen ve fiilen var olmakla birlikte geçerlilik şartları eksik olan, konu ve içeriği bakımından ağır hukuka aykırılıklar içeren işlemler batıldır¹³⁶⁸. Batıl işlemler, baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmazlar. TTK m. 391'de sayılan YK kararlarının butlanı sınırlı sayıda belirtilmemiş, en sık karşılaşılan batıl kararlar örnek kabildinden sayılmıştır¹³⁶⁹. Bu

¹³⁶³ Coştan, **a.g.m.**, s. 158.

¹³⁶⁴ İlgili karar için bkz. Yarg. 11. HD., 11.02.2013 T., 2016/373 E. , 2016/1594 K., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 11.03.2021.

¹³⁶⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 534; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 513.

¹³⁶⁶ İmregün, **a.g.e.**, s. 214-215; Üçışık/Çelik, **Anonim Şirketler**, s. 441.

¹³⁶⁷ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 245.

¹³⁶⁸ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 29-32; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 513.

¹³⁶⁹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 515; Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 95.

husus hem madde lafzından hem de madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olan ya da konusu itibariyle imkânsız olan YK kararları da batıl sayılmalıdır. Ancak burada anonim şirketlerin özelliği dikkate alınmalı ve bağdaştığı ölçüde uygulanması gündeme gelmelidir¹³⁷⁰.

SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9’da bu maddelerde belirtilen esaslara uyulmaksızın ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınan YK kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle anılan düzenlemelere aykırı olarak alınan kararların yukarıda belirtilen yokluk kapsamına girmediği hallerde butlanla batıl olduğu kabul edilmelidir.

SerPK m. 17/3 kapsamında bağımsız üyelerin tamamının toplantıya katıldığı hallerde ilişkili taraf işlemlerinin bağımsız üyelerce onaylanmaması durumunda toplantıya çağrının usulüne uygun yapılmaması sebebiyle katılmayan YK üyesi acaba YK kararının batıl olduğunu ileri sürebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya zaten ilişkili taraf işlemlerine onay verilmemesi sebebiyle butlanı talep etmekte hukuki yararın olmadığı gerekçesiyle olumsuz cevap verilebilir. Buna karşın beş kişiden oluşan bir YK’da iki bağımsız üyeden birinin toplantıya gelmemesi halinde durumun ne olacağı da tartışılmalıdır. Kanaatimizce burada bağımsız üyelerin eksikliği ile toplanan YK, toplantıyı bir başka tarihe erteleyerek bağımsız üyenin katılımını sağlayabilir. Böylece bağımsız üyelerin karar alabileceği bir oturum gerçekleştirilebilir. Bir diğer ihtimal de üç bağımsız YK üyesinden ikisinin toplantıya gelmesi halidir. Bu ihtimalde ise artık bağımsız YK üyelerinin toplantı ve karar nisapları mevcuttur ve burada iki bağımsız YK üyesinin varlığı ile toplantı icra edilebilir.

Bu noktada kanaatimizce bağımsız üyelerin SerPK m. 17/3 kapsamında kendi toplantı ve karar nisaplarının YK toplantılarına kıyasen uygulanarak çözülebileceğini düşünüyoruz.

İlişkili taraf işlemleriyle ilgili belirtilen esaslardan biri, ilişkili tarafların ve onlarla ilişkili olanların oy kullanamayacağı hususudur. SerPK m. 17/3’te ilişkili taraf niteliğinde olan YK üyelerinin toplantıya katılmaları açıkça yasaklanmamış, ancak

¹³⁷⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 515, 521; Bahar Sayın, *a.g.e.*, s. 208-210.

KYT m. 9'da oy kullanamayacakları belirtilmiştir. Bu maddedeki esaslara uyulmaksızın alınan YK kararlarının geçersiz olduğu da ifade edilmiştir. Burada ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak kararın tamamen usul ve esaslara uygun olması sağlanmaya çalışılmıştır. Müzakerelere katılmaması gereken bir üyenin katılması halinde alınan YK kararlarının akıbetinin ne olduğu hususu da öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, katılma yasağına tabi üyenin toplantı yeter sayısına etkisini dikkate alarak ikili bir ayırım yapmakta, üyenin katılmaması halinde toplantı yeter sayısı sağlanamıyor ise karar batıl, sağlanıyorsa geçerli sayılması gerektiğini savunmaktadır¹³⁷¹. Öğretideki diğer görüş de bu ayırımı yapmakta ancak yeter sayının sağlanmadığı hallerde kararı yoklukla malul saymaktadır¹³⁷². Öğretideki bir başka görüş ise müzakere yasağına ilişkin yaptırımın şirketin ortaya çıkma olasılığı olan zararının tazmini olduğunu, toplantıda alınan kararın butlan yaptırımına tabi olmasının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹³⁷³. Kanaatimizce YK toplantısına katılmaması gereken bir üyenin katıldığı hallerde alınan kararlar geçerli olup olmadığı hususu ilişkili taraf işlemleri özelinde ayrı değerlendirilmelidir, bu gereklilik ilişkili taraf işlemi için öngörülen prosedürün amacı gereği doğmaktadır. Her ne kadar SerPK'da açık bir düzenleme olmasa da, KYT'de konunun görüşüleceği YK kararlarında ilişkili taraf sayılan üyelerin oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. Daha önce de ele aldığımız üzere, SerPK'da genel kurula katılan ilişkili taraflar için aynı esasların öngörülmesi buradaki sessiz kalmanın bilinçli bir tercih olmadığını, SerPK'da unutulmuş kriterin KYT'de yer verildiğini ortaya koymaktadır. İlişkili taraf işlemleri için yönetim kurulundaki onay safhasının gereği gibi yerine getirilebilmesi için ilişkili taraf sayılan kişilerden biri toplantıda karar verilmiş olması şarttır. Bu, işlemin şirket ve pay sahipleri açısından olası etkilerinin tartışılması ve özellikle bağımsız YK üyelerinin işlemi gereği gibi tartışabilmesi için zaruridir. İlişkili taraf işlemlerinin onaylanması için bu koşul da ayrı bir geçerlilik şartı olarak ifade edilmelidir. Aksi halde onay alınmasındaki hukuki fayda sağlanamayacaktır. Zira onay

¹³⁷¹ Çoştan, **a.g.m.**, s. 178; Ömer Teoman, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?”, **BATİDER**, C. 26, S. 4, Aralık 2010, s. 9

¹³⁷² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 499; Yüce, **a.g.e.**, s. 79.

¹³⁷³ Teoman, **Müzakerelere Katılma Yasağı**, s. 13.

safhası şirketle ilişkili olan kişilerin şirketin ve pay sahiplerinin zararına bir işlem yapmasının önüne geçilmesini sağlamak için öngörülmüştür ve bu amaçla işlemin tarafsız üyelerle birlikte tartışılması sağlanmaya çalışılmış ve bağımsızlığından şüphe duyulmayacak bağımsız YK üyelerin de işlemi onaylaması şart koşulmuştur. Bu nedenle ilişkili tarafların katıldıkları YK kararlarının toplantı yeter sayılarına bakılmaksızın batıl olduğu kabul edilmelidir.

İlişkili taraf işlemleri ile ilgili SerPK'da ve KYT'de belirtilen esaslara aykırılık halinde hangi geçersizliklerin söz konusu olacağı yukarıda genel hatlarıyla izah edilmeye çalışılmıştır. Ancak belirtelim sadece anılan hükümlerde belirtilen esaslara aykırılık halinde YK kararlarının geçersizliği söz konusu olmamakta, kararın içeriği ve oluşturabileceği sonuçları itibarıyla de geçersizliği gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle YK kararlarının batıl sayılabileceği durumlara da değinilmiştir.

Butlan TTK m. 391'de YK kararlarının batıl olduğu haller sayılmış ve bu kararların batıl olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği belirtilmiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak YK kararlarında da sayılan bu hallere giren durumların varlığı halinde kararın batıl olduğu sonucuna varılacaktır.

i. Eşit İşlem İlkesine Aykırı Kararlar

İlişkili taraf, pay sahibi ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak YK kararlarında eşit işlem ilkesine aykırı bir karar alınması muhtemeldir. Bu yöndeki işlemlere yönelik alınan kararların da TTK m. 391 uyarınca batıl sayılıp sayılmayacağı ayrı bir sorun oluşturur. Eşit işlem ilkesi, anonim şirketlerde TTK m. 357'de düzenlenmiş ve pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulması şeklinde ifade edilmiştir. Bu eşitliğin anonim şirketlerde nispi eşitliği ifade ettiği ve haklı bir sebep olmadıkça pay sahiplerinin eşit şartlarda aynı koşullara tabi tutulmasını, pay sahipleri arasında olumlu ya da olumsuz ayrımcılık yapılmamasını gerektirdiği genel olarak kabul edilmektedir¹³⁷⁴.

Şirketin pay sahibi ile gerçekleştireceği bütün işlemlerde eşit işlem ilkesini gözetme yükümlülüğü olup olmadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Eşit işlem ilkesinin

¹³⁷⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 888; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), **C. 1**, s. 132; Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 101..

şirket ile pay sahibi arasında ortaklık ilişkisinden kaynaklanan ilişkilerde uygulanması hususunda bir ihtilaf yoktur. Ancak pay sahibinin, şirketle ortaklık ilişkisi dışında bir işlemde bulunması halinde burada da eşit işlem ilkesi gözetilmeli mi tartışması ortaya çıkmıştır¹³⁷⁵. Bu konuda öğretide bir görüş, pay sahibi sıfatı olmadan ve şirketin tüzel kişiliği devreye girmeksizin yapılan işlemlerde, eşit işlem ilkesinin uygulanmayacağını, aksi halde işlemin uygulama alanının oldukça genişletilmiş olacağını ileri sürmektedir¹³⁷⁶. Bu görüşü savunan bazı yazarlarsa, bu görüşe istisna tanımakta ve pay sahibi ile şirket arasında menfaat çatışması yaratan sözleşme ilişkilerin varlığı söz konusu ise eşit işlem ilkesine riayet edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁷⁷. Öğretideki diğer görüş ise ayırım yapmamakta şirketin pay sahipleri ile yaptıkları tüm işlerde bu ilkeyi gözetmesi gerektiğini kabul etmektedir¹³⁷⁸.

Kanaatimizce de pay sahipleri ile yapılan işlemlerde, menfaat ihtilafının olacağı tüm işlemlerde şirketin eşit işlem ilkesini gözeterek hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Aksi halde pay sahiplerinin şirketle yaptığı örgütsel bir işlem yapmadığı hallerde diğer pay sahiplerinin gereği gibi korunmaması söz konusu olabilecek, ilke bir yönüyle işlevsiz hale getirilebilecektir. Bu tartışma özellikle ilişkili taraf işlemleri için önem arz etmektedir. Zira ilişkili taraf olan pay sahipleri ile şirketin gerçekleştireceği işlemler menfaat çatışması yaratmakta ve çoğu zaman da diğer pay sahiplerine eşit koşullarda sunulan bir işlem niteliği arz etmemektedir. İlişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür de bu menfaat çatışmasının hem diğer pay sahipleri hem de şirket açısından oluşturabileceği olası zararların önüne geçilmesini sağlama amacı gütmektedir. Bu nedenle ilkenin burada oldukça koruyucu bir işlev göreceği şüphesizdir.

Öğretide de eşit işlem ilkesinin sınırının bütün pay sahiplerinin menfaatinin gerektirdiği hallere göre çizileceği belirtilmektedir¹³⁷⁹. Bu yönden ilişkili taraf sayılan

¹³⁷⁵ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 117.

¹³⁷⁶ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 118; Şükrü Yıldız, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri açısından Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 77; Setenay Yağmur, **Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 69.

¹³⁷⁷ Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 118.

¹³⁷⁸ Cafer Eminoğlu, “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, **TFM** 2015/1, s. 84.

¹³⁷⁹ N. Füsün Nomer Ertan, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, **Prof. Dr. Oğuz**

pay sahiplerinin, şirketle yapacağı işlemlerde, eşit işlem ilkesi yönünden sınırını diğer pay sahiplerinin menfaatinin zedelenmemesi oluşturacaktır. Bu sınır, aynı zamanda diğer pay sahiplerinin menfaatlerini zedelemeyen, dolayısıyla herhangi bir üçüncü kişiyle yapılsa da aynı sonucun elde edileceği işlemlerin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını da ortaya koymaktadır. İlişkili taraf işlemleri yönünden diğer sınırı SerPK m. 21 hükmü çizmektedir. Bu hükmün tersi anlamından şirketin ilişkili taraflarıyla emsallerine ve piyasa teamüllerine uygun ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olmayacak koşullarda işlem yapılmasının hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda genel kurulun iptal sebepleri arasında sayılan eşit işlem ilkesine aykırılık, şirketin pay sahiplerinin şirketin amacı bakımından haklı gösterilmeyen eşit olmayan muameleye veya dezavantajlı durumda olması şeklinde belirtilmiştir¹³⁸⁰. Burada şirketin amacı şeklinde yer alan ifadenin şirketin menfaati olarak anlaşılması gerektiği ve dolayısıyla şirketin menfaati bakımından haklı görülebilecek bir sebeple pay sahiplerine eşit muamelede bulunamayabileceği kabul edilmektedir¹³⁸¹. Öğretide de İsviçre'deki bu yaklaşımın kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁸². Burada şirketin menfaati için kaçınılmaz olması ve herhangi bir keyfi davranış kapsamında alınmamış olması gerektiği de belirtilmektedir¹³⁸³.

Eşit işlem ilkesi Pay Sahipleri Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde de anılmış, bütün pay sahiplerine eşit koşullarda sunulan işlemler için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürden muafiyet tanınabileceği belirtilmiştir. Böylelikle Yönerge'de eşit işlem ilkesinin gözetildiği durumlarda, ilişkili taraf işlemlerinin pay sahipleri yönünden adil ve makul sonuçlar doğuracağı varsayılmıştır. Türk hukukunda ise böyle

İmregün'e Armağan, İstanbul, İÜHF Yayını, 1998, s. 486.

¹³⁸⁰ OR Art 706 2. (3): "3. eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken"

¹³⁸¹ Böckli, **a.g.e.**, § 13 Rz. 680. Eşit muamele ilkesinden sapmanın haklı gösterilip gösterilemeyeceği takdire bağlı bir kararı gerektirir. Bu kararı verirken tüm pay sahiplerinin çıkarlarına eşit olan şirketin menfaatleri bulunur. Şirketin amacının tüm pay sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda takip etmenin kaçınılmaz veya haklı olduğu ölçüde, pay sahiplere eşit olmayan muamelenin kabul edilebileceği kabul edilmektedir (Bkz. Forstmoser Peter, Meier-Hayoz Arthur, Nobel Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1996, § 39 Rz. 64.

¹³⁸² Nomer Ertan, **Eşit İşlem İlkesi**, s. 486; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), **C. 1**, s. 144; Yağmur, **a.g.e.**, s. 61 dn. 199.

¹³⁸³ Yağmur, **a.g.e.**, s. 60, 61-63.

bir muafiyet tanınmamıştır. Bu nedenle istisna kapsamında olmayan eşit işlem ilkesinin gözetildiği işlemler de prosedüre tabi olmaktadır. Ayrıca eşit işlem ilkesi gözetilmeksizin yapılması planlanan işlemlere ilişkin alınan YK kararları ikinci bir koruma mekanizmasına da tabi olmakta bu işlemlerin onaylanmasına ilişkin YK kararının eşit işlem ilkesine aykırı olması ve adil olmaması halinde TTK m. 391 kapsamında batıl sayılması gündeme gelebilmektedir. TTK m. 391 gereği, bütün pay sahiplerine eşit koşullarda sunulmayan sadece ilişkili taraflar yönünden olumlu sonuçlar doğuran ve şirketin menfaati yönünden de haklı görülemeyen ilişkili taraf işleminin eşit işlem ilkesine aykırılık nedeniyle batıl olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle pay sahibi ilişkili tarafla, şirketin gerçekleştireceği işlemlerin diğer pay sahiplerinin menfaatine aykırı olduğu ve şirket menfaati yönünden de haklı görülemediği hallerde buna yönelik alınacak kararın eşit işlem ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır.

ii. Anonim Şirketin Temel Yapısına Uymayan veya Sermayenin Korunması İlkesini Gözetmeyen Kararlar

Anonim şirketin temel yapısına uyulmaması ve sermayenin korunması ilkesinin gözetilmemesi şeklinde ifade olunan bu iki butlan sebebi TTK m. 391/1.b’de düzenlenmektedir.

Sermayenin korunması ilkesinin gözetilmemesi şeklinde ifade olunan butlan sebebi sadece lafzi anlamıyla değerlendirildiğinde sermayenin korunması anlamına geldiği ve burada korunanın yalnızca taahhüt edilen sermaye miktarı olduğu sonucuna varılması gerekecektir. Bu nedenle öğretide, butlan sebebi olarak sadece sermayenin korunması ilkesine yer verilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı belirtilmekte¹³⁸⁴; sermayenin korunması ilkesinin geniş anlamda malvarlığın korunması kavramını da kapsadığı ve bu nedenle hükmün hem sermayenin hem de şirketin bütün malvarlığının korunması şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹³⁸⁵. Böylelikle özellikle

¹³⁸⁴ Ömer Teoman, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. 26, S. 3, Eylül 2010, s. 13.

¹³⁸⁵ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 518-519; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), **C. 1**, s. 129 vd.; Bahar Sayın, **a.g.e.**, s. 158-159. (Aksi yöndeki görüş için bkz. Yüce, **a.g.e.**, s. 168, Yazar, YK kararının salt malvarlığının azalmasına yol açan sonuçlar doğurmasının tek başına butlan sebebi sayılmaması gerektiğini ileri sürmektedir).

şirketin örtülü malvarlığı transferi gibi malvarlığının azaltılmasına yol açan işlemlerin dayanağı olan YK kararlarının batıl olduğu kabul edilebilecektir¹³⁸⁶.

İlişkili taraf işlemleri, ilişkili tarafların şirketin malvarlığını aktararak kazanç sağlamalarına olanak sağlar. Bunun için de şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açacak ilişkili taraf işlemlerinin engellenebilmesi için prosedür öngörülmüştür. Ayrıca bunun engellenebilmesi için SerPK m. 21 hükmünde ilişkili taraflara şirketin kazancının aktarılması yasaklanmıştır. Ancak prosedüre ve örtülü kazanç aktarımı yasağına rağmen, YK kararlarının şirketin malvarlığının azaltılmasına ya da şirket kazancının ilişkili taraflara aktarılmasına yol açacak işlemleri onaylama ihtimali bulunmaktadır. İşte buna yol açacak nitelikteki kararların TTK m. 391 uyarınca batıl olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca belirtelim örtülü kazanç aktarımı teşkil eden işlem aynı zamanda kanunun emredici hükmüne aykırılık oluşturduğu için TBK m. 27 hükmü uyarınca da buna ilişkin YK kararının batıl olduğu sonucuna varılması gereklidir.

b. Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği

Genel kurul kararının geçersizliğinden bahsedildiğinde genel itibariyle yaptırım türü olarak ağırlık derecelerine göre yokluk, butlan ve iptal olmak üzere üç ayrı ihtimal söz konusu olmaktadır¹³⁸⁷.

SerPK m. 17/3'te, maddede belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan genel kurul kararının geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu yaptırım türünün ne olacağını açıkça belirtmemiştir. Yukarı da ifade etmiş olduğumuz üzere bu halde aykırılıkların ağırlıklarına göre yaptırım türünün tayin edilmesi gerekecektir. SerPK m. 17/3 hükmünde öngörülen esaslar uyarınca ilk olarak payları borsada işlem gören şirketlerin ilişkili taraflarıyla KYT'de belirlenen nitelikteki işlemlerin yapılmasından önce değerlendirme raporunun alınması, daha sonra yapılacak işlemin esaslarının belirlenmesine ilişkin YK kararının alınması ve bu YK kararının uygulanabilmesi için bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun kararı onaylaması gereklidir. Ancak bağımsız

¹³⁸⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 518-519.

¹³⁸⁷ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 1. Genel kurul kararlarının dördüncü bir yaptırım ihtimali olarak askıda hükümsüzlük de söz konusu olmaktadır (Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 38-40; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 167).

YK üyelerinin çoğunluğu işlemi onaylamamış ise bu durum kamuyu aydınlatma ilkelerine göre kamuya duyurulur ve genel kurul onayına sunulur. Genel kurul işlemin onaylanmasına ilişkin olduğu için buraya kadar safhaların bu şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Örneğin değerlendirme raporu alınması veya kamuya duyurulması safhası atlanılmış ise kararın geçersizliği gündeme gelecektir. Yine YK kararı alınmaksızın doğrudan genel kurula getirilmesi de bu kapsamda sayılabilecektir. Genel kurul kararı alınırken ise hükümde uyulması gereken esaslar nisap ve toplantıda oy kullanamayacak kişiler şeklinde belirlenmiştir. Buna göre, bu genel kurul kararı toplantı nisabı aranmaksızın oy hakkı bulunanların basit çoğunluğunun olumlu oyuyla alınabilecek ve kararın alınmasında işlemin tarafı ve bunlarla ilişkili olan kişiler oy kullanamayacaktır. Yine bu esaslara aykırılık da hükme göre genel kurul kararının geçersizliğine yol açacaktır.

Aşağıda genel kurulun geçersizliği türleri ele alınırken bilhassa Kanun'un öngördüğü bu esaslara aykırılık halinde yaptırımın ne olacağı hususunun üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

(1) Yokluk

Yukarıda da bahsedildiği üzere kurucu unsurları eksik olan hukuki işlem yoklukla malul olur. Genel kurul kararının kurucu unsurlarını genel kurul toplantısının yapılması ve bu toplantıda karar alınması oluşturur. Bu iki kurucu unsurdan birinin eksikliği, kararın baştan itibaren hiç doğmamış olmasına yol açmaktadır¹³⁸⁸. Bu nedenle toplantısı yapılmaksızın veya toplantı dışında pay sahiplerinin oyları ile karar alınamaz. Bu gibi toplantı olmaksızın karar alınmış gibi gösterilen genel kurul kararları yok hükmündedir¹³⁸⁹. Genel kurul toplantısı yapılabilmesi için (çağrısız genel kurullar hariç) çağrının yapılması şart olduğundan çağrısız olarak toplanan genel kurulun alacağı kararlar da yoklukla maluldür¹³⁹⁰. Ayrıca bakanlık temsilcisinin bulunma

¹³⁸⁸ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 77.

¹³⁸⁹ İmregün, **a.g.e.**, s. 152; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 77; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 9; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 337; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 7.

¹³⁹⁰ İmregün, **a.g.e.**, s. 152; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, s. 527, N. 722a; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 9; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 337; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 7. Toplantıya çağırmaya yetkili olmayan kişilerin çağrısı ile yapılan genel kurul toplantılarında alınan kararlar da yokluk yaptırımına tabi olmaktadır (Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 85 vd; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 7-8; Pulaşlı, **C. II**, s. 1013-1014;

zorunluluğu olan genel kurul toplantılarında bakanlık temsilcisi hazır olmadan alınan kararlar da yokluk yaptırımına tabiidir¹³⁹¹.

Genel kurul toplantısında karar alınabilmesi için Kanunda ve esas sözleşmede öngörülen nisapların sağlanmış olması gerekir. Öğretide hâkim görüş¹³⁹² ve Yargıtay¹³⁹³ uygulaması toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın alınan genel kurul kararlarının yoklukla malul olduğunu kabul etmektedir. Öğretide bir başka görüş ise Kanun'un toplantı ve karar yetersayısı ile ilgili hükümlerinin bir defalık ihlal edilerek alınan kararların iptal edilebilir kararlar olduğunu ileri sürmektedir¹³⁹⁴. Bu görüşe göre, TTK m. 446'da genel kurul toplantısına katılmayanlara da iptal davası açma imkânı tanınmış olması karşısında toplantı ve karar nisaplarına aykırılığın yokluk yaptırımına tabi kılınması mümkün değildir. Ayrıca bu halde iptal yaptırımının kabul edilmesi, yokluk ve butlan yaptırımının istisna olması ve dar yorumlanması ile de uyumlu olmaktadır¹³⁹⁵.

Kararın oluşması için kurucu unsur olan irade beyanlarının var olması gerekir. Genel kurul kararlarında ise irade beyanı kanunda ve esas sözleşmede öngörülen nisaplara uygun olarak olumlu oyun verilmesi ile sağlanmış olmaktadır¹³⁹⁶. Bu nedenle

Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 7). Öğretide, görünürde çağrı yapılmış olmakla birlikte çağrının yapılmamış olması ile denk olan hukuka aykırılıkların varlığı halinde de kararın yaptırımın yokluk olması gerektiği kabul edilmektedir (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 9).

¹³⁹¹ İmregün, **a.g.e.**, s. 152; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 126; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 10; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, s. 527, N. 722a; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s. 361; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 337; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 8. Ayrıca bkz. "Anonim Şirketlerin Genel Kurul toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkına Yönetmelik", m. 32/4.

¹³⁹² İmregün, **a.g.e.**, s. 152; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, s. 527, N. 722a; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 10; Pulaşlı, **C. II**, s. 1013; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s. 361; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 337; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 8.

¹³⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi "*kanunda veya ana sözleşmede belirtilen karar nisaplarıyla alınmamış olan kararların "yoklukla malül" olduğu*" görüşündedir. (Emsal kararlar için bkz. Yarg. 11. HD., 24.09.1993 T., 1992/5419 E., 1993/5826 K.; Yarg. 11. HD., 10.07.2014 T., 2013/16607 E., 2014/13018 K.; Yarg. 11. HD., 07.04.2021 T., 2020/2345 E., 2021/3425 K., kararlara erişim için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 21.09.2021.

¹³⁹⁴ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 126-125. Öğretideki bu yöndeki bir başka görüş toplantı ve karar yetersayılarının sağlanamamış olmasını usuli bir eksiklik olarak nitelendirmekte ve bu kararın iptale tabi olduğunu ileri sürmektedir (Bkz. Haluk Nami Nomer, **Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta, 2008, s. 63).

¹³⁹⁵ Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 126-125.

¹³⁹⁶ Öğretide esas sözleşmede öngörülen nisaplara uyulmamış olsa da kanunda öngörülen nisaplara uyulmuş olması halinde yaptırımın yokluk değil iptal olması gerektiği ileri sürülmüştür (Bkz. Pulaşlı, **C. II**, s. 1013, dn. 524). Ancak kanımızca ikili ayrıma gidilmesinin haklı bir gerekçesi

kanımızca da toplantı ve karar nisabı sağlanmaksızın alınan kararların yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir. İlişkili taraf işleminin onaylanacağı genel kurul toplantısında, toplantı nisabı öngörülmemiş karar nisabı oy hakkı bulunanların çoğunluğu şeklinde belirlenmiştir. Bu itibarla oy hakkı bulunanların çoğunluğuyla alınmamış kararlar yoklukla sakat olacaktır.

(2) Butlan

Genel kurul kararlarının butlanı TTK m. 447’de düzenlenmiş ve hükümde butlan sebepleri tahdidi değil tadadi olarak sayılmıştır¹³⁹⁷. Ancak butlan halleri yukarıda ifade edildiği üzere burada sayılanlarla sınırlı olmayıp TMK m. 5 gereğince genel hüküm olan TBK m. 27 genel kurul kararları için de uygulama alanı bulmaktadır¹³⁹⁸. Butlan, TBK m. 27 hükmünde bir hukuki işlemin kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olması veya konusu imkânsız olması şeklinde tarif edilmiştir. TTK m. 447 hükmünde sayılanlar butlan sebepleri de esas itibarıyla anonim şirketlere ilişkin emredici hükümleri kapsamaktadır. Buradan bahisle öğretide bu hükümde sayılan butlan sebepleri, TBK m. 27 hükmünde belirtilen kanunun emredici hükümlerine aykırılığın anonim şirketler hukukuna özgü görünüm şekilleri olarak nitelendirilmiştir¹³⁹⁹. Bu yönüyle genel kurul kararlarının butlanında TBK m. 27 genel hüküm, TTK m. 447 ise butlan sebeplerini örnek kabilinden sayan özel bir hüküm işlevine sahip olmaktadır¹⁴⁰⁰.

Anonim şirketler hukukunda kanuna aykırılığın aynı zamanda iptal sebebi kabul edilmesinden dolayı yaptırımın butlan mı iptal mi olacağını belirlemek çok kolay

bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında “*ana sözleşme ortaklar arasında yapılmış bir sözleşme niteliği taşıdığından hükümlerine uyulması zorunlu olup ana sözleşmede gerekli karar nisabını taşımayan kararlar butlan ya da iptali kabil kararlar değil, yoklukla sakat kararlardır.*” şeklinde hüküm tesis etmektedir (bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD., 01.10.2001 T. 2001/7442 E., 2001/7269 K.; Yarg. 11. HD., 5.11.2019 T., 2018/2183 E., 2019/6811 K., <https://lib.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 21.09.2021).

¹³⁹⁷ TTK m. 447 gerekçesi. Ayrıca bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 347-348; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 13; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 151-152; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 11.

¹³⁹⁸ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 151; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 13-14; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 11.

¹³⁹⁹ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 152; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 14; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 11.

¹⁴⁰⁰ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 152.

olmamaktadır¹⁴⁰¹. Bu hususta TTK m. 447 gerekçesinde “*batıl kararların tespitinde butlanın ikinciliği ilkesinin uygulanacağı*” belirtilerek çözüm getirilmeye çalışılmıştır¹⁴⁰². Madde gerekçesinde işaret edilen butlanın ikinciliği ilkesi, genel kurul kararlarının yaptırımında iptalin kural, butlanın ise istisna olmasını ifade eder. Anonim şirketler yönünden hukuki güvenliğin sağlanması ihtiyacı da iptalin kural butlanın istisna olmasını gerektirmektedir¹⁴⁰³. Gerekçeye göre, konusu itibarıyla butlan olan genel kurul kararları, TTK m. 447’de sayılan hallere özgülenmiş, bunun haricindeki batıl kararlar ise butlanın ikinciliği ilkesi uygulanarak tespit edilecektir¹⁴⁰⁴.

İlişkili taraf işlemleri ile ilgili olarak butlana tabi genel kurul kararları ekseriyetle anonim şirket sermayesinin korunmasına aykırı kararlar şeklinde tezahür etmektedir.

¹⁴⁰¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 18-19. Öğretide Tekinalp, TTK m. 447 hükmü yanında TBK m. 27 hükmünün de uygulanacağını ancak TBK m. 27’de ifade edilen “emredici hükümlere aykırılık” TTK m. 445’te iptal sebebi olarak sayıldığından bu hallerde butlan davası açılmayacağını, TTK m. 445’in kesin bir tarzda emredici hükümlere iptale bağladığını savunmaktadır (Bkz. Ünal Tekinalp, “Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu”, **GSÜHFD- Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu**, S. 2, 2013, s. 16; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 722d.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 15-12.

¹⁴⁰² TTK m. 444 gerekçesinde butlanın ikinciliği şu şekilde izah edilmiştir: “*Konusu itibarıyla bátil olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir. Bunun dışındaki bátil genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği ilkesi uygulanır. Bu ilke, özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşır. Sakınma ilkesinin özellikle şekli sebeplerin (eksiklik ve aksaklıkların) butlana yol açtığı hallerde gözetilmesi gerekir. Yabancı mahkeme kararları söz konusu halde butlanı sözde genel kurul kararları ve "karar olmayan genel kurul kararları"na indirgemektedir*”.

¹⁴⁰³ Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C. I, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 1248; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 352-353.

¹⁴⁰⁴ Öğretide Kırca, TTK m. 447’de sayılan hallerden birinin ihlal edilmesi ister tek seferlik ister sürekli şekilde olsun butlan yaptırımına tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak yazar, butlanın ikinciliği ilkesi gereği diğer hallerde emredici hükme aykırı kararın iptal mi butlan mı yaptırımına tabi olacağı hususunda şüpheye düşüldüğü hallerde iptal yaptırımının kabul edilmesinin isabetli olacağını savunmaktadır (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 18, 74-81; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 14). Öğretide bazı yazarlarca emredici hükümler mutlak emredici ve nispi emredici ayrımın gidilerek çözüm getirilmiştir. Buna göre, doğrudan doğruya kamu düzeni ile ilgili olan ve belirli bir davranışı ilgililerin iradelerini dikkate almaksızın emreden hükümler kesin emredici hükümdür ve bu hükümlere aykırılığın sonucu her durumda butlandır. Nispi emredici hükümler ise kamu düzeninden ziyade özel çıkarları koruyan hükümlerdir. Nispi emredici hükümlere aykırı kararlar iptale tabi olmalıdır. Ancak nisbi emredici hükümlere aykırılık hükmün koruduğu veya sağladığı hakkı tamamen veya kısmen ortadan kaldırıyor, sınırlandırıyor veya değiştiriyor ise bu durumda nisbi emredici hükme aykırı karar batıl sayılmalıdır (Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 69-71 ve aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 881-882; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 68).

Yönetim kurulu kararlarının butlanı bahsinde değindiğimiz üzere sermayenin korunması ilkesi geniş anlamda malvarlığın korunması kavramını da kapsamına almaktadır. İlişkili taraf işlemlerinde, ilişkili taraflara şirket malvarlığının aktarılması ya da şirketin malvarlığının azalmasına yol açacak işlemlerin yapılması malvarlığının korunması ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak ilişkili taraf işlemleri ile şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açan işlemler örtülü kazanç aktarımı yasağı ile korunmaktadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağını ihlal eden işlem her durumda geçersiz sayılmakta, SerPK m. 21/4 hükmü gereğince aktarılan tutarın iadesi gerekmekte ve bu eyleme ilişkin cezai müeyyideler uygulanmaktadır. Bu nedenle SerPK m. 21 hükmünde öngörülen örtülü kazanç aktarımına cevaz veren genel kurul kararlarının da butlan yaptırımına tabi olduğu kabul edilmelidir.

(3) İptal

Genel kurul kararlarının iptali TTK m. 445 hükmünde düzenlenmiş ve kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık olmak üzere üç tane iptal sebebi öngörülmüştür. Genel kurul kararının iptalinin söz konusu olabilmesi için öncelikle bir genel kurul kararının mevcut olması ve bu genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir¹⁴⁰⁵.

i. Kanuna Aykırılık

Kanuna aykırılık ile kastedilen sadece Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanun hükümlerine aykırılık değil; bütün objektif hukuk kurallarını kapsamaktadır. Ancak objektif hukuk kuralının iptale neden olması için bir kanun hükmü ile idareye yetki verilmiş olması ve genel kurul kararının idarenin bu yetkiye istinaden çıkarmış olduğu tüzük, yönetmelik ya da tebliğ gibi bir düzenlemesine aykırı olması gerekir¹⁴⁰⁶. Bu bağlamda ilişkili taraf işlemlerinin onaylanacağı genel kurul kararının da SerPK m. 17/3 hükmünün yanı sıra KYT’de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen esaslara uygun olması gerekir. SerPK m. 17/3 hükmünde SPK’ya ilişkili taraf işlemlerinin belirlenmesine ilişkin yetki tanındığı için SPK tarafından getirilen bu esaslara da riayet edilmesi gerekir.

¹⁴⁰⁵ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁴⁰⁶ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 222.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelere bakıldığında genel kurul ilişkili taraf işlemlerinin onay prosedüründe en son mercidir ve her durumda genel kurula gidilmesi de şart değildir. Bu nedenle genel kurul kararının geçerli olabilmesi için öncelikle işlemin genel kurula sunulmasından önce gerekli olan safhaların yerine getirilmiş olması şarttır. Aksi halde genel kurul kararı kanuna uygun alınmamış olacaktır.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür incelendiğinde, KYT m. 9 gereğince genel kurulun onayına sunulmadan önce işleme ilişkin değerlendirme raporu alınması şarttır. Ancak bu gerekliliğe SerPK m. 17/3'te yer verilmemiştir. SerPK m. 17/3 hükmünde SPK'ya ilişkili taraf işlemlerinin belirlenmesine ilişkin yetki tanındığı için SPK tarafından değerlendirme raporu getirilmesine ilişkin prosedür öngörülmesi Kanun'a aykırıdır. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, bir kanun hükmü ile idareye yetki verilmiş olduğu ve idarenin bu yetkiye istinaden çıkarmış olduğu tebliğe aykırılık iptal sebebi oluşturabilir. Kanun'a aykırı düzenleme karşısında olan hukuk bakımından değerlendirme raporunun alınmadığından bahisle genel kurul kararının iptaline gidilemeyeceği söylenebilir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere değerlendirme raporunun alınması gerekliliği kanunlar hiyerarşisine aykırı olup bu hususun SerPK'ya alınması gerekmektedir.

Ancak bu noktada belirtelim ki, idare hukukunun temel ilkelerinde biri, idarenin bütün işlemlerinin iptal edilinceye kadar hukuka uygun sayılmasıdır¹⁴⁰⁷. İdarenin işlemlerinde, idarenin ortaya koymuş olduğu irade, idarenin kendisi tarafından ya da mahkeme kararı ile kaldırılmadığı sürece hukuka uygun kabul edilir ve idarenin getirmiş olduğu bu düzenlemelere uyulması gerekir¹⁴⁰⁸. Bu itibarla SPK tarafından bu konu ile ilgili çıkarılmış düzenlemelere de iptal edilinceye kadar uyulması zorunludur. Bu sebeple KYT'de getirilen düzenlemelere şirketlerin uymama şansı olmadığı gibi bu düzenlemeler iptal edilesiye kadar da bunlar hukuka aykırı sayılamaz. Bu sebeple SPK'nın yetkisini aşan düzenlemelerine yönelik eleştirilerimizi saklı tutmakla birlikte

¹⁴⁰⁷ Hukuka uygunluk karinesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 3. Bası, Ankara, Güncelleştirilmiş Turhan Kitapevi, 2015, s. 159-162.

¹⁴⁰⁸ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 160.

yine de bu düzenlemelere aykırı şekilde gerçekleştirilen bu işlemlerin iptal edilebileceği kanaatindeyiz.

Değerleme raporunun alınmasından sonra işleme ilişkin YK kararı alınması ve bu kararı bağımsız YK üyelerinin onaylaması gerekmektedir. İşlemin genel kurulun onayına gelmeden önce yönetim kurulunun onayına sunulması zorunludur. Genel kurulun onayına sunulması için işlemin mutlaka yönetim kuruluna sunulması ve bu YK kararını, bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun onaylamamış olması gereklidir. Burada yönetim kuruluna önemli bir işlev yüklenmekte, YK kararında işlemin esaslarının görüşülmekte ve bağımsız YK üyelerinin değerlendirmelerinin alınması amaçlanmaktadır. Bağımsız YK üyeleri olumsuz oy verse de onların değerlendirmeleri pay sahipleri bakımından yol gösterici olmaktadır. Bu nedenle işlemin genel kurulun onayına getirilebilmesi için yönetim kurulunun bu işlemi onaylamamış olması gerekse de işlemin ilk önce yönetim kurulunda görüşülmesi de şarttır. Bu safha yerine getirilmeden işlemin doğrudan genel kurulun onayına sunulması kanuna aykırı olacağı için bu halde de genel kurulun iptali istenebilmelidir. Burada bir parantez açmak gerekir, yönetim kurulunun bağımsız YK üyelerinin eksik olması nedeniyle karar alamadığı durumlarda daha önce de belirttiğimiz üzere bağımsız YK üyelerinin atanmasının beklenmesi uygun olacaktır. Aksi halde bu safha atlanılarak genel kurulun onayına gidilmesi gibi bir durum olabilecektir. Zira Kanun, YK kararının alınamayacağı her durumda doğrudan genelde kurula gidilmesi gibi bir hak tanımamıştır, adım adım izlenmesi gereken bir prosedür öngörülmüştür ve buna da riayet edilmesi zorunludur. Burada kanımızca ancak ivedilik arz eden ve yapılmaması şirketin aleyhine olabilecek işlemlerde bağımsız YK üyelerinin tamamlanması beklenmeden genel kurulun onayına sunulması kabul edilmelidir. Bu halde de yine KAP'ta gerekli açıklama yapılmalı ve neden yönetim kurulunda buna ilişkin karar alınamadığı detaylı olarak açıklanmalıdır.

Bağımsız YK üyelerinin işlemi onaylamaması akabinde, bu durumun işleme ilişkin yeterli bilgi belirtilecek şekilde kamuya duyurulması gerekmektedir. Bu safha yerine getirilmeksizin alınan genel kurul kararı kanuna aykırı olacak ve iptali gündeme gelebilecektir.

Yukarıda sayılan safhalardan herhangi biri ya da tamamı eksik olarak işlem genel kurulun onayına sunulmuş ise ilgili genel kurul kararı iptale tabi olacaktır.

Nihai olarak işlem genel kurulun onayına sunulur. İşlemin onaylanmasına ilişkin genel kurul toplantısında işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanmaları yasaktır. Buna aykırı davranılması da esasen kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Ancak genel kurulda oy kullanmaması gereken kişiler oy kullandığında, doğrudan kararın iptaline yol açmamaktadır. Bu husus TTK m. 446/1.b hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Etki kuralı olarak ifade edilen bu hüküm gereği, fıkra da sayılan aykırılıklarda pay sahiplerinin bu aykırılığın genel kurul kararının alınmasında etkili olması halinde dava açabileceklerdir¹⁴⁰⁹. Maddede genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmakla birlikte oydan yoksun olanların oy kullanması açıkça ifade edilmemiştir, ancak bu durum da bu fıkra kapsamında kabul görmektedir¹⁴¹⁰. Bu nedenle genel kurulda oy hakkına sahip olmayan kişilerin oy kullanması durumunda oylarının kararın alınmasına etki etmesi gerekmektedir¹⁴¹¹. Yargıtay kararları uyarınca, oy hakkı bulunmayan kişilerin oy kullanmış olmasına rağmen bu kişiler olmadan da o karar alınabiliyorsa iptal istemi reddedilmekte¹⁴¹², alınamıyorsa pay

¹⁴⁰⁹ Öğretide bir görüş, maddede kastedilen “sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğu” ibaresi ile illiyet bağının kastedilmiş olduğunu, illiyet bağının iptal edilebilirlik nedeni olarak değil iptal davasının dinlenebilirlik sebebi olarak düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir (Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 242-243). Öğretide bir başka görüş TTK m. 446/1.b’de usule ilişkin iptal sebeplerinin düzenlendiğini ve burada etki kuralının değil illiyet bağının düzenlenmiş olduğunu, bu hallerden biri için dava açıldığında ayrıca TTK m. 445’te belirtilen iptal sebeplerinin varlığının iddia ve ispatına gerek olmaksızın kararın iptaline karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 148-57; İsmail Kırca, “Türk Ticaret Kanunu’nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri ile İptal Davası Açabilecek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **BATİDER**, C. 31, S. 4, Aralık 2015, s. 7; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 123). Öğretide bir diğer görüş ise TTK m. 446/2.b hükmünde öngörülen etki kuralının, burada sayılan halleri iptal sebebi olmaktan çıkardığını, bu maddenin dava açma hakkını düzenleyen bir hüküm olduğunu, kararın sakatlığı türü ve derecesinin TTK m. 445, 337 ve TBK m. 27 hükümlerine göre tayin edileceğini belirtmektedir (Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 738a).

¹⁴¹⁰ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 197. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına emsal olarak bkz. Yarg. 11. HD., 02.03.2020 T., 2019/3743 E., 2020/2226 K.; Yarg. 11. HD., 10.06.2015 T., 2015/2454 E., 2015/8552 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi. 22.09.2021.

¹⁴¹¹ Burada genel kurul toplantısı yapılması için gerekli olan çağrı, gündemin belirlenmesi gibi usule aykırılık hallerinde TTK m. 446/1.b uyarınca kararın iptali istenebilecektir. Ancak biz burada her hukuka aykırılıktan ziyade ilişkili taraf işlemleri özelinde vukuf bulabilecek aykırılıklara değinmeyi gerekli görüyoruz, bu nedenle oy kullanma hakkı olmayanların oy kullanması minvalinde konu ele alınmıştır.

¹⁴¹² Bkz. Yarg. 11. HD., 08.06.2017 T., 2016/4850 E., 2017/3533 K.; Yarg. 11. HD., 16.05.2019 T., 2017/4647 E., 2019/3855 K., kararlara erişim için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim

sahiplerinin iptal davası açma hakkını haiz olduğu kabul edilmekte ve genel kurul kararının iptaline karar verilebilmektedir¹⁴¹³. Daha önce de ifade edildiği üzere ilişkili taraf işlemleri toplantı nisabı aranmaksızın oy hakkı bulunanların çoğunluğuyla onaylanabilmektedir. İlişkili taraf işlemlerinin onaylandığı genel kurul kararı, oy hakkı bulunmayanların kullandığı oylar dışında da çoğunluk sağlanarak alınmış ise bu karar geçerli olacaktır.

ii. Esas Sözleşmeye Aykırılık

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin hususlar SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 hükümlerinde düzenlenmiştir ve bunların aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir. Ancak esas sözleşmede genel kurulun yapılması usulüne ilişkin çağrının şekli gibi TTK ve SerPK'daki hususlara ek düzenlemelerin yer alması mümkündür. Bu hallerde esas sözleşmeye de riayet edilmemesi halinde esas sözleşmeye aykırı bu genel kurul kararının iptalinin istenmesi mümkündür. Ancak bu daha çok usuli eksikliğe konu olacağı için TTK m. 446/1.b hükmü uygulama alanı bulacaktır.

iii. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Dürüstlük kuralına aykırı kararların iptali ile çoğunluk pay sahiplerinin şirketin amaç ve çıkarı yönünden haklı olmayan veya kişisel veya şirket dışı çıkarları uğruna alınan kararlarıyla azınlık pay sahiplerinin zarara uğramalarına ya da ezilmelerine yol açan kararlarına engel olunması amaçlanmıştır¹⁴¹⁴. İlişkili taraf işlemleri ile ilgili dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları daha çok azınlık pay sahiplerinin aleyhine ilişkili taraflarla işlem yapılması şeklinde söz konusu olmaktadır. Ancak çoğu halde de bu tür işlemler örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık teşkil edeceği için buna ilişkin alınan genel kurul kararı da butlanla batıl olacaktır.

c. Butlan ve Yokluğun Tespiti Davaları ve İptal Davası

Yokluk ve butlan yaptırımına tabi genel kurul kararları baştan itibaren kesin olarak hükümsüzdür, mahkemenin burada vereceği karar sadece tespitten ibarettir.

Tarihi: 22.09.2021.

¹⁴¹³ Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD., 03.02.2021 T., 2019/2492 E., 2021/780; Yarg. 11. HD., 29.03.2021 T., 2020/5626 E., 2021/3041 K., kararlara erişim için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22.09.2021.

¹⁴¹⁴ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 232-233.

Butlan ve yokluğun tespiti davasını hukuken korunmaya değer menfaati olan tüm ilgililerin açması mümkündür¹⁴¹⁵. Yokluk ve butlanın tespiti davası hak düşürücü bir süreye tabi değildir, her zaman açılabilir¹⁴¹⁶. Ancak karardaki sakatlığın bilinmesine rağmen uzunca bir süre sessiz kalınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve bir anlamda süre yönünden sınırı oluşturur¹⁴¹⁷.

İptal davası ise yenilik doğurucu bir dava olup yalnızca dava yoluyla ileri sürülebilir ve iptale ancak mahkeme karar verir¹⁴¹⁸. İptal davasının açılabileceği süre sınırlı olup genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içinde asliye ticaret mahkemesinde şirkete karşı açılabilir¹⁴¹⁹. Türk Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinde de iptal davasını açabilecek kişiler pay sahipleri, YK ve her bir YK üyesi şeklinde sınırlı olarak belirlenmiştir. Pay sahiplerinin iptal davasını açabilmesi için kural olarak toplantıda hazır bulunup karara olumsuz oy vermesi ve bu muhalefetini tutanağa işletmiş olması gerekmektedir¹⁴²⁰. Yönetim kuruluna organ vasfıyla dava açma yetkisi

¹⁴¹⁵ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 272-274; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 148,184; ; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 722f; Nomer, H. N., **a.g.e.**, s. 112; Karasu, **GK Kararlarının Butlanı**, s. 1255; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 217.

¹⁴¹⁶ Alman hukukunda genel kurul kararının ticaret siciline tescil edilmiş ve tescilden itibaren üç yıl geçmişse, geçersizliğin ileri sürülemeyeceği AktG § 242/2 hükmünde açıkça öngörülmüştür.

¹⁴¹⁷ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 188-189; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 722f; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 218-219. Bu bağlamda Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında yedi yıl sonra açılan genel kurul kararının butlanının tespiti davasının işlem güvenliğine ve TMK m. 2'ye aykırı olmasından bahisle reddine karar vermiştir (Bkz. Yarg. 11. HD., 05.03.2020 T., 2018/4940 E., 2020/2410 K., <https://lib.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 22.09.2021).

¹⁴¹⁸ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 250; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 174.

¹⁴¹⁹ TTK m. 448 uyarınca genel kurul kararının iptal, butlan veya yokluğun tespiti davasının açıldığı hallerde yönetim kurulunun davanın açıldığını ve duruşma gününü usulüne uygun olarak ilan etmesi ve bunları şirketin varsa internet sitesine koyması gerekir. TTK m. 451 uyarınca genel kurul kararına karşı kötü niyetle iptal veya butlanın tespiti davası açıldığı hallerde davacılar bu sebeple şirketin uğradığı zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

¹⁴²⁰ Pay sahibinin iptal davası hakkı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 259-268; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 175-194. Ayrıca pay sahipleri, TTK m. 446/1.b gereğince çağrının usulüne göre yapılmadığı, gündemin gereği gibi ilan edilmediği, genel kurula katılma yetkisi olmayan kişilerin katılarak oy kullandıkları ve genel kurula haksız olarak katılmalarına izin verilmediği durumlara bu aykırılıkların kararın alınmasında etkili olması halinde, toplantıda hazır bulunsun bulunmasın ya da olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın iptal davası açabilir. Hükümde sadece pay sahiplerinin dava açabileceği düzenlenmiş ise de yönetim kurulunun usuli aykırılıklara istinaden iptal davası açabileceği kabul edilmelidir (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 204; Kırca, **İptal Davası Açabilecek Kişiler**, s. 11; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 167-168. Öğretide buradaki eksikliğin yönetim kurulunun bu haktan mahrum bırakılması amacıyla değil özen eksikliğinden kaynaklandığı haklı olarak belirtmektedir (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 204; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 167-168).

tanınmıştır¹⁴²¹. Bu yetki şirketin menfaatlerinin gerektirdiği hallerde YK için bir görev teşkil eder¹⁴²². Şirketin menfaati iptal davasını ve butlan veya yokluğun tespiti davasının açılmasını gerektirmesine rağmen bu davanın açılması YK üyelerince ihmal edilirse YK üyelerinin TTK m. 553 vd. hükümlerince sorumluluğuna gidilmesi mümkündür¹⁴²³. Bu halde, tazminat isteminin dava açılmasını istemeyen ve oyunu dava açılmaması yönünde veren üyelere yöneltilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴²⁴. TTK m. 446/1.d hükmünde ayrıca kararın yerine getirilmesi kişisel sorumluluklarına neden olacağı YK üyelerinden her birinin de dava açabileceği öngörülmüştür¹⁴²⁵.

Butlan veya yokluğun tespiti talebinin reddine ilişkin karar sadece davanın taraflar arasında hüküm doğurur, butlan veya yokluğun tespitine ilişkin karar ise pay sahipleri, organlar ve üçüncü şahıslar için bağlayıcı olur¹⁴²⁶. Butlanın ve yokluğun tespitine ilişkin karar geçmişe etkili sonuç doğurur. Ancak geçmişe etki, iç ilişkide ve genel kurul kararının hukuki işlemin geçerlilik koşulu olduğu hallerde söz konusu olur¹⁴²⁷. Butlanla ya da yoklukla malul genel kurul ya da YK kararına dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerle hukuki ilişkinin kurulması halinde işlemin de geçersiz olduğu sonucuna varılamaz, yönetim kurulunun temsil yetkisi kapsamında iyiniyetli üçüncü kişiler nezdinde yarattığı hukuki görünüşe olan güven korunur¹⁴²⁸.

¹⁴²¹ Yönetim kurulu tarafından davanın açıldığı hallerde şirketi TMK m. 437/4 hükmü gereğince atanacak kayyım temsil eder (Bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 291).

¹⁴²² Bu, TTK m. 369'da öngörülen YK üyelerinin şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına göre yerine getirme görevinin gereğidir. Yönetim kurulu şirketin menfaati gerektiriyorsa geçersiz genel kurul kararının iptalini, butlan ve yokluğunun tespitini dava etmekle yükümlüdür.

¹⁴²³ İmregün, **a.g.e.**, s. 178; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 292.

¹⁴²⁴ Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 205, dn. 464.

¹⁴²⁵ Kararın icrasının sorumluluğuna yol açıp açmama ihtimalini ise kararın iptalinin istendiği asliye ticaret mahkemesi karar verecektir (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 209). Maddeye istinaden dava açılabilmesi için işin niteliği gereği icrası gereken bir genel kurul kararı olmalı ve bu kararın icrası üyelerin kişisel sorumluluğuna yol açmalıdır. Burada sorumluluğun kaynağı önemli değildir, sorumluluk hukuki olabileceği gibi cezai ve idari olması da mümkündür (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 209; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 293-294).

¹⁴²⁶ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 185-186; Nomer, H. N., **a.g.e.**, s. 112; Karasu, **GK Kararlarının Butlanı**, s. 1257; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 182. TTK m. 450'de, genel kurul kararının butlanına ilişkin karar kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmiştir.

¹⁴²⁷ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 186-187; Karasu, **GK Kararlarının Butlanı**, s. 1257; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 182; Pulaşlı, **C. II**, s. 1020, N. 19.

¹⁴²⁸ Karasu, **GK Kararlarının Butlanı**, s. 1257; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 186-187.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin onay prosedürü yerine getirilmemiş olsa da geçersizlik genel kurul kararı ve YK kararına ilişkin öngörülmüş, işlemin geçersizliği ise açıkça ifade edilmemiştir. Aşağıda etraflıca belirttiğimiz üzere onay safhası yerine getirilmeksizin işlemin yapılmış olması doğrudan o ilişkili taraf işleminin geçersizliğine yol açmamalı, işlemin tarafı iyiniyetli ise TTK m. 371 hükmü kapsamında işlemin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Burada da işlemin onaylandığı genel kurul kararı ya da YK kararı geçersiz ise geçmişe etkili sonuç doğurması bu minvalde değerlendirilmelidir.

Genel kurul kararının iptali isteminin reddine ilişkin kesin hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 303/3 gereğince sadece davanın tarafları ve külli halefleri yönünden hüküm doğurur¹⁴²⁹. Genel kurul kararının iptaline ilişkin kesin hüküm ise TTK m. 450 hükmü uyarınca tüm pay sahipleri ile organlar yönünden hüküm ifade eder¹⁴³⁰. Genel kurul kararının iptali kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurur. Ancak geçmişe etki, şirket içi ilişkilerde ve genel kurul kararının şirket ile üçüncü kişiler arasındaki hukuki ilişkinin kurucu unsuru ya da geçerlilik koşulu olduğu hallerde söz konusu olmaktadır¹⁴³¹. Buna karşın, YK üyelerinin temsil yetkisi kapsamında iyiniyetli üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği ilişkiler yönünden geçmişe etkili sonuç doğurmaz. Bu nedenle YK üyelerinin iptal edilen genel kurul kararına istinaden iyiniyetli üçüncü kişilerle TTK m. 371 hükmü gereğince temsil yetkisi kapsamında yaptığı işlemlerin geçersiz olduğu ileri sürülemez¹⁴³².

2. Prosedürün Yerine Getirilmemesinin İlişkili Taraf İşleminin Geçerliliğine Etkisi

SerPK m. 17/3'te belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan YK kararları ile genel kurul kararlarının geçerli olmadığı zikredilmiş ancak ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedürün yerine getirilmemesi ya da onayın eksik yapılması durumunda işlemin akıbetinin ne olacağı hususu düzenlenmemiştir. Bu açıdan prosedüre

¹⁴²⁹ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 334; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 255; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 90; Kırca, **Hükümsüzlük**, s. 204.

¹⁴³⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 89-90; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 335-336.

¹⁴³¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 256-257; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 336-337.

¹⁴³² Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 337-338; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, s. 543, N. 750; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 182; Ayhan/Çağlar/Özdamar, **a.g.e.**, s. 367.

uyulmaksızın ilişkili taraflarla işlemlerin gerçekleştirilmesi durumunda bu işlemlerin geçerli olup olmadığı daha ziyade şirketi bağlayıp bağlamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nin 9c maddesinde de sürece uyulmaksızın işlemin gerçekleştirilmesi durumunda işlemin geçerli olup olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece Yönerge'nin 14b maddesinde üye devletlere uygulanacak yaptırımlar konusunda serbesti tanınmıştır. Ancak üye devletlerin, bu sürece uyulmasa da işlemin geçerli olduğunu kabul etmiş oldukları görülmektedir. Örneğin Fransa'da işlemin onaylanmaması halinde de hile ile elde edilmediği sürece işlem ile şirketin bağlı olduğu kabul edilmiştir¹⁴³³. Almanya'da da ilişkili taraflarla yapılan işlemlerin dış ilişkideki geçerliliğinin onayın eksik yapılması veya reddedilmiş olmasından etkilenmeyeceği kabul edilmektedir¹⁴³⁴.

Türk hukukuna gelince öğretinin eğiliminin işlemin de geçersiz sayılmasına yönelik olduğu görülmektedir. Öğretide konuyu ayrıntılı ele alan bir görüş, geçerli bir YK veya genel kurul kararı alınmaksızın halka açık şirketlerin ilişkili taraflarıyla yapmış olduğu işlemin üçüncü kişi ile şirket arasında hüküm doğurmayacağını, burada işlemin askıda hükümsüz olduğunu ve onayla birlikte işlemin yapıldığı andan itibaren geçerli olacağını savunmaktadır¹⁴³⁵. Bu görüşe göre, işlemin geçerli biçimde yapılmasının kanun gereği genel kurulun onayına bağlandığı haller ile ilişkili taraf işlemleri için öngörülen onay gerekliliğinde onay aşamasına yüklenen hukuki anlamın aynı yönde olduğu kabul edilmelidir¹⁴³⁶. Öğretideki diğer görüş ise SerPK m. 17/3 hükmüne aykırı olarak yönetim kurulu veya genel kurul kararı alınması durumunda ilişkili taraf işleminin doğrudan geçersiz olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁴³⁷. Ancak anılan bu görüşün gerekçesi detaylandırılmamıştır. Öğretide bir diğer görüş ise YK ya da genel kurul kararının geçersiz olması durumunda işlemin geçersizliğine yol açmayacağını ancak ilişkili taraf işlemine ilişkin şirket içinde bir

¹⁴³³ Bkz. FTK L225-41. Ayrıca bkz. Conac, **a.g.m.**, s. 29.

¹⁴³⁴ BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111b Rn. 30-31.

¹⁴³⁵ Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), **C. 1**, s. 645, 684.

¹⁴³⁶ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), **C. 1**, s. 644-645.

¹⁴³⁷ Sönmez, **Tartışmalar**, s. 305-306.

dayanağın olmaması nedeniyle ilişkili tarafın şirkete başvuramayacağını ileri sürmektedir¹⁴³⁸.

Kanaatimizce, SerPK m. 17/3'te öngörülen prosedüre uyulmaması yapılacak işlemin kural olarak geçersizliğine neden olmamalıdır. Bu görüşümüz aşağıda ele alınan gerekçelere dayanmaktadır.

İlk olarak SerPK m. 17 hükmüne bakıldığında, işlemin geçerli olup olmadığına ilişkin bir ibareye yer verilmemiş, sadece alınacak kararların usulüne uygun alınmaması halinde bu kararların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle burada işlemin karar olmaksızın yapılması doğrudan yasaklanmamış, bu işlemler yapılmadan önce sürecin işletilmesi gerektiği belirtilmiş ve usule aykırı olarak alınan genel kurul ve YK kararlarının geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla anılan hükümde geçersizliği vurgulanan işlem değil buna ilişkin alınacak organ kararlarıdır. Bu nedenle madde lafzından doğrudan işlemin de geçersiz olduğu sonucuna varılması olanaklı değildir.

İkinci olarak şirketin iç ilişkilerdeki eksikliklerin dış ilişkiye de sirayet edebilmesi için açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Yönetim kurulu kararı ve genel kurul kararının geçerli olup olmaması hususu yukarıda ele alındığı üzere şirketin iç ilişkisini ilgilendiren bir durumdur. Nitekim TTK m. 371'de temsile yetkili olanların şirketin amacına ve işletme konusuna giren bütün türdeki işlemleri şirket adına yapmaya yetkili oldukları belirtilmiş ve bu yetkinin de belirli hallerde sınırlandırılabilceği aynı maddede ifade edilmiştir. Buna göre temsil yetkisine haiz olanların yetkisi kanuni veya iradi olarak sınırlandırılabilir. Şirketlerin tanıyabileceği ve üçüncü kişilere karşı geçerli olacak iradi sınırlamalar TTK m. 371/3'te belirtilmiştir. Konumuz bakımından önem taşıyan kanuni sınırlamalar ise TBK m. 27'deki ana kural dışında, genel itibariyle kanunda bir hukuki işlemin geçerli olması için ayrıca bir organın izninin şart koşulduğu hallerde karşımıza çıkmakta ve bu durumda bu işlemin hüküm doğurması için izin alınması gerekliliği doğmaktadır. Bunun için kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kanunda belirtilen genel kurulun onayına tabi tutulan ve geçerliliği buna bağlanan işlemlere örnek olarak

¹⁴³⁸ Cankat, **a.g.e.**, s. 339-340, 529.

TTK m. 395'te düzenlenen işlem yasağı gösterilebilir. Bu hükümde YK üyesinin genel kurulun izni olmaksızın şirketle işlem yapamayacağı yasaklanmış ve şirketle yapılan işlemin batıl olduğunu şirketin ileri sürebileceği açıkça belirtilmiştir. Burada işlemin tarafı ya da temsilcisi belli olup, yasağın sınırları belirli ölçüde çizilmiştir. Bu nedenle SerPK m. 17 kapsamında tarafların ve işlemin belirli olmadığı ve işlemin tutarının da ayrı bir hesaplama tabi tutulduğu böyle bir durumda onay prosedürü işletilmediğinden ya da kararların geçersiz olduğundan bahisle gerçekleştirilen işlemin doğrudan geçersiz olduğunu ileri sürmek işlem güvenliğini zedeleyecektir.

SerPK m. 17 uyarınca işlemin tarafları, ilişkili taraflardır. İlişkili taraflar ise TMS 24.9'da sayılan oldukça kapsamlı bir grubu içine almaktadır. Her işlemde ise diğer tarafın ilişkili taraf olup olmadığı ayrı bir değerlendirme konusu olmaktadır. İlişkili taraf işleminin skalası da belli değildir, oldukça kapsamlı işlemler demeti ilişkili taraf işlemi kategorisinde sayılabilmektedir. KYT m. 9'da ilişkili taraflarla yapılan belirli eşiği aşan işlemler için onay prosedürünün öngörüldüğü düşünüldüğünde, tarafların tayini ile birlikte işlemin eşik değerleri aşıp aşmadığı değerlendirmesinin de yapılması gereklidir. Bu belirsizlik ise yanlış değerlendirmeleri, birçok ilişkili taraf işleminin ilişkili taraf işlemi nitelendirilmesi yapılmaksızın gerçekleştirilmesi riskini de içinde barındırmaktadır¹⁴³⁹. Bu belirsizlik çerçevesinde bu işlemlerin geçersiz olduğunu ileri sürmek işlem güvenliğini zedeleyecektir. Bu nedenle sınırları açıkça belirlenmemiş işlem için iç ilişkideki noksanlıkların dış ilişkiyi de etkilediğini söyleyebiliriz mümkün olmamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ilave olarak, ilişkili taraf işlemleri kapsamında kendisi ile işlem yapılan "ilişkili taraflar" her zaman işlemi yapan şirketin işlemlerine vakıf olabilen kişiler değildir. Örneğin ilişkili taraflar arasında sayılan işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması halinde ilgili emeklilik ve sigorta şirketleri, şirketle yapılacak bir işlemin KYT m. 9 ve 10'da belirlenen prosedürden geçirildiği beklenemez. Yine aynı şekilde, her iki şirketin de aynı bir üçüncü tarafın iş

¹⁴³⁹ Alman öğretisinde de sürece uyulmamasının işlemin geçerliliğine etki etmemesi konusundaki kanun koyucunun kararının, ilişkili kişinin geniş tanımına, işlemine, madde öngörülen eşik değerine veya birkaç işlemin toplamına ilişkin yanlış yargılardan kaynaklanabilecek mevcut belirsizliklerin etkili olduğu vurgulanmıştır. (Bkz. yuk. § 1/VIII/2).

BeckOGK/Spindler/Seidel, **a.g.e.**, AktG § 111b Rn. 30-31).

ortaklığı olması halinde de şirketlerin birbirlerinin iç işleyişine ve prosedürlerine vakıf olması beklenemez. Bu hallerde bu kişilerle yapılan ilişkili taraf işlemlerinin geçersizliği her durumda ileri sürülememelidir. Buna karşın şirketin kilit konumunda yöneticilerinin ise şirket içi işleyişe vakıf olduklarını kabul etmek ve bu tür ilişkili taraf işlemlerini geçersiz saymak mümkün olabilir. Zira bu kimseler, TTK m. 371/3 kapsamında bu kimselere karşı her zaman ileri sürülebilecektir.

Anılan gerekçelerle, işlemi prosedüre uygun olarak gerçekleştirmeyen YK üyelerinin sorumluluğunun gündeme geleceği, bunun dışında iyiniyetli üçüncü kişilere geçersizliğin ileri sürülemeyeceği kabul edilmelidir. Bu sonuç, AB üyesi ülkelerdeki uygulama ile de uyumlu olacaktır.

C. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

İlişkili taraf işlemleri, prosedürün bir parçası olarak örtülü kazanç aktarımı denetiminden geçer. İlişkili taraf işlemleri, şirketin malvarlığının azalmasına veya kazancının artmasına engel olduğu hallerde örtülü kazanç aktarımı oluşturur ve bu halde örtülü kazanç aktarımına ilişkin yaptırımların uygulanması gündeme gelir. İlişkili taraf işlemlerinin şirketin zarara uğramasına yol açtığı durumlar genellikle örtülü kazanç aktarımı şeklinde tezahür etmektedir. Bu nedenle konumuz bakımından da örtülü kazanç aktarımına bağlanan sonuçlar önem arz eder.

Örtülü kazanç aktarımına aykırı davranılmasının özel hukuktaki ilk sonucu, kazanç aktaran şirketin yöneticileri ile kaynak aktarılan ilişkili tarafların tazminat sorumluluğunun doğmasıdır¹⁴⁴⁰. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlal edilmesi halinde SerPK'da hem şirketin zararının tazminin sağlanmasına hem de örtülü kazanç aktarımı yapanların cezalandırılmasına yönelik hukuki ve cezai yaptırımlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Örtülü işlemlerle şirketin yanı sıra pay sahipleri ve küçük yatırımcılar da zarara uğratıldığı için örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında öngörülen idari ve ceza yaptırım ile ilk başta korunmak istenen halka açık anonim şirketlerin ve kolektif yatırım kuruluşlarına yatırım yapan ve özellikle küçük pay

¹⁴⁴⁰ Kaya, *Örtülü Kazanç Aktarımı* (2013), s. 203.

sahiplerinin menfaatleridir. Sermaye piyasasının bütünü açısından değerlendirildiğinde söz konusu fiiller, nihai olarak piyasanın işlevselliğini de olumsuz yönde etkilemektedir. Bu açıdan bu fiilleri yasaklayan ve caydırılması için öngörülen cezai müeyyideler şirketin, pay sahiplerinin ve küçük yatırımcıların yanı sıra piyasanın güvenilirliğinin korunmasına da hizmet etmektedir¹⁴⁴¹.

1. SPK'nın Örtülü Kazanç Aktarılan Tutarın İadesine İlişkin Yetkileri

a. SPK'nın Aktarılan Tutarın İadesi İçin Süre Tayin Etmesi

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılığın hukuki yaptırımı SerPK m. 21/4'de düzenlenmiştir. Örtülü kazanç aktarımının SPK tarafından tespit edilmesi halinde halka açık anonim şirketler, kolektif yatırım kuruluşları ile onların iştirak ve bağlı şirketler, kazanç aktarımı yapılan ilişkili taraflarından SPK tarafından belirlenen süre içerisinde aktarılan miktarın kanuni faizi ile birlikte malvarlığı veya kazancı azaltılan şirkete iade edilmesini istemek, kendilerine kazanç aktarımı yapılan ilişkili taraflar da SPK'nın belirlediği süre içinde aktarılan miktarı faiziyle birlikte iade etmek zorundadır. Burada bir anlamda TTK m. 202 'deki denkleştirmeye benzer, taraflara bir istemde bulunma hakkı verilmiştir¹⁴⁴². Ancak burada istemde bulunma SPK'nın durumu tespitine bağlı olarak bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

Burada aktarılan tutarın iade isteminde bulunma ve iade etme yükümlülüğü, SPK'nın örtülü kazanç aktarımını tespit etmesi ve aktarılan bu tutarın iadesi için süre öngörmesi ile doğmaktadır. SPK'nın ne kadar süre belirleyeceği hususu hükümde düzenlenmemiştir ancak Kurul'un kararlarında aktarılan tutarın faiziyle birlikte iadesi için üç aylık süre öngördüğü görülmektedir¹⁴⁴³. Şirket, SPK tarafından belirlenen sürede aktarılan tutarın faiziyle birlikte iadesini talep edecektir.

SerPK m. 92/1.a hükmünde de SPK'nın halka açık anonim şirketin malvarlığının azalmasına yol açan işlemi tespit etmesi halinde ilgililerden aykırılıkların giderilmesi

¹⁴⁴¹ Selman Dursun, *Sermaye Piyasalarında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 346-347; Murat Sadak, *Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 59-60.

¹⁴⁴² Kaya, *Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)*, s. 158.

¹⁴⁴³ Bkz. 2016/21 sayılı 30.06.2016 tarihli SPK Bülteni, s. 5, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=21>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

için tedbirler almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümler kapsamındaki ilgililer; aktif yolla malvarlığının azaltılmasına neden olunmuşsa işlem veya eylemin tarafları, eğer pasif olarak yapılması beklenen faaliyetlerin yapılmaması yoluyla kazanç aktarımı yapılmışsa eylemsizliğin taraflarıdır¹⁴⁴⁴. SPK örtülü kazanç aktarımı ihlalinin giderilebilmesine ilişkin tedbir alınmasını, malvarlığı azaltılan ya da kazancı artmasına engel olunan şirketin yönetim kurulundan isteyecek ve iade yükümlülüğü olan taraf da şirketin malvarlığını azaltarak lehine menfaat sağlanan taraf olacaktır¹⁴⁴⁵. Bu açıdan SPK, kazanç aktarımını gerçekleştiren her iki taraftan da aktarılan tutarın iadesinin yapılması için gerekli tedbirlerin alınması isteminde bulunabileceği gibi sadece bir tarafa da bu istemini yöneltebilir¹⁴⁴⁶.

Şirketin azaltılan malvarlığı SPK tarafından tespit edilmekte ve aktarılan kazancın tutarının kimlerden isteneceği de yine Kurul tarafından şirkete bildirilmekte ve kamuya duyurulmaktadır¹⁴⁴⁷. Şirket, SPK'nın kararına katılmasa da istemini Kurul'un tespitinde belirtilen taraflara yöneltmesi şarttır. Aksi halde şirketin idari para cezası yaptırımı ile karşılaşması mümkündür¹⁴⁴⁸. Kazanç aktarımının çoğu zaman yargıda çözülmesi gereken sorun oluşturmalarına karşın tespiti konusunda SPK'ya yetki verilmesi öğretide eleştirilmektedir¹⁴⁴⁹.

İade edilecek tutarın ne kadar olduğu hususu da SPK tarafından tespit edilmektedir. Ancak aktarılan malvarlığının bir ayın olması halinde ise aktarma

¹⁴⁴⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 434.

¹⁴⁴⁵ SPK Bülteni'nde de ilgili olarak kazancı aktarılan şirketin YK üyeleri ile lehine menfaat sağlanan kişiler şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. 2016/21 sayılı 30.06.2016 tarihli SPK Bülteni, s. 5: “Malvarlığı veya karı azaltılan A... Entegre Tekstil İşletmeleri A.Ş. 'den SPKn'nun 21'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca; Kurulumuz kararından itibaren 3 ay içinde lehine menfaat sağlanan kişiler nezdinde faiziyle beraber tahsil ve takibinin istenmesine ve 1.120.000 TL'lik zararın marka temlik tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte ödenmesi hususunda A. CERİT'in, 22.995.074 TL'lik zararın işlem tarihlerinden itibaren işleyecek faiziyle beraber ödenmesi hususunda hâlihazırda yönetim kurulu üyeleri olan ve gerçekleştirilen tüm işlemlerde sorumluluğu bulunan A. CERİT ve A. CEBECİ'nin bilgilendirilmesine karar verilmiştir”. Ayrıca bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 434; Günay, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁴⁴⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 434.

¹⁴⁴⁷ Örneğin 30.06.2016 tarihli 2016/21 sayılı SPK Bülteni'nde örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilen taraflar, sorumluları, iade isteminde bulunacak ve bulunacak taraflar ile zarar kamuya duyurulmuştur. Bkz. 2016/21 sayılı 30.06.2016 tarihli SPK Bülteni, s. 5.

¹⁴⁴⁸ Manavgat, **Halka Arz**, s. 435.

¹⁴⁴⁹ Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 39.

tarihine göre tutarda bir düşme mevcut değilse, aynın aynen iadesinin istenmesinin de mümkün olduğu öğretide ifade edilmektedir¹⁴⁵⁰. Ancak aynın değerinde düşme olup olmadığına ilişkin bir tespit yapılabilmesi, SPK düzenlemeleri kapsamında değerlendirme yaptırılmasını gerektirir. Öğretide, aktarım tarihinden sonra aynın şirket tarafından kullanılması gereksiz hale gelmiş ya da şirketin aynın maliki olmasının şirkete bir yararı olmadığı hallerde, şirketin iade istemi yerine aynın bedelinin faiziyle beraber ödenmesini istemesi mümkün olacağı ve özellikle aynın üçüncü kişilere satışının kolay olmadığı hallerde bedelin geri istenmesinin şirketin menfaatine olacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁵¹. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükmün amacı, bir tarafı cezalandırmak olmayıp, şirketin aktarılan malvarlığına kavuşmasıdır. Bu nedenle aynın iadesinin asıl olması gerekir.

SerPK m. 21/4’de aktarılan tutarın kanuni faiziyle birlikte iadesinden söz edilmektedir. Ancak hükümde “*kanuni faiz*” ile ne kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira öğretide kanuni faiz, miktarı kanunlarda belirlenen anapara (kapital) faizi ya da temerrüt faizi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁵². Ancak öğretide kabul edilen bu tanımdan farklı olarak 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun¹⁴⁵³, da “*kanuni faiz*” ifadesi miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş olan anapara faizi için kullanılmıştır. 3095 sayılı Kanun, kanuni faiz kapsamında temerrüt faizini saymamaktadır¹⁴⁵⁴. Bu nedenle SerPK m. 21/4’de kanuni faiz ile anapara faizi mi yoksa temerrüt faizi mi kastedildiği açık değildir. Öğretide burada öngörülen faizin temerrüt faizi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵⁵. Bununla birlikte öğretide, hükümdeki lafzın kanuni faiz şeklinde değil “*ticari işlerdeki temerrüt faizi*” şeklinde kaleme alınması gerektiği ve SPK tarafından çıkarılacak bir tebliğde söz konusu faizin temerrüt faizi olduğunun açıklığa kavuşturabileceği ifade edilmekte ve aksi halde maddenin bu haliyle temerrüt faizinin uygulanmasının lafzi olarak mümkün

¹⁴⁵⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 435.

¹⁴⁵¹ **A.e.**

¹⁴⁵² Arkan, **a.g.e.**, s. 81; Helvacı/Kaya (Ülgen v.d.), **a.g.e.**, s. 74.

¹⁴⁵³ 3095 sayılı Kanun 19.12.1984 tarihli ve 18610 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹⁴⁵⁴ Arkan, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁴⁵⁵ Manavgat, **Halka Arz**, s. 441-442; Günay, **a.g.e.**, s. 126; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 39-40.

olmayabileceğine işaret edilmektedir¹⁴⁵⁶. Kanaatimizce de bu hükümde kanuni faiz ifadesi ile ticari işlerdeki temerrüt faizi kastedilerek en yüksek faizin uygulanması sağlanmak istenmiştir. Ancak 3095 Sayılı Kanun'da ticari temerrüt faizi ticari işlerde açıkça talep edilmesi halinde uygulanabilmektedir. Bu nedenle SerPK m. 21/4 hükmünde faizin açıkça "*ticari işlerdeki temerrüt faizi*" olduğunun ifade edilmesine ihtiyaç vardır. Ancak söz konusu kanuni faiz kavramının her somut olayda duruma göre yorumlanabileceğini, Kanun koyucunun kanuni faiz kavramını tercihte tüm olasılıkları düşünmediğini ve bilinçli davranmadığını düşünmekteyiz. Örneğin şirketin emsal şirketlere kanuni faizle kredi vermekte iken ilişkili tarafa daha düşük bir kredi verdiğinde bu faizin kanuni faize tamamlanması düşünülebilir. Bu örnek ihtimalde temerrüt faizinin istenmesi de olası değildir.

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırı olarak aktarılan tutarın iade edilmesi, işlemin gerçekleştirilmesinde kusuru olanların sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim SerPK m. 21/4'te örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali nedeniyle hukuki ve cezai yaptırımların saklı olduğuna işaret edilmiştir¹⁴⁵⁷. SPK Bültenleri'nde yatırımcıların örtülü kazanç aktarımına konu işlemlerde sorumluluğu olan ilgili şirket yöneticileri aleyhine sorumluluk davası açılabileceği hususu ayrıca kamuya duyurulmaktadır¹⁴⁵⁸.

b. SPK'nın Aktarılan Tutarın İadesi İçin Dava Açma Yetkisi

SerPK m. 94'de, SPK'ya, örtülü kazanç aktarımı yaptığı tespit edilen halka açık anonim şirketler, kolektif yatırım kuruluşları ile onların iştirak ve bağlı şirketlere ilişkin yapmış olduğu denetleme sonucunda varılan tespitlerin pay sahiplerine duyurulmasını isteme ve aktarılan tutarın öngörülen sürede iade edilmemesi halinde iade davası açma yetkisi tanınmıştır.

¹⁴⁵⁶ Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 39-40.

¹⁴⁵⁷ Karacan, **a.g.e.**, s. 618.

¹⁴⁵⁸ Bkz. 06.01.2017 tarihli ve 2017/01 sayılı SPK Bülteni, s. 11, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2017&no=1>, Erişim Tarihi: 27.04.2021: "*İ... İstanbul Döşeme Sanayii A.Ş. nezdinde Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda; Kurulumuzca tespit edilen suçlar nedeniyle (varsa) zarara uğrayan yatırımcıların, genel hukuk hükümleri çerçevesinde, yasal koşulların oluşması halinde, mevzuata aykırılık teşkil eden bahse konu işlemlerde sorumluluğu bulunan şirket yöneticileri aleyhine dava açabilecekleri hususunun Kurulumuz Bülteni ile kamuya duyurulmasına, karar verilmiştir*".

SPK tarafından örtülü kazanç aktarımı kapsamında yapılan tespitler ve uygulanan hukuki ve cezai müeyyideleri SPK Bülteni'nde haftalık olarak açıklanmaktadır. Bu hüküm kapsamında yapılacak duyuru ise genel olarak kamunun aydınlatılması değil; kazancı aktarılan şirketin pay sahiplerinin durumla ilgili ayrıca bilgilendirilmesi amaçlanmıştır¹⁴⁵⁹. Bu duyuru, SPK'nın istemi üzerine şirket tarafından pay sahiplerine yönelik olarak yapılmaktadır. Duyurunun ne şekilde olacağı hususu ise hükümde belirtilmemiştir.

SerPK m. 94'te, SPK'nın yetkisi "*Kurul, Kurulca belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya yetkilidir.*" şeklinde tarif edilmiştir. Hüküm belirlenen süre içinde iadesinin sağlanması için dava açılması şeklinde kaleme alınmışsa da bu süre içinde SerPK m. 21/4 uyarınca iade yapılmadığı takdirde Kurul'un dava açma yetkisi olduğu kabul edilmelidir. SerPK m. 21/4 ve 94 birbirini tamamlayan iki hükümdür ve iki düzenlemenin birlikte ele alınması gereklidir¹⁴⁶⁰. Aksi halde SerPK m. 21/4'de süre tayin edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle SPK tarafından tayin edilen sürede tutar kısmen veya tamamen iade edilmez ise SPK'nın iade davası açabileceği kabul edilmelidir¹⁴⁶¹.

Örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi sonucunda şirketin malvarlığının azaltılması ya da kârının artmasının engellenmesi ile oluşan zarara yönelik pay sahiplerinin YK üyelerinin sorumluluğu kapsamında tazminat davası açma imkânları varsa da zarara uğratan ilişkili şirketlere ve onların YK üyelerine karşı dava açma imkânları bulunmamaktadır¹⁴⁶². Bu nedenle aktarılan kazanç tutarının iadesi için SPK'ya dava açma yetkisi tanınmıştır. SPK, belirlediği tutarın tayin ettiği süre içerisinde iade edilmesi için dava açabilmektedir. Böylelikle burada SPK'ya azınlıkta kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini korumak için bir nevi onlar adına tazmin ve denkleştirmenin sağlanabilmesine yönelik özel bir hukuk davası açma yetkisi tanınmıştır¹⁴⁶³. Bu konuda Bölge Adliye Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, SPK'ya tanınan dava açma yetkisi veren hükmün kamusal yönü de nazara

¹⁴⁵⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 441.

¹⁴⁶⁰ Günay, **a.g.e.**, s. 125; Manavgat, **Halka Arz**, s. 441.

¹⁴⁶¹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 435; Günay, **a.g.e.**, s. 126 dn. 380.

¹⁴⁶² Günay, **a.g.e.**, s. 125; Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 40.

¹⁴⁶³ Karacan, **a.g.e.**, s. 618.

alındığında bu davanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyumsuzluğu olmadığına işaret etmiştir¹⁴⁶⁴.

SerPK m. 94'e eklenen son fıkrada, 92. maddenin birinci ve üçüncü fıkralarının bu madde bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. SerPK 92 hükmüne eklenen son fıkra uyarınca "bu madde kapsamında Kurul tarafından açılan dava ve takipler ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde Kurul her türlü harç ve teminattan muaf" kılınmıştır¹⁴⁶⁵. Böylelikle SPK'nın tespitine ve süre tayin etmesine rağmen aktarılan tutarın iade edilmemesi halinde SPK'a tutarın mahkeme kararıyla iade edilmesinin sağlanması için harç ve teminattan muaf olarak dava açma olanağı verilmiştir¹⁴⁶⁶.

D. SERPK M. 92 HÜKMÜNDE SPK'YA TANINAN TEDBİRLER

SerPK m. 92 hükmünde "ihraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya malvarlığı azaltıcı işlemlerinde uygulanacak tedbirler" düzenlenmiştir¹⁴⁶⁷. Burada SPK'nın; kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı durum ve işlemler sebebiyle sermayenin ya da malvarlığının azalmasına ya da kaybına yol açtığını tespit etmesi halinde uygulayacağı tedbirler düzenlenmiştir¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁴ Bkz. İstanbul BAM 12. HD, 8.12.2020 T., 2020/1375 E., 2020/1292 K.: "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 94. Maddesinde " (1) Kurul, 21. maddede belirtilen işlemlerde bulundukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ortaklara duyurulmasını istemeye, Kurulca belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya yetkilidir." denilmektedir. Davacı Kurul, örtülü kazanç aktarımı yaptığı tesbit olunan davalılardan yasal düzenlemeler gereği isteğe rağmen halka açık ortaklığa iade gerçekleşmemesi üzerine şirkete iade talebin de bulunmuştur. Davacı kurula dava açma yetkisi veren yasal düzenlemenin kamusal yönü gözetildiğin de davanın; " tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyumsuzluğu niteliğinde olmadığı " açıktır. Davanın niteliği itibariyle dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa başvuru şartı gerekmemektedir", (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

¹⁴⁶⁵ Bu fıkra 21.01.2017 tarihli ve 29957 sayılı RG'de yayımlanan 684 sayılı KHK'nın 6. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁴⁶⁶ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁴⁶⁷ SerPK m. 3/1.h'de yer alan tanıma göre, ihraççı "sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurul'a başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanun'a tabi yatırım fonlarını" ifade etmektedir. İhraç ise sermaye piyasası araçlarının halka arz edilerek veya edilmeksizin satışını ifade etmektedir. İhraççı oldukça geniş tanımlandığından her halükarda tüm halka açık anonim şirketlerin bu kapsama girdiği ifade edilmiştir (Bkz. Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 383, dn. 43).

¹⁴⁶⁸ Bu hükümde, esas itibariyle sermaye piyasası mevzuatına ve şirket esas sözleşmesine uygun

İlişkili taraf işlemleri ile şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açılması durumunda bu hüküm önemli bir işleve sahip olmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere ilişkili taraf işlemlerinin şirketin malvarlığına zarar verici şekilde gerçekleştirilmesi örtülü kazanç aktarımı şeklinde gerçekleşmektedir. İlişkili taraf işlemi ile şirketin malvarlığının ilişkili tarafa aktarılması, SerPK m. 21 hükmünde öngörülen ya emsallere ya da ticari teamüllere yahut da ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçütlerine aykırı olarak gerçekleştirilecektir. Malvarlığın azaltılmasına yol açan ilişkili taraf işlemleri diğer ölçütleri her zaman karşılamasa da her durumda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek olması sebebiyle örtülü kazanç aktarımı kapsamına girecektir. Bu nedenle şirketin malvarlığını azaltan ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak tedbirler de örtülü kazanç aktarımı bahsinden hemen sonra ele alınmıştır¹⁴⁶⁹.

Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlal edilmesi halinde SPK'nın örtülü kazanç aktarımına ilişkin özel düzenlemeleri dışında uygulayabileceği SerPK m. 92 hükmünde öngörülen birtakım tedbirler de bulunmaktadır. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin özel düzenlemelerle birlikte SerPK m. 92 hükmünün de uygulama alanı bulacağı SerPK 94 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. SPK, Kanun'un 92. maddesinde öngörülen ilgili mercilere intikal ettirme, aykırılıkların giderilmesi için tedbir alınmasını isteme, bu işlemlerin iptal, butlan veya yokluğun tespiti davası açma veya işlemlerde sorumluluğu olanların imza yetkilerini kaldırma ve görevden alma şeklinde sayılan yetkilerini örtülü kazanç aktarımının varlığı halinde de uygulama olanağına sahiptir.

1. Tedbir Uygulanabilmesi için Gerekli Koşullar

Kanuna, esas sözleşmeye, şirketin amaç ve konusuna aykırı olan durum ve işlemlerin, sermayenin ya da malvarlığının azalmasına neden olması gerekmektedir. Malvarlığının azalması ile aykırı işlem arasından sebep sonuç ilişkisinin varlığı

olmayan işlem ve eylemler nedeniyle şirketin zarara uğradığının SPK tarafından tespit edilmesi halinde SPK'ya birtakım özel yetkiler tanınmaktadır (Bkz. Bahtiyar, **Sermaye Piyasası**, s. 40).

¹⁴⁶⁹ Örtülü kazanç aktarımı yasağı, teknik anlamda ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramlarını aşan daha geniş çevreyi kapsamına almaktadır. Bu nedenle SerPK m. 21 kapsamında teknik anlamda ilişkili taraf işlemi olmayan örtülü kazanç aktarımı sayılan işlem veya eylemlere de SerPK m. 92 hükmü uygulanmaktadır. (Örtülü kazanç aktarımı yasağı ile ilgili açıklamalarımız için bkz. § 3/II/D)

aranmış, tek başına işlemlerin malvarlığının azalmasına yol açması SPK'nın tedbir uygulaması açısından yeterli görülmemiştir¹⁴⁷⁰. Bu itibarla ilişkili taraf işlemi SerPK m. 17/3 hükmüne ve SerPK m. 21 hükmüne aykırı olarak gerçekleştirildiği ve işlem sonucunda şirketin malvarlığının azaldığı tespit edilirse SPK'nın SerPK m. 92'deki tedbirleri uygulaması mümkün olacaktır.

İlk koşul olarak şirketin sermayesinin veya malvarlığının azaltılmış olması veya kayba uğratılmış olması aranmıştır. Hükümde azalma ve kayıp “veya” bağlacı ile ayrıldığı için eSerPK m. 46/1.c hükmünde malvarlığında azalmanın ve kaybın birlikte aranıp aranmayacağına ilişkin gündeme gelen tereddütler böylelikle sona erdirilmiştir¹⁴⁷¹. Malvarlığında azalma, malvarlığının eksilmesini ifade ederken, kayıp ise malvarlığının tamamen yitirilmesi anlamına gelir¹⁴⁷². Bu yönüyle hüküm TTK m. 376 uyarınca sermayenin kaybı ile borca batıklık hallerini de kapsamına almaktadır¹⁴⁷³. Öğretide maddenin amacı malvarlığın korunması olması nedeniyle halka açık anonim şirketin malvarlığının artmasının engellenmesine yol açan işlemlerin de bu kapsamda sayılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁷⁴. Kanaatimizce de malvarlığının veya şirketin kazancının artmasının engellenmesine yönelik işlemler de bu madde kapsamına girer¹⁴⁷⁵.

Malvarlığını azaltan işlemin, kanuna ve sermaye piyasası mevzuatına aykırı görülen durum ve işlemlerden kaynaklanması gerekmektedir. Öğretide bu maddede ifade edilen “*kanuna aykırılık*” ile sadece SerPK'nın kastedilmemiş olduğu bu Kanun

¹⁴⁷⁰ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 189-190.

¹⁴⁷¹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 436. ESerPK döneminde azalma veya kayıp şeklinde anlaşılması yönünde görüş ve değerlendirmeler için bkz. Çağlar Manavgat, “Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46.1.C. Hükmü Çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun Hukuka Aykırılığın Tespiti veya İptal Davası Açma Yetkisinin Kapsamı”, **BATİDER**, C. 27, S. 3, Eylül 2011, s. 48; Müge Tekil, “Sermaye Piyasası Kurulu'nun Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararları Aleyhine İptal Davası Açma Yetkisi -4487 Sayılı Kanun ile SerPK m. 46/1.(c)'de Yapılan Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **Prof Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, Beta Basım, 2002, s. 781-782.

¹⁴⁷² Manavgat, **Halka Arz**, s. 436.

¹⁴⁷³ Tekil, **a.g.m.**, s. 782; Manavgat, **SerPK'nun 46.1.c Hükmü**, s. 48; Manavgat, **Halka Arz**, s. 436.

¹⁴⁷⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 436-437; Manavgat, **SerPK'nun 46.1.c Hükmü**, s. 48; Günay, **a.g.e.**, s. 114-115.

¹⁴⁷⁵ Örtülü kazanç aktarımına ilişkin tedbirlerin düzenlendiği SerPK m. 94'te, 92. maddenin de örtülü kazanç aktarımında uygulama alanı bulacağı açıkça belirtildiği için malvarlığının artmasını önleyen işlemlerin de bu kapsamda olduğu kabul edilmelidir.

dışında diğer kanunların da bu kapsamda sayıldığı kabul edilmektedir¹⁴⁷⁶. SerPK m. 88/1 hükmü uyarınca SPK “*bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasası ile ilgili hükümlerinin uygulanmasını ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerini denetlemeye*” yetkili kılınmıştır. Bu itibarla hükümde geçen kanuna aykırılık ifadesinin SerPK ile diğer kanunların sermaye piyasası ile ilgili düzenlemelerine aykırılık şeklinde anlaşılması gerekir¹⁴⁷⁷. Bu bağlamda, SerPK’ya tabi anonim şirketlere uygulanabilen, özellikle anonim şirketlere ilişkin TTK hükümleri ile özel kanunlara bağlı anonim şirketlerle ilgili özel kanunların hükümleri sermaye piyasası ile ilgilidir ve bu kanunlara aykırılık da SerPK m. 92 kapsamında sayılır¹⁴⁷⁸. SerPK m. 92’de, ikincil mevzuata aykırılık sadece sermaye piyasası mevzuatı yönünden ele alınmıştır. Bu nedenle ikincil düzenlemelere aykırılık lafzi olarak sadece SerPK kapsamında SPK tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelere aykırılık şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak öğretide, kanuna aykırılığın kapsamına genel kurul kararlarının iptalinde kabul edildiği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerin de girdiği kabul edilmektedir¹⁴⁷⁹. Örtülü kazanç aktarımı kapsamında SerPK m. 21’e aykırılık halinde bu tedbirlerin uygulanması mümkün olacaktır. Yine aynı şekilde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17/3 hükmüne ve KYT 9 ve 10 maddelerine aykırı gerçekleştirilen işlem, şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açmışsa, SerPK m. 92 uyarınca SPK dava açma imkânına sahip olmaktadır. Yine ilişkili taraflarla yapılan işlemlerle ilgili diğer kanunlara uyulmaması halinde de yine SPK’nın bu yetkileri kullanması mümkün görünmektedir.

Esas sözleşmeye aykırı şekilde gerçekleştirilen işlem ve durumların şirketin malvarlığının azalmasına neden olması hali de SerPK m. 92 kapsamında sayılmıştır. SerPK m. 33/2 hükmü uyarınca halka açık şirketin esas sözleşmesinin değiştirilmesi için SPK’nun uygun görüşünün alınması zorunludur. Bu açıdan SerPK’ya tabi anonim şirketlerin esas sözleşme hükümleri SPK tarafından da denetlendiği için bu hükümlere

¹⁴⁷⁶ Manavgat, **SerPK’nun 46. 1.C. Hükmü**, s. 51-52; Manavgat, **Halka Arz**, s. 437; Fatma Beril Özcanlı, “Sermaye Piyasası Kurulunun Yatırımcıları Korumaya Yönelik Dava Açma Yetkisi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İÜ SBE**, 2010, s. 57.

¹⁴⁷⁷ ESerPK bakımından aynı yönde bkz. Tekil, **a.g.m.**, s. 778.

¹⁴⁷⁸ Tekil, **a.g.m.**, s. 778; Manavgat, **SerPK’nun 46.1.c Hükmü**, s. 52; Özcanlı, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁴⁷⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 438; Manavgat, **SerPK’nun 46.1.c Hükmü**, s. 52; Günay, **a.g.e.**, s. 116-117.

uyulması da önem taşır. Bu bağlamda, halka açık anonim şirkette esas sözleşmeye aykırı şekilde gerçekleştirilen işlem şirketin malvarlığının azalmasına yol açtığına, SPK; mercilere intikal ettirme, aykırılıkların giderilmesi için tedbir alınmasını isteme, bu işlemlerin iptal, butlan veya yokluğun tespiti davası açma veya işlemlerde sorumluluğu olanların imza yetkilerini kaldırma ve görevden alma yetkilerini kullanabilir.

İşletmenin amaç ve konusu aykırı görülen işlemler ve durumlar sebebiyle malvarlığının azaltılması SerPK m. 92 hükmü kapsamında ayrıca sayılmıştır. TTK m. 125 hükmü ile ultra vires ilkesi terk edildiği için temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yapmış olduğu işlemler de şirketi bağlamaktadır. Ancak TTK m. 371/2 uyarınca üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda olduğunun ispat edilmesi durumunda şirket işlem ile bağlı olmaz. Bu bağlamda öğretide de SerPK m. 92 hükmünde işletmenin konusuna aykırılığını TTK m. 371/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁸⁰. İşletmenin konusuna aykırılık, şirketi bağlayıp bağlamayacağı hususu TTK m. 371/2 kapsamında ele alındığında, örtülü kazanç aktarımında esas sözleşmede yer alan konu dışında işlem ilişkili taraflarla gerçekleştirileceği için çoğu halde üçüncü kişinin bu durumu bildiği sonucuna varılacak, şirketi bağlamadığı kabul edilebilecektir.

Ancak örtülü kazanç aktarımı mevzusunu kanaatimizce TTK m. 371 kapsamında ele almamak gerekir. Örtülü kazanç aktarımı yasağı ile şirketin malvarlığının azalmasına yol açan ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemlerinin yasaklanması amaçlanmaktadır. İşletmenin konusu ile bağdaşmayan bir işlemin ilişkili taraflarla emsallere, ticari teamüllere ve basiret ve dürüstlük kurallarına uygun olmayacak şekilde yapılarak şirketin zarara uğratılması halinde TTK m. 371/2'den bağımsız olarak yapılamayacağı kabul edilmekte ve SerPK m. 21/4 hükmü uyarınca aktarılan kazancın iadesi istenebilmektedir. Bu nedenle SerPK m. 92 uyarınca da örtülü kazancın varlığı halinde başkaca hükümlere bakılmaksızın Kurul'un tedbir alabileceği

¹⁴⁸⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 439; Günay, **a.g.e.**, s. 118-119.

kabul edilmelidir. Burada örtülü kazanç aktarımı yönünden temel ölçüt olarak alınması gereken SerPK m. 21’de öngörülen ölçütler olmalıdır. Örtülü kazanç aktarımında esas sözleşmeye aykırılık bağlamında işletme konusuna ve amacına uyulmaması özellikle pasif yolla aktarımının gerçekleştirilmesinde gündeme gelecektir. SerPK m. 21/2 hükmünde esas sözleşme çerçevesinde basiretli ve dürüst tacir olarak beklenen faaliyetlerin yapılmaması örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan amaç ve konuya uygun hareket edilmemesi de m. SerPK m. 21/2 hükmüne aykırı olacaktır.

2. SPK’nın Yetkileri

a. Tedbir Alınmasını İsteme ve İlgili Mercilere Bildirme Yetkisi

SPK “6102 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye” yetkili kılınmıştır¹⁴⁸¹.

SPK aykırılıkların giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını halka açık anonim şirketten ve ilgililerden isteme yetkisine sahiptir. Örtülü kazanç aktarımı yasağı bağlamında SPK’ya bir anlamda şirketin zararının tazmininin sağlanabilmesi için aktarılan tutarın iadesini isteme yetkisi de SerPK m. 21/4 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımı için Kurul’un ilgililerden almasını isteyeceği gerekli tedbiri bu hükümle birlikte değerlendirmek gereklidir. SerPK m. 21/4 hükmünde alınması gereken tedbir düzenlenmiş olduğu için SPK’nın örtülü kazanç aktarımında bu tedbirin alınmasını isteyebileceği kabul edilmelidir.

SPK’ya aykırılıkları ilgili mercilere intikal ettirme yetkisi tanınmıştır. Bu tedbir SPK tarafından yapılan denetim sonucunda kanuna, sermayenin veya malvarlığının azalmasına yol açan sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşmeye veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı durum ve işlemlerin, diğer kamu kurumları ile düzenleyici ve denetleyici otoritelerin görev alanında olduğunun tespiti halinde, ilgili mercilerin bu aykırılıktan haberdar edilmelerini sağlamak amacıyla getirilmiştir¹⁴⁸². İşlemin

¹⁴⁸¹ SerPK m. 92/1.a. SPK’nın bu yetkiyi kullanabilmesi için kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşmeye ve işletmenin konu ve amacına aykırı olarak gerçekleştirilen işlemle şirketin malvarlığının azaltılması ya da artmasının engellenmesinin şart olduğunu hatırlatalım.

¹⁴⁸² Ahmet Tok, **Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi**, Marmara

özelliğine göre SPK, Ticaret Bakanlığı'na, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na veya özel kanuna tabi şirketlerde BDDK gibi ilgili denetim otoritelerine durumu intikal ettirebilir¹⁴⁸³. Kara paranın aklanması, transfer fiyatlandırması veya örtülü sermaye gibi fiillerin tespit edilmesi halinde ilgili mevzuatlar uyarınca bildiriminin yapılması zorunludur. Bu nedenle SPK m. 92/1.a'da öngörülen bu işlem ve eylemlerin ilgili makamlara ve mercilere bildirilmesi yetkisi, belli şartlarda SPK bakımından yükümlülük teşkil edebilecektir¹⁴⁸⁴. İşlem veya fiilin suç teşkil etmesi halinde bunların bildirimi özel olarak SerPK m. 115 hükmünde düzenlenmiştir.

b. İptal Davası, Yokluk veya Butlanın Tespiti Davası Açma Yetkisi

SPK'nın halka açık anonim şirketlerden aykırılıklar halinde tedbir alınmasını istemesi ve durumu ilgili mercilere intikal ettirme yetkisinin zorlayıcılığının sınırlı olması nedeniyle, SPK'ya; denetleme, düzenleme ve izleme makamı olarak küçük pay sahiplerinin haklarını korumak üzere dava açma yetkisi tanınmıştır¹⁴⁸⁵.

SerPK m. 92'de, SPK'ya ilgili koşulların gerçekleşmesi kaydıyla halka açık anonim şirketin aykırılık teşkil eden işlemlerine karşı iptal davası, butlan veya yokluğun tespiti davaları açma yetkisi tanınmıştır. Öğretide SPK'ya tanınan bu dava yetkilerinin pratik bir çözüm sunmadığı, olması gerekenin SPK'yı iptal veya kesin hükümsüzlüğün tespitini dava etme yetkisi yerine kanuna, sermaye piyasası mevzuatına ve esas sözleşmeye aykırı olan işlemi, sahip olduğu kamu erkine dayanarak doğrudan doğruya ortadan kaldırma yetkisi tanınması olduğu ifade edilmekte, bu bağlamda SPK kararlarına karşı itiraz ve dava imkânı getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁸⁶.

Üniversitesi SBE Doktora Tezi, 2017, s. 259.

¹⁴⁸³ Manavgat, **Halka Arz**, s. 435; Tok, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁴⁸⁴ Tok, **a.g.e.**, s. 259-260; Manavgat, **Halka Arz**, s. 435.

¹⁴⁸⁵ Bkz. eSerPK m. 46/1.(c) gerekçesi. SerPK m. 92/1.b'de “*Bu Kanuna tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi hâlinde, Kurul; Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya*” yetkili kılınmıştır.

¹⁴⁸⁶ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 375.

ESerPK m. 46/1.c hükmünde hükmünde tanınan “hukuka aykırılığın tespiti” davası açma yetkisi SerPK 92 hükmüne alınmamıştır¹⁴⁸⁷. ESerPK döneminde Kurul’un tespit davası açma yetkisini, şirketin malvarlığındaki azalmanın tazmini için hukuki yola başvurmanın olanaklı olduğu hallerde kullanabileceği ve tespit davası açıldıktan sonra da şirketin zararının giderilmesi için açılacak davayı yönetim kurulunun ya da pay sahiplerinin açabileceği, bu nedenle eda davası açma olanağı olmayan SPK’nın tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu kabul ediliyordu¹⁴⁸⁸. Bu yetkinin SerPK 92’ye alınmaması ile yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren durumlarda SPK’nın tespit davası açarak bu davanın sonucuna göre ilgililerin tazminat davası açma imkânının ortadan kalktığı ifade edilmektedir¹⁴⁸⁹.

(1) Dava Konusu Olabilecek İşlemler

SPK tarafından açılacak iptal davası, butlan veya yokluğun tespiti davalarının konusunu, hukuki işlem ve durumların oluşturacağı düzenlenmiştir.

SerPK m. 92’de, “işlem” ifade kullanılmışsa da belirli bir işlem türüne işaret edilmemiştir. Bu nedenle her türlü hukuki işlem bu kapsamda sayılmalıdır¹⁴⁹⁰. Bu kapsamda vakıf kurulması gibi tek taraflı hukuki işlemler de yer alabileceği gibi, üçüncü taraflarla gerçekleştirilecek bağışlama, satış, ödünç, vekâlet, istisna, kira gibi sözleşmeler veya SerPK’ya tabi şirketlerin genel kurul kararları ile ilgili koşulların varlığı halinde YK kararları da yer alabilir¹⁴⁹¹.

SerPK m. 92’de işlem dışında durumdan da bahsedilmişse de durumun iptalinin, butlanının ve yokluğunun tespitinin istenebilmesi mümkün değildir. Ancak durum ifadesinden, malvarlığının azaltılmasına yol açan eylem ile gerçekleştirildiğinde bu eylem vasıtasıyla gerçekleştirilen işlem anlaşılmalıdır. Bu nedenle hukuki işlem olmasa da fiili durum ile şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açılabilir ve bu durumun dayanağını da kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşmeye veya

¹⁴⁸⁷ Anılan maddede SPK’ya “...Bu Kanuna tabi anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açma” yetkisi tanınıyordu.

¹⁴⁸⁸ Manavgat, **SerPK’nun 46.1.c Hükmü**, s. 56.

¹⁴⁸⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 440.

¹⁴⁹⁰ Tekil, **a.g.m.**, s. 777.

¹⁴⁹¹ Tekil, **a.g.m.**, s. 777; Tok, **a.g.e.**, s. 250; Manavgat, **Halka Arz**, s. 442.

işletme amaç ve konusuna aykırı olarak gerçekleştirilen bir işlem oluşturabilir. Bu hallerde davanın konusunu da şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açan bu işlem oluşturacaktır¹⁴⁹². Örneğin örtülü kazanç aktarımında pasif yolla da şirketin bir işlemi yapmasından kaçınarak başka işlem aracılığıyla ilişkili tarafların malvarlığının artırılmasına yol açılabilmektedir. Bu gibi işlemlerle elde edilen tutarın iadesi SerPK m. 94 hükmünde düzenlenmiştir. Bu işlemlerin de SerPK 92'deki diğer koşulları taşınması halinde iptal veya yokluk veya butlanın tespiti davalarına konu olabileceği kabul edilmelidir.

(2) Davalar

SPK'nın bu yetkisi kapsamında açabileceği davalar, hukuki işlemlere yönelik olabileceği gibi şirketin genel kurul kararları ile YK kararlarına karşı da açılabilir¹⁴⁹³. SPK'ya genel hükümlerden ayrılan şekilde her türlü hukuki işlem yönünden dava açma yetkisi tanınmış olmaktadır. Ancak SPK'ya tanınan bu yetki, denetim ve yaptırım uygulayabilme gücünü artırabilmesi ve yatırımcıları koruma amacıyla öngörüldüğü için yetkinin çerçevesi de bu amaç kapsamında değerlendirilmelidir¹⁴⁹⁴.

SPK'nın hangi işlemlerin iptalini isteyebileceği ele alındığında ilk olarak işlemin kendisinin iptalini isteyebileceği kabul edilmelidir. Ancak hukuki işlemlerin iptalinin dava edilebilmesi için hukuka aykırılığın işlemin diğer tarafına karşı ileri sürülebilmesi gerekir. Aykırılığın ileri sürülemediği hallerde ise SPK'nın iptal davası açamayacağı kabul edilmelidir¹⁴⁹⁵. SPK'nın açtığı iptal davası sonucunda, mahkeme işlemin iptaline karar verse de, halka açık anonim şirketin malvarlığındaki azalmanın giderilmesi için bir istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme davası açılması gerekecektir. İşlemin iptali akabinde açılması gereken bu davalar ise SerPK m. 92 kapsamında değildir. Bu nedenle bu davaların SPK'nın tarafından açılması mümkün değildir¹⁴⁹⁶. SerPK m. 94'te ise SPK'nın örtülü kazanç aktarımı kapsamında aktarılan

¹⁴⁹² Manavgat, **Halka Arz**, s. 442.

¹⁴⁹³ Tekil, **a.g.m.**, s. 777.

¹⁴⁹⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 443.

¹⁴⁹⁵ **A.e.**, s. 440,443.

¹⁴⁹⁶ Manavgat, **Halka Arz**, s. 440-441; Günay, **a.g.e.**, s. 123-124. Bununla birlikte SPK tarafından açılan iptal davası neticesinde işlemin iptal edilmesine karar verilirse, halka açık anonim şirketin YK üyelerinin bu davaları açması gerekecektir; aksi halde hukuki ve cezai sorumlulukları gündem gelecektir (İlgili tespit için bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 441).

tutarın iadesi için dava açma hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan SerPK m. 21/4 ve SerPK m. 94 hükümleri varken SPK'nın 92. maddeye dayanarak işlemin iptali için dava açma gereği duymayacağı kanaatindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında irade bozukluğu nedeniyle iptale tabi bir durumun varlığı halinde ise SPK ancak SerPK m. 92'de aranan koşulların gerçekleşmesi halinde işlemin iptalini isteyebilir, dolayısıyla sadece irade bozukluklarına dayanarak SerPK m. 92 hükmünde koşullar gerçekleşmeden SPK'nın iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁹⁷.

SPK, genel kurul kararının iptalini de bu hükme dayanarak isteme yetkisini haizdir. TTK m. 446'da sayılan iptal davası açabilecek kişiler arasında sayılmamış olmasına rağmen SPK, SerPK m. 92/1 uyarınca şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açan kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşmeye veya işletme konusu ve amacına aykırı olan genel kurul kararlarının iptalini isteyebilmektedir.

İptal, butlan veya yokluğun tespiti davaları için SerPK m. 92'de aynı sebeplerin varlığı aranmıştır. Bir kararın en baştan iptal edilebilir mi yokluk mu butlan mı olduğunu tespit etmek kolay değildir. Bu nedenle kararın sadece yokluk ya da iptale tabi olacağının hükmünde ifade edilmemesi yerinde olmuştur¹⁴⁹⁸. Aynı sebebin somut olaya göre yokluk, butlan veya iptal yaptırımı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Somut olayda tüm geçersizlik yaptırımlarının ileri sürülmesi mümkün olup bunun somut olay bakımından kararın iptale mi butlana mı yokluğa mı tabi olacağını mahkeme takdir edecektir. Bu nedenle öğretide de SPK'ya iptal, butlan ve yokluk davalarını açma yetkisinin hepsinin tanınması somut olaya göre değişiklik gösterecek durumlar nazara alınmış olunması nedeniyle isabetli bulunmuştur¹⁴⁹⁹.

SerPK 92/1.b hükmü ile esasen SPK'ya özel bir dava açma yetkisi tanınmaktadır. Bu nedenle SPK'nın açmış olduğu davanın SerPK m. 92 kapsamında değerlendirilmesi şarttır¹⁵⁰⁰. Ancak genel kurul kararlarının butlanı TTK m. 447'de, iptali TTK m. 445'te ve YK kararlarının butlanı TTK m. 391'de düzenlenmiştir.

¹⁴⁹⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 444.

¹⁴⁹⁸ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁴⁹⁹ **A.e.**

¹⁵⁰⁰ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 319.

SPK'nın yetkisinin ve açacağı davanın SerPK m. 92 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerekmele birlikte bir kararın yokluk mu, butlan mı iptale mi tabi olacağı hususunun TTK'nın ilgili hükümlere göre tayin edilmesi gereklidir. Bu nedenle, anılan hükümlerden SerPK m. 92 hükmü kapsamında açılacak davalar için de yararlanılması gerekecektir¹⁵⁰¹. Bununla birlikte öğretide bir görüş, SerPK m. 92 hükmünün özel hüküm olduğu, SPK tarafından bu maddeye dayanılarak açılacak davalarda mahkemenin TTK'nın ilgili hükümlerine bakmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁰². Burada bu görüşe şu açıdan katılmak mümkündür. TTK'da var olan sebebe dayanılarak ancak SerPK m. 92'de öngörülmeleyen sebeple, iptal davası, butlan davasının açılması mümkün olmaz. Örneğin SerPK m. 92'de belirtilmeyen dürüstlük kuralına aykırılık TTK m. 445'ten yola çıkılarak SPK'nın açacağı davada iptal sebebi olarak değerlendirilemez¹⁵⁰³. Ancak SerPK m. 92'deki koşulların gerçekleşmesi halinde genel hükümlerden ve TTK hükümlerinden yararlanılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle doğrudan yararlanılmayacağını söylemek kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Tam aksine davanın yokluk, butlan veya iptal davası olup olmadığı ve davaya ilişkin diğer esaslar TTK'nın ilgili hükümlerinde belirtilen düzenlemelere göre tayin edilmelidir.

Dürüstlük kuralına aykırılık ise SerPK m. 92'de sayılmamıştır. Ancak SerPK m. 21 hükmü kapsamında dürüstlük ilkelerine aykırılık örtülü kazanç aktarımı kapsamında ölçüt olarak sayıldığı için, örtülü kazanç aktarımı yönünden aykırılığın tespitinde aranan ölçütlerle TTK m. 445 hükmünde belirtilen iptal sebepleri arasında uyum bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İlişkili taraf işlemleri için SerPK m. 17 hükmü uyarınca öngörülen prosedür gereği YK kararı gerekmele ve bazı hallerde genel kurul kararına ihtiyaç bulunmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin alınacak bu genel kurul kararı şirketin malvarlığının azalmasına yol açacak nitelikte ise ve SerPK m. 92 hükmünde belirtilen diğer koşulları da taşıyorsa SPK alınan bu kararın iptalini isteyebilecektir.

¹⁵⁰¹ Aynı yönde bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191. ESerPK 46/c hükmü yönünden aynı yönde bkz. Özcanlı, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁵⁰² Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 319.

¹⁵⁰³ **A.e.**

Öğretide SPK'nın iptal davası açma yetkisi YK kararlarını da kapsadığı, bu yönüyle SerPK m. 92 hükmü YK kararının iptalinin istenmesine olanak tanınması nedeniyle bunun yönetim kurulunun iptalinin istenebileceği istisnai hallerden birini oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰⁴. TTK m. 391'de sermayenin korunmasını ilkesini gözetmeyen kararların butlanla batıl olduğu düzenlenmiştir. Geniş anlamda sermayenin korunması ilkesi malvarlığının korunmasını da kapsamına aldığından SPK'nın bu yöndeki YK kararlarının batıl olduğunun tespitini isteyebileceği kabul edilmelidir. Bu halde YK kararlarının bu maddeye dayanılarak iptalinin istenmesine ihtiyaç da bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle SerPK m. 92 hükmünde sermayenin veya malvarlığının azaltılması ayrı bir koşul olarak öngörüldüğünden, şirketin sermayenin veya malvarlığının azaltılmasına yol açan YK kararları da TTK m. 391 kapsamında batıl sayılmalıdır. Bu nedenle SerPK m. 92 kapsamında örtülü kazanç aktarımı ile şirketin malvarlığının azaltılmasında da YK kararları yönünden de gündeme gelecek olan yaptırım butlan olmalıdır.

Yokluk ve butlan sebeplerinin varlığı halinde SPK, her türlü hukuki işlemin yokluk ve butlanının tespiti için dava açabileceği gibi YK ve genel kurul kararları aleyhine de yokluk ve butlanın tespiti davası açabilecektir. SerPK 92 hükmünde Kurul'a bu yetki tanındığı için yokluk/butlanın tespiti davasında SPK'nın hukuki menfaatinin varlığı kanun gereği kabul edilmiş olmaktadır¹⁵⁰⁵.

(3) Dava Süreleri

Açılacak iptal davası ve butlan ve yokluk tespiti davası için SerPK m. 92 hükmünde özel süreler öngörülmüştür. Buna göre SPK tarafından *“aykırılığın tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası”* açılacaktır. Butlan ve yokluğun tespiti açısından süre öngörülmesinin temel sebebini, hukuk güvenliği ilkesi gereği işlem yapan yatırımcıların belirsiz bir süre ile butlan veya yokluk tehdidi altında bırakılmaması oluşturmaktadır¹⁵⁰⁶. Öğretide TTK m. 447'de düzenlenen genel kurul kararlarının butlanında işlem güvenliği yönünden gündeme gelebilecek sakıncaların

¹⁵⁰⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 444.

¹⁵⁰⁵ Tok, **a.g.e.**, s. 252.

¹⁵⁰⁶ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 318.

giderilebilmesi amacıyla AktG § 242/2¹⁵⁰⁷,deki gibi belirli bir süre ile sınırlanmaması eksiklik olduğu belirtilerek eleştirilmiştir¹⁵⁰⁸. Bu nedenle SerPK 92 hükmünde yokluk ve butlan tespiti davalarının süreye bağlanması öğretide olumlu karşılanmıştır¹⁵⁰⁹. Ancak butlan için beş yıl gibi bir sürenin öngörülmesinin uzun olması nedeniyle işlem güvenliği açısından çekince oluşturabileceğine dikkat çekilmiştir¹⁵¹⁰. Öğretide aynı sebepler için iptal davası ve butlanın tespiti davası açılması olanağı tanınırken, butlan için iptal davasından farklı sürelerin öngörülmesi de eleştirilmektedir¹⁵¹¹. Bu bağlamda iptal süresinin üç yıl, butlan süresinin beş yıl olarak belirlenmesinin maddenin sistematigi yönünden isabetli olmadığı vurgulanmakta ve butlan ve yokluğun tespiti davası için de üç yıllık sürenin öngörülmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁵¹².

Birisi üç aylık diğeri üç ve beş yıllık olmak üzere iki tane hak düşürücü süre belirlenmiştir. Hükümde uzun süre olarak belirlenen üç yıllık sürenin iptal davası, beş yıllık sürenin butlan ve yokluk tespiti davaları için geçerli olacağı yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak burada belirtilen üç aylık kısa sürenin iptal davası dışında diğer davalar yönünden de geçerli olup olmadığı hususu maddeden açıkça anlaşılamamaktadır. Bu husus öğretide de tartışma konusu olmuştur. Öğretide azınlıkta kaldığı tespit edilen görüş uyarınca, butlan ve yokluğun tespiti davalarında da ikili sürenin geçerli olduğu ve bu bağlamda işlemin yapıldığı veya kararın alındığı tarihten üç ay, bu davaların ikame edilebilmesi için azami süre beş yıl olarak kabul edilmelidir¹⁵¹³. Öğretide çoğunluğu oluşturan diğer görüş ise hükmün lafzından öngörülen bu üç aylık sürenin sadece iptal davası için geçerli olduğu sonucu çıktığını ve üç aylık sürenin yalnızca iptal davası için uygulanması gerektiğini, bu bağlamda yokluk ve butlanın tespiti davasının işlemin gerçekleşmesi veya kararın alınması

¹⁵⁰⁷ AktG § 242/2 hükmünde de 241. maddenin 1, 3 veya 4 numaralı bentleri uyarınca genel kurul kararının hükümsüz olması durumunda, karar ticaret siciline kaydedilmişse ve o bu tarihten itibaren üç yıl geçmişse, hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceği düzenlenmektedir.

¹⁵⁰⁸ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 348.

¹⁵⁰⁹ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 318; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁵¹⁰ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁵¹¹ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 318.

¹⁵¹² **A.e.**

¹⁵¹³ Tok, **a.g.e.**, s. 254.

tarihinden itibaren beş yıl içinde açılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵¹⁴. Kanaatimizce de hükmün lafzından üç aylık sürenin sadece iptal davası için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. TTK m. 445 hükmünde de iptal davası için üç aylık sürenin öngörülmüş olması nedeniyle SPK'nın açabileceği iptal davası yönünden de üç aylık süre şartı getirilmiştir. Bu nedenle üç aylık sürenin yalnızca iptal davası yönünden geçerli olacağı, butlan ve yokluğun tespiti davalarında azami beş yıllık sürenin uygulanacağı kabul edilmelidir.

İptal davaları için kısa olarak belirlenen süre üç aydır ve SPK'nın aykırılığı tespit ettiği tarihten itibaren başlamaktadır. TTK m. 445'te karar tarihinden itibaren üç aylık süre öngörülmekte iken bu hükümde Kurul'un tespiti tarihinden itibaren süre işletilmektedir. Böylelikle hüküm, sürenin başlangıcı açısından TTK m. 445'ten ayrılmaktadır. Azami olarak öngörülen süre ise üç yıldır. Bu süre işlemin gerçekleşme tarihinden ya da genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. SPK, genel kurul karar tarihinden itibaren üç yıl içinde aykırılığı tespit ederse, tespit tarihinden itibaren üç aylık süre içinde ilgili kararın iptalini dava etmelidir¹⁵¹⁵.

Hukuki işlemin veya şirketin genel kurul ya da YK kararının yokluk ve butlanın tespiti davalarının ise SerPK m. 92 hükmü uyarınca işlemin gerçekleşmesi veya kararın alınması tarihinden itibaren beş yıl içinde açılması gerekmektedir. Burada yokluk ve butlan için öngörülen süre SPK'nın bu madde kapsamında açacağı dava için geçerlidir; yoksa ilgililer tarafından işlemin yokluğu veya butlanının her zaman ileri sürülmesi mümkündür¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 444-445; Kırca (Şehirali Çelik, Manavgat), **C. 2/2**, s. 290; Murat Balcı/Sinem Turan, **Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Md. 74-151**, C. II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 173; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁵¹⁵ İptal davasına ilişkin süre belirlenmesi, eSerPK m. 46/1.c'de sürenin belirlenmesi açısından ortaya çıkan tartışmaları ortadan kaldırması nedeniyle olumlu karşılanmıştır (Bkz. Manavgat, **Halka Arz**, s. 445). ESerPK dönemindeki iptal süresi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Manavgat, **SerPK'nun 46.1.c Hükmü**, s. 225; Tekil, **a.g.m.**, s. 785-786. Ancak üç yıllık asgari uzun bir süre belirlenmesi ve üç aylık sürenin başlangıcının farklı düzenlemesi TTK hükümleri ile uyumsuz hale gelmiştir.

¹⁵¹⁶ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 111.

c. Sorumlu Bulunanların İmza Yetkisini Kaldırma, İlgilileri Görevden Alma ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Yerine Yenilerini Ataması Yetkisi

SPK'ya, şirketin malvarlığının azalmasına yol açan kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşmeye veya işletme konusu ve amacına aykırı olarak gerçekleştirilen durum ve işlemlerin varlığının ilk derece mahkeme kararı ile tespit ettirilmesi veya SPK'nın istemi üzerine mahkemeden karar verilmesi halinde Kurul'a sorumlu olanların imza yetkilerini kaldırma veya suç duyurusunda bulunulmuşsa ilgilileri görevden alma yetkisi tanınmıştır¹⁵¹⁷. Maddenin lafzından tanınan bu yetkilerin SPK'nın takdirine bağlı olarak kullanılabilceği, zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, SPK bu tedbirlerini uygulayıp uygulamayacağını, butlan, yokluk ve iptal davasında karar verilen aykırılığa ve ilgililerin işlediği suçun niteliğine göre takdir edecektir¹⁵¹⁸.

Mahkeme kararının kesinleşmeden önce bu yetkilerin tanınması yatırımcıların ve aynı zamanda ihraççıların korunmasına hizmet etmektedir. SPK'nın SPK m. 92/1.b kapsamında dava açmış olması, halka açık anonim şirkette sorumluluğu olan yetkililerinin görevlerine devam etmeleri yönünden bir engel oluşturmaz. Ancak SerPK m. 92 kapsamında açılan bu davalar, halka açık anonim şirketin zarara uğratıldığını ortaya koymak içindir. Karar kesinleşene kadar başkaca önlem alınmaması, şirket için telafisi olmayan sonuçlara yol açabilecektir. İşte bu tedbirler, SerPK m. 92 hükmü uyarınca hukuka aykırı işlem ve durumlarda sorumluluğu tespit edilenlerin, bu tespiti rağmen hala şirket adına işlemlerde bulunmasının önlenmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür¹⁵¹⁹.

SerPK m. 94/2'de, SerPK m. 92 hükmünün birinci ve üçüncü fıkralarının bu madde bakımından da uygulanacağı belirtilerek aktarılan tutarın iadesine ilişkin açılacak davada bu hükme atıfta bulunulmuştur. Bu atıf dolayısıyla SPK, örtülü kazanç

¹⁵¹⁷ SerPK m. 92/1.c.

¹⁵¹⁸ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 320.

¹⁵¹⁹ Tok, **a.g.e.**, s. 257.

aktarımının tespitinin varlığına dayalı olarak iade istemli davanın açılması halinde de SerPK m. 92/1.c’de öngörülen tedbirleri burada da uygulayabilecektir¹⁵²⁰.

Bu yetkilerin SPK tarafından kullanılabilmesi için, aykırı olarak gerçekleştirilen bu durum ve işlemin varlığının ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilmiş olması şarttır. Dolayısıyla SPK’nın bu yetkiyi kullanması için mahkeme kararı şarttır. Ancak mahkemenin tespit kararının olmadığı hallerde, SPK, sorumluların imza yetkisini kaldırmak ya da ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulmuşsa yargılama bitene kadar ilgileri görevden alabilmek ve yerlerine ilk genel kurul toplantısına kadar yenisini atayabilmek için mahkemeden karar verilmesini talep edebilecektir.

Öngörülen ilk tedbir sorumluların imza yetkisinin kaldırılmasıdır. İmza yetkisinin kaldırılması, sorumluluğu tespit edilmesi şartıyla hem YK üyelerini hem de yöneticileri kapsamaktadır¹⁵²¹. Mahkemenin tespit kararı üzerine, SPK, bu yetkiyi kullanabileceği gibi doğrudan mahkemeye başvurarak sorumluların imza yetkisinin kaldırılması isteminde de bulunabilir. İmza yetkisinin kaldırılması istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi, ilgili kişilerin SerPK m. 92’de aykırı olduğu belirlenen işlemlerde sorumluluğunun bulunup bulunmadığını bilirkişi incelemesi ile tespit ettikten sonra sorumluların imza yetkisinin kaldırılmasına ilişkin karar verir¹⁵²².

Öngörülen diğer tedbir ilgililerin görevden alınması ve yerlerine yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görev yapması için yenilerinin atanmasıdır. SerPK m. 92/1.c lafzından, mahkeme kararının olmadığı hallerde SPK’nın talebi üzerine ilk derece mahkemesi tarafından tedbirin uygulanmasına ilişkin karar verileceği ve bu kararın akabinde SPK’nın bu yetkiyi kullanabileceği anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla mahkemenin burada vereceği karar SPK’nın bu yetkiyi kullanmasına izin verilmesine ilişkin olacaktır¹⁵²³. Ancak burada, ayrıca ilgililerin görevden alınabilmesi için bunlar hakkında suç duyurusunda bulunulmuş olması da şart koşulmuştur¹⁵²⁴. Bu itibarla ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulmuş olması şartıyla, hukuka aykırı durum

¹⁵²⁰ Manavgat, **Halka Arz**, s. 445.

¹⁵²¹ **A.e.**

¹⁵²² Tok, **a.g.e.**, s. 257.

¹⁵²³ **A.e.**, s. 258.

¹⁵²⁴ Yönetim kurulu üyeleri hakkında SerPK m. 110/1 hükmünde öngörülen güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin suç duyurusunda bulunulması buna örnek gösterilebilir.

ve işlemlerin varlığının ilk derece mahkemesi kararı ile tespit edilmesi ya da mahkeme kararı beklenmeksizin SPK'nın mahkemeden talepte bulunması halinde mahkemenin izni ile SPK ilgilileri görevden alma yetkisini kullanabilecektir.

Hükümde, “*yargılama sonuçlanıncaya kadar*” ilgililerin görevden alınmasından söz edilmektedir. Burada sonuçlanması beklenen yargılama, ceza yargılamasıdır. Ceza hukukunda yargılama, mahkemenin kovuşturma aşamasına geçmiş olmasını ifade eder¹⁵²⁵. Bu nedenle SPK'nın görevden alma tedbirini uygulayabilmesi için ilgililer hakkında SPK tarafından suç duyurusunda bulunulmuş ve soruşturmaya başlanmış olması aranmalıdır¹⁵²⁶.

Yönetim kurulunun görevden alınması halinde, SPK tarafından ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere yeni üyeler atanır. Genel kurul, SPK tarafından atanan üyenin göreve devam etmesine karar verilebileceği gibi başka birini de üye seçebilir. Genel kurul kararında, seçilen üyenin TTK m. 363 hükmüne kıyasen selefinin süresini tamamlayacağı belirtilmelidir¹⁵²⁷. Suç duyurusunda bulunulması sebebiyle görevden alınan üye, yargılama sonucuna beraat etmesi halinde genel kurul kararıyla yeniden üye olarak atanması mümkündür. Ancak görevden alınan üye, beraat etmesi halinde doğrudan görevine dönemez, yerine SPK ya da genel kurul tarafından yeni üye atandığı için, eski üyenin yeniden göreve atanması için genel kurul kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Görevden alma tedbiri sadece YK üyeleri için değil diğer yöneticiler için de kullanılabilir. Bu halde ise görevden alınan yöneticinin yerine yenilerini atama yetkisi yönetim kurulundadır, böylelikle SPK'nın görevden aldığı yöneticiler yerine yenilerini YK atayacaktır¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (“CMK” diye anılacaktır) 2.f. maddesinde kovuşturma “*İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*” ifade etmektedir.

¹⁵²⁶ Tok, **a.g.e.**, s. 258-259.

¹⁵²⁷ Manavgat, **Halka Arz**, s. 446.

¹⁵²⁸ **A.e.**

E. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLERE İLİŞKİN GETİRİLEN DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Prosedürün Yerine Getirilmemesinin İşleminin Geçerliliğine Etkisi

SerPK m. 23 ve ÖNİT uyarınca önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilebilmesi için yönetim kurulunun ÖNİT’te belirlenen usullere göre işlemin esasına ilişkin karar alması ve işlemi genel kurulun onayına sunması gerekmektedir. Bu prosedürün yerine getirilmemesinin işleme etkisinin ne olacağı hususu önem arz etmektedir. Önemli nitelikteki işlemlerden sadece “*malvarlığın tümü veya önemli bir bölümünün devri veya üzerindeki aynı hak tesis edilmesi veya kiralanması*” işlemlerinin ilişkili taraflarla yapılması ve ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu açıdan yalnızca ilişkili taraflarla yapılan önemli nitelikte bu işlemlerin prosedüre uyulmaması halinde geçerli olup olmadığı hususu ele alınacaktır.

SerPK m. 23’te halka açık şirketlerde şirketin malvarlığının tümü veya önemli bölümünün devri önemli nitelikte işlem sayılarak bu işlemlere ilişkin kararların genel kurulca kabul edilmesi öngörülürken, TTK m. 408/2f hükmünde ise önemli miktarda şirketin toptan satışı genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılan önemli miktarda malvarlığının satışı için SerPK’da da genel kurul kararı aranmış ancak SerPK’da önemli malvarlığının satışının yanı sıra bu malvarlığının aynı hakla sınırlanması ve kiralanması da bu kapsama alınarak genel kurula daha geniş yetki tanınmıştır. Bu nedenle, halka açık şirketlerde ilişkili taraflara şirketin önemli malvarlığının devrinin yanı sıra, onlar lehine aynı hak tesis edilmesi veya malvarlığının ilişkili taraflara kiralanması için de genel kurul kararı aranacaktır. Esasen SerPK ve ÖNİT’te sadece genel kurul kararı yeterli görülmemiş, öncesinde yerine getirilmesi gereken bir dizi prosedür öngörülmüştür. Ancak önemli nitelikteki işlemin yapılmasına ilişkin YK kararının genel kurulun onayına sunulması gerektiği için nihai onay yetkisi genel kuruldadır. Bu nedenle genel kurul onayının eksikliğine bağlanacak sonuç işlemin

geçerli olup olmadığını ortaya koyacak, diğer usuli eksiklikler ise alınacak kararın geçerli olup olmadığı yönünden önem arz edecektir.

Genel kurul kararı olmaksızın gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerin geçerliliğine ilişkin öğretide farklı görüşlerin ileri sürüldüğü tespit edilmektedir. Öğretide azınlıkta kalan görüş önemli nitelikteki işlemlerin usule aykırı şekilde gerçekleştirilmesi halinde işlemin geçerli olacağını savunmaktadır¹⁵²⁹. Öğretide ağırlıklı görüş ise malvarlığın tümü veya önemli bir bölümünün devri, aynı hakla tesis edilmesi veya kiralanmasının genel kurulun onayına bağlı olduğu ve genel kurul onayına kadar işlemin askıda hükümsüz olduğunu kabul etmektedir¹⁵³⁰. SPK da önemli nitelikteki işlemin geçerliliğinin SerPK m. 23 uyarınca genel kurul kararı alınmasına bağlı olduğunu kararlarında vurgulamaktadır¹⁵³¹.

¹⁵²⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 315. Öğretideki TTK m. 408/2b kapsamında görüşlerini belirten bazı yazarlar önemli miktardaki varlığın toptan satışında genel kurul kararı alınmaksızın YK tarafından yapılan işlemlerin temsil hükümleri kapsamında TTK m. 371/3 hükmü uyarınca çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Her ne kadar bu görüşteki yazarlar TTK m. 408 hükmü kapsamında değerlendirmelerde bulunmuşlarsa da SerPK m. 23 uyarınca da şirketin önemli malvarlığının devri için genel kurul onayı zorunlu olduğundan bu değerlendirmeler burada da esas alınabilecek niteliktedir (Bkz. Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilen Yetkileri Kapsamında Önemli miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, Eds.: İsmail Kırca v.d., Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 338; Tolga Ayoğlu, “Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2017, C. 5, S. 1, s. 100-102).

¹⁵³⁰ Songur, **a.g.e.**, s. 87-88; Bölücek, **a.g.e.**, s. 139-140. Öğretide genel kurul kararının bulunmaması halinde üçüncü kişilerle yapılan işlemin hüküm doğurmayacağını kabul eden görüşler için bkz. Yanlı, **Teminat İşlemleri**, s. 389; Tekin Memiş, Emrullah Kervankıran, “Sermaye Piyasası Kanununda Pay Sahibinin Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılması”, N. 5, (Çevrimiçi), <https://slideplayer.biz.tr/slide/2731899/>, Erişim Tarihi: 26.03.2021.

¹⁵³¹ SPK’nın bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. 15.03.2013 tarihli ve 2013/16 sayılı SPK Bülteni, s. 4, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2013&no=16>, Erişim Tarihi: 13.04.2021: “Şirketin 2013 yılında gerçekleştirdiği ilişkili taraflardan iştirak edinimi işlemlerinin Şirketin piyasa değerinin iki katından fazla bir tutarda olduğu ve Şirketin halka açıklık oranının %90 civarında olduğu dikkate alınarak; anılan işlemlerin SPKn’nun 23’üncü maddesi kapsamında önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirilmesi, bu çerçevede söz konusu işlemlerin geçerliliğinin genel kurul onayına bağlı olduğu, genel kurul kararının ise TTK’nın 436/1 maddesine göre taraf olan ortaklarca oy kullanılmaksızın SPKn’nun 29/6 maddesi hükmü çerçevesinde belirlenen nisaplara uygun şekilde alınması...gerektiğine karar verilmiştir”. Ayrıca bkz. 21.11.2013 tarihli ve 2013/37 sayılı SPK Bülteni, s. 4, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2013&no=37>, Erişim Tarihi: 13.04.2021: “Şirket aktifindeki LTK Dış Ticaret A.Ş. (LTK A.Ş.) paylarının 21.450.000 TL üzerinden L.. E..’a devredilmesi işleminin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SPKn.) 23’üncü maddesi kapsamında önemli nitelikteki işlem olması ve bu işlemin münhasıran Şirket’in genel kurulu tarafından kararlaştırılmasının gerekmesi nedeniyle; a) 25.10.2013 tarihinde yapılan devir işleminin ancak genel kurul tarafından kabul edilmesi durumunda hukukun uygulama alanı bulabileceği”.

Kanaatimizce önemli nitelikteki şirket malvarlığın devri, aynı hakla sınırlanması veya kiralanmasına ilişkin işlemlerde genel kurul kararının alınmamış olması işlemin geçerliliğine etki etmemelidir¹⁵³². Bunu öncelikle maddede TTK m. 356'daki ya da 395'teki gibi gerçekleştirilen işlemin geçerliliğine etki edeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmamasına dayandırmaktayız. Hükümde işlemin geçersizliğine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiş olması kanun koyucunun genel kurul kararının işlemin geçerlilik şartı olarak öngörmemiş olduğunu göstermektedir. TTK m. 356 ve m. 395 hükümlerinde ise hem işlemin geçerli olup olmadığı açıkça belirtilmiş hem de hangi işlemler için genel kurul kararının şart olduğunu belirlenebilir kılınmıştır. Öyle ki TTK m. 356 hükmünde şirketin herkes tarafından görülebilen sermayesine göre bir hesaplama belirtilmişken, TTK m. 395'te YK üyeleriyle yapılan tüm işlemler bu kapsamda sayılmıştır. Dolayısıyla genel kurul kararının geçerlilik koşulu olarak öngörüldüğü anılan düzenlemelerde onaya tabi işlemler belirlenebilir niteliktedir. Ancak SerPK m. 23 uyarınca önemli nitelikte malvarlığını konu alan işlemin tespiti herkes tarafından belirlenebilir nitelikte değildir. ÖNİT hükümleri uyarınca önemli nitelikteki işlemin tespit edilirken şirketin malvarlığı veya şirketin net kâr ve zararları esas alınmakta ve işlemin çeşitli parametrelere göre şirketin değerine ya da tüm gelir kalemlerin toplamına oranının % 75'e tekabül etmesi gerekmektedir. Bir işlemin önemli nitelikte olup olmadığını belirleme yetkisi de yönetim kurulundadır. Dolayısıyla yönetim kurulunun böyle bir belirleme yapmadığı hallerde işlemin diğer tarafının bunu bilmesinin beklenememesi gerekir. Bu hesaplamayı işlemin diğer tarafının da öngörmesini her işlem özelinde beklemek işlem güvenliğini sarsacak niteliktedir. Halka açık şirketlerin malvarlığının kapalı şirketlere nispeten daha büyüktür ve yapmış olduğu işlemler de çoğu zaman büyük rakamlara tekabül etmektedir. Dolayısıyla işlemin karşı tarafı yapılacak her malvarlığının devri veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuran işlemlerde, işlemin önemli miktarda malvarlığına tekabül edip etmediğini tespit etmekle yükümlü kılınmış olacaktır. Bu halde, anonim şirketle yapılacak her işlemde karşı tarafın yapılacak işlemin şirketin

¹⁵³² TTK m. 408/2 kapsamında benzer yönde açıklamalar ve gerekçeler için bkz. Çamoğlu, **Önemli miktarda Şirket Varlığı**, s. 338; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 100-102.

malvarlığının önemli bir kısmını oluşturup oluşturmadığı araştırmasına girmesine neden olacaktır, bu ise ticari hayatta işlem güvenliği riskini de beraberinde getirecektir. Hâlbuki ticari hayat işlem güvenliğini gerektirir. Bu aynı zamanda şirketin temsilinin miktarla sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle SerPK m. 23'te önemli nitelikteki malvarlığının devri, aynı hakla sınırlandırılması veya kiralanması işlemlerinde genel kurula onay yetkisinin tanınması, şirketin dış ilişkisine de etki etmeyeceği ve bu işlemlerin genel kurul kararı alınmamış olsa da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

2. Usule Aykırılığın Sonuçları

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin sermaye piyasası mevzuatında öngörülen usul ve esaslara uyulmaması halinde, bu düzenlemelere aykırılık teşkil eden YK kararı ve genel kurul kararlarının yokluk, butlan ve iptal yaptırımına tabi olacağı şüphesizdir. Bu hallerde genel kaideler geçerli olup ayrıca yönetim kurulunun butlanına ilişkin TTK m. 391, genel kurul kararının butlanı ve iptali içinse TTK m. 445 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁵³³. Yukarıda ilişkili taraf işlemlerinde usule aykırılık bahsinde bu yaptırımlar ele alındığı için burada ayrıca ele alınması gereği duyulmamıştır.

Önemli nitelikteki işlemler için öngörülen usul ve esaslara uyulmaması halinde SerPK m. 23'te, SPK'ya işlemin ortadan kaldırılmasını isteme ve idari para cezası verilmesinin yanı sıra işlemin iptalini isteme yetkisi tanınarak Kurul'a önemli yaptırım gücü verilmiştir.

Önemli nitelikteki işlemlerde usule aykırılık kapsamında özel olarak düzenlenen bu yaptırımlar aşağıda ele alınacaktır.

a. İşlemin Kaldırılmasına Yönelik SPK'nın Karar Alma ve İdari Para Cezası Verme Yetkisi

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara uyulmaması halinde SPK'ya işlemin ortadan kaldırılmasına yönelik karar alma yetkisi tanınmıştır. Bu kararın alınması aynı zamanda idari para cezası verilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır¹⁵³⁴.

¹⁵³³ Karacan, C. I, s. 312,318; Tarhan, a.g.e., s. 215-216.

¹⁵³⁴ Manavgat, Halka Arz, s. 317; Tarhan, a.g.e., s. 219.

SPK, idari para cezasını ancak bu kararın tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde eski durumun aynen sağlanamaması halinde verebilmektedir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki SPK'nın işlemin kaldırılmasına ilişkin kararı tek taraflı olarak önemli nitelikteki işlem üzerinde etki doğuracak bir fonksiyona sahip değildir. Dolayısıyla işlemin kaldırılmasına yönelik karar, işlemin geçersiz kılınması gibi bir sonuç doğurmamakta; sadece şirket tarafından işlem öncesi durumun sağlanması için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir¹⁵³⁵. Bu nedenle SPK'nın bu kararının hukuki niteliği öğretide, idarenin karar niteliğinde olmayan işlemlerinden “görüş” veya yaptırım niteliğinde olduğundan “hazırlık işlemi” olarak nitelendirilmektedir¹⁵³⁶. Kararın hukuki nitelendirmesi bu karara karşı iptal davası açılıp açılmayacağı yönünden önem taşır. Zira, idarenin idari karar niteliğinde olmayan görüş veya hazırlık işlemi gibi kararlarının iptalini istemek kural olarak mümkün değildir¹⁵³⁷. Ancak buradaki gibi hazırlık işleminin idari para cezası verilmesine etki eden kararların “*ayrılabilir işlemler kuramı*” kapsamında veyahut da

¹⁵³⁵ Tarhan, *a.g.e.*, s. 219.

¹⁵³⁶ **A.e.** Anayasa Mahkemesi (“AYM” diye anılacaktır) vermiş olduğu bir kararında hazırlık işlemi niteliğinde olan raporların hazırlanmasının denetlenen kişi yönünden bir değişiklik oluşturmadığını vurgulamıştır. Bkz. AYM, 27.12.2012 T., 2012/102 E., 2012/207 K., 02.04.2013 tarihli ve 28606 (Mükerrer) sayılı RG’de yayımlanmıştır: “*Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir*”.

¹⁵³⁷ Bu yöndeki Danıştay kararlarına emsal olarak bkz. Dan. 13. D., 07.12.2020 T., 2020/3355 E., 2020/3544 K.: “*İdarî işlemler, idarî makamların, kamu gücü kullanarak, idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran, muhataplarının hukukî durumlarında değişiklik yapan tek yanlı irade açıklamalarıdır. Buna göre, idarî işlemlerin "idarî makamlarca tesis edilmiş olma", "tek yanlı olma" ve "icraîlik niteliğini taşıma" unsurlarını bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığının, işlemin adına veya idarenin nitelendirmesine bakılarak değil, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, tesis edildiği anda hukuk düzeninde değişiklik meydana getirip kendiliğinden sonuç doğurup doğurmadığına bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bir idarî işlemin kesin ve yürütülmesi gereken işlem sayılabilmesi, hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli idarî usûlün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına, bir başka idarî makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine bağlı bulunmaktadır. İlgililerin hukukî durumları üzerinde etki yaparak, ilgililer için yeni hukukî durumlar doğuran, ilgililerin mevcut hukukî durumlarını değiştiren veya ortadan kaldıran işlemler, icraî nitelik taşıyan işlemlerdir. Bu kapsamda, idarî bir işlemin icraîliği, esasen herhangi bir uyumsuzlığa sebebiyet verme imkân ve kabiliyetine bağlıdır*”, (Çevrimiçi), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 30.03.2021.

idarenin belirli süre tanıyarak uyulmaması durumunda yaptırım uygulayacağını belirttiği işlemlerine karşı iptal davası açılabilceği öğreti ve Danıştay tarafından kabul edilmektedir¹⁵³⁸. Bu nedenle şirketin SPK'nın işlemin kaldırılmasına yönelik kararına karşı, işlemin usule uygun olduğunu ileri sürerek dava açabilmesi olanaklıdır¹⁵³⁹. Ancak uygulamada SPK'nın işlemin ortadan kaldırılması kararına karşı iptal davası açılması, otuz günlük sürenin ardından SPK'nın idari para cezası vermesine engel olmamaktadır¹⁵⁴⁰. Bu nedenle uygulama açısından işlevsel bir yönü bulunmadığını da belirtmek gereklidir.

SPK'nın önemli nitelikteki işlemlerin ortadan kaldırılmasına ilişkin kararının tebliği tarihinden itibaren şirketin otuz gün içinde, işlem öncesi durumun aynen sağlanması gereklidir. Ancak kanun hükmünde işlem öncesi durumun aynen nasıl sağlanacağı hususu belirtilmemiştir. Bunun için öncelikle işlemin ortadan kaldırılması ve işlem öncesi durumun aynen sağlanması ifadeleri ile ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İşlemin ortadan kaldırılması ile adeta işlem hiç yapılmamış gibi eski durumun sağlanması, işlem öncesi durumun sağlanması ile de işlemin bilanço üzerindeki etkisi diğer bir ifadeyle şirket üzerindeki etkisinin ortadan kaldırılması kastedilmektedir¹⁵⁴¹. Ancak belirtelim işlemin şirket üzerindeki etkilerini ortadan kaldırmak pay sahipleri yönünden etkisinin de kaldırıldığı anlamına gelmemektedir.

¹⁵³⁸ Bkz. Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 15 vd. Danıştay'ın bu yöndeki emsal kararlarına örnek olarak bkz. Dan. 10. D., 26.11.2004 T., 2004/8257 E., 2004/7618 K.: “*Davalı idarece, dava konusu yapılan ihale sürecinin, İhale Komisyonu'nun ihale sonucuna ilişkin kararının Özelleştirme Yüksek Kurulun'ca onaylanması ile tamamlandığı, ancak ÖYK Kararı ile hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilecek olan ihale komisyonu kararının davaya konu edilemeyeceği öne sürülmektedir. Ayrılabilir işlem teorisine göre, birden çok işlemten oluşan bir süreçte, işlemlerden herbirinin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir. Bu durumda, davalı idare iddiasının aksine davaya konu edilen İhale Komisyonu kararı, kesin, yürütülmesi zorunlu bir işlem olup, tek başına idari davaya konu edilebilecek niteliktedir*”, (Çevrimiçi), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 30.03.2021. Ayrılabilir işlem kuramı, öğretilde tek yanlı idari işlemin olduğu yer neresi olduğuna bakılmaksızın işlemin içinde bulunduğu süreci veya bu hukuki ilişkiden ayrıştırılarak iptal davası açılarak mahkemenin denetimine tabi tutulmasına olanak veren bir teknik olarak tanımlanmıştır. İlgili tanım ve daha detaylı açıklamalar için bkz. Sezginer, **a.g.e.**, s. 15 vd. ; Murat Sezginer, “İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim”, **İÜHF C. LXIX**, S.1-2, 2011, s. 242 vd.

¹⁵³⁹ Tarhan, **a.g.e.**, s. 219-220.

¹⁵⁴⁰ **A.e.**, s. 220.

¹⁵⁴¹ Karacan, **C. I**, s. 323; Tarhan, **a.g.e.**, s. 221.

Zira şirket yönünden işlemin etkisi kaldırılrsa da pay sahipleri yönünden etkileri farklı sonuçlar doğurabilmekte hatta çoğu zaman işlemin ortadan kaldırılması pay sahipleri aleyhine bir durum yaratabilmektedir. Özellikle payları borsada işlem gören şirketlerde önemli işlemin gerçekleştirilmesi nedeniyle pay fiyatlarında da birtakım değişiklikler meydana gelebilmekte ve eski duruma dönülmesi pay sahiplerinin zararına olabilmektedir¹⁵⁴². Öğretide SerPK m. 23/2 ile getirilen yaptırımların, önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara uyulmasını ve özellikle pay sahibinin korunmasına yönelik düzenlemelerin uygulanmasını sağlamaya yönelik olduğu, bu nedenle işlem öncesi durumun aynen sağlanmasının usule aykırı işlemin ortadan kaldırılmasına ve usule uygun hale getirilmesine yönelik tedbirler alınması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁴³. Bu kapsamda usule aykırılık ortadan kaldırılabiliyorsa kaldırılmalı ve işlem yine de yapılmak isteniyorsa mevzuatta öngörülen usule uygun olarak süreç işletilerek yapılmalıdır. Ayrıca belirtelim usule aykırı yapılan işlemin tüm prosedürünün yerine getirilerek yeniden yapılması işlem öncesi duruma dönülmesini sağlamayacağı için SPK'nın idari para cezası vermesine engel olmaz. Bu nedenle usule aykırı olarak yapılan işlemin önce ortadan kaldırılarak işlem öncesi durumun sağlanması daha sonra işlem yine de yapılmak isteniyorsa tüm süreç yeniden yerine getirilerek işlemin yapılması gerekmektedir¹⁵⁴⁴.

Şirketin işlemi ortadan kaldırma olanağı varsa, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde işlemi ortadan kaldırmalıdır. Bu açıdan usule aykırı olarak gerçekleştirilen işlemin, karar alma sürecinin hangi safhasında gerçekleştirildiği işlemin ortadan kaldırılması için önem arz eder. Bu bazen YK kararı ile bazen de genel kurul kararı ile yerine getirilebilecektir. Örneğin YK veya genel kurul kararının kaldırılması işlemin ortadan kaldırılmasını sağlıyorsa, bu halde bu kararların geri alınmasına ilişkin yeniden karar alınması gerecektir¹⁵⁴⁵. Diğer taraftan her durumda şirketin gerçekleştirilen işlemi ortadan kaldırması da mümkün değildir, örneğin işlemin üçüncü bir kişiyle gerçekleştirildiği hallerde karşı tarafın da işlemin kaldırılması için

¹⁵⁴² İlgili tespitler için bkz. Karacan, C. I, s. 322-323.

¹⁵⁴³ Tarhan, a.g.e., s. 221-222.

¹⁵⁴⁴ A.e., s. 222.

¹⁵⁴⁵ Tarhan, a.g.e., s. 221-222; Karacan, C. I, s. 323.

iradesi gerecektir¹⁵⁴⁶. Bu hallerde alınan genel kurul kararının otuz günlük sürede yeni kararlar kaldırılması önemli nitelikteki işlemin geçerliliğine etki etmeyecektir¹⁵⁴⁷. Bu özellikle ilişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerin varlığı halinde söz konusu olacaktır¹⁵⁴⁸. Öğretide şirketin tek taraflı iradesi ile işlemi ortadan kaldıramadığı hallerde şirketin dava açabileceği belirtilmiştir¹⁵⁴⁹, ancak bu halde de otuz gün sürede işlemin ortadan kaldırılamayacağı açıktır. Bu hallerde SPK'nın işlemin iptalini isteyebilmesi de mümkündür.

SPK'nın kararının tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde şirket tarafından işlem öncesi durumun sağlanamaması halinde, idari para cezası verilebilecektir. Hükümde belirtilen otuz günlük sürenin asgari bir süre olarak belirlendiği, bu nedenle SPK'nın işlemin özelliği ve niteliğine göre daha uzun süre vermesinin mümkün olduğu ve şirketin talebi halinde de bu sürenin uzatılabileceği öğretide ileri sürülmektedir¹⁵⁵⁰.

SPK'nın idari para cezası verme yetkisi esas itibarıyla SerPK m. 103/1 hükmünde düzenlenmiş ve kanun hükümlerine, ikincil düzenlemelere ve SPK tarafından alınan kararlara aykırı hareket eden kişilere SPK tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilebileceği öngörülmüştür. SPK, önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara uyulmaması durumunda da SerPK m. 103 hükmünde belirtilen idari para cezasını verebilecektir. Ancak öğretide SerPK m. 103/1 hükmü ile SPK'ya genel yetki verildiği, bu yetkinin özel halinin önemli nitelikteki işlemlerde düzenlendiği ileri sürülmüş ve SerPK m. 23 hükmü karşısında önemli nitelikteki işlemlerdeki aykırılığa SPK'nın doğrudan idari para cezası uygulayamayacağı, önce işlemin ortadan kaldırılması için otuz günlük süre tanınması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁶ Karacan, C. I, s. 322-323.

¹⁵⁴⁷ Nomer H. N., a.g.e., s. 172-174.

¹⁵⁴⁸ Önemli nitelikteki işlemin ilişkili taraflarla gerçekleştirildiği ve işlemin bir malvarlığın devri, kiralanması, aynı hak tesisi gibi işlemlerde örtülü kazanç aktarımı yasağı da gündeme gelebilir. Bu hallerde örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında SerPK m. 21/4 uygulama alanı bulabilecek ve bu yasağı aykırılık nedeniyle de SPK yaptırım uygulayabilecektir.

¹⁵⁴⁹ Karacan, C. I, s. 323.

¹⁵⁵⁰ A.e., s. 324.

¹⁵⁵¹ Karacan, C. I, s. 324. Aynı yönde bkz. Tarhan, a.g.e., s. 223.

Kanaatimizce de SerPK m. 23 hükmü gereği idari para cezası verilmesi için önemli nitelikteki işlemlerde mutlaka otuz günlük süre tanınarak idari para cezası verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim SerPK m. 105 hükmünde de idari para cezasının uygulanmasından önce ilgililerin savunmasının alınması gerektiği, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde savunma isteneceği belirtilmiştir. Bu yönüyle otuz günlük sürenin öngörülmüş olması nedeniyle her iki hüküm arasında uyum sağlanmıştır. Ancak SerPK m. 23'te ise savunma olanağı değil, yapılan işlemin ortadan kaldırılması için süre tanınmıştır. Bu nedenle hem özel hüküm olması hem de farklı düzenlenmiş olması nedeniyle idari para cezası uygulamasında SerPK m. 23'ün nazara alınması gereklidir.

b. SPK'nın Önemli Nitelikteki İşlemin İptalini İsteme Yetkisi

(1) Genel Olarak

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin düzenlenen gerekliliklere uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlere karşı SPK'ya, Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri kapsamında iptal davası açma yetkisi tanınmıştır¹⁵⁵². Burada açılacak iptal davası gerçekleştirilen önemli nitelikteki işleme ilişkin değil, önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilmesi için yapılan işlemlere ilişkindir. Bu kapsamda önemli nitelikteki işlemlere ilişkin karar alma süreçlerine uyulmayarak alınan kararların SPK tarafından iptali istenebilecektir.

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin karar alma sürecindeki usul ve esaslara aykırılık halinde SPK'nın genel kurul kararı dışındaki diğer işlemlere de dava açıp açamayacağı hususu öğretide irdelenmiştir. Öğretide ağırlıklı görüş, SPK'ya hem YK kararlarına karşı hem de genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma yetkisi tanındığını kabul etmektedir¹⁵⁵³. Öğretide nispeten azınlıkta kalan görüş ise SerPK m. 23/2'deki yetkileri SPK'nın kullanabilmesi için önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilmesine ilişkin genel kurul kararının alınmış olması gerektiğini, genel kurul kararı öncesinde ortadan kaldırılabilir önemli nitelikte bir işlemin söz konusu olmadığını ve bu yetkinin genel kurul kararının iptali için kullanabileceğini

¹⁵⁵² SerPK m. 23/2.

¹⁵⁵³ Manavgat, **Halka Arz**, s. 316; Karacan, **C. I**, s. 319; Tarhan, **a.g.e.**, s. 226; Songur, **a.g.e.**, s. 250.

belirtmektedir¹⁵⁵⁴. Kanaatimizce de burada SPK'ya tanınan iptal davası açma yetkisi, genel kurul kararının iptali için tanınmıştır. SPK'nın YK kararının iptalini istemesine gerek bulunmamaktadır, zira SPK'nın otuz günlük süre tanınması ile şirket YK kararındaki eksikliği giderecek önlemler almakla yükümlüdür ve şirket bu sürede YK kararını yeni bir kararla kaldırıp usulüne uygun bir karar alabilecektir. Ancak alınan genel kurul kararının, otuz günlük sürede yeni kararla kaldırılması mümkün olmayabileceği gibi yeni bir genel kurul kararı ile önceki genel kurul kararının ortadan kaldırılmasına yönelik karar işlemin geçerliliğine etki etmeyecektir¹⁵⁵⁵. Bu nedenle alınan genel kurul kararının iptalini isteme bu noktada önem taşıyacaktır.

SPK'nın işlemin ortadan kaldırılmasına yönelik kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun sağlanamaması durumunda idari para cezası uygulayabileceği ve işlemin iptalini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu ifadeden bu iki yetkinin SPK'ya birbirinden bağımsız olarak tanınmış olup olmadığı açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak yetkilerin birbirinden bağımsız olarak tanınıp tanınmadığı hususu SPK'nın işlemin iptali isteminde bulunabilmesi için işlemin ortadan kaldırılmasını istemek zorunda olup olmadığı açısından önem taşımaktadır. Maddedeki ifadeden iki sonuca da ulaşılması mümkündür¹⁵⁵⁶. Nitekim öğretide, iki görüş de savunulmaktadır. Öğretide bir görüş, SPK'ya işlemin kaldırılması için otuz günlük süre vermesi ön koşulunun sadece idari para cezası verilmesi için geçerli olacağını, işlemin iptali için bu koşulun aranmayacağını savunmaktadır¹⁵⁵⁷. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı bu iki yetkinin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini, iptalin tedbir niteliğinde bir yetki olduğunu ve işlemi ortadan kaldırmaya yöneldiğini ve idari para cezasının ise bir yaptırım olduğunu, bu nedenle iptal için kararın ortadan kaldırılmasının ön koşul olarak yorumlanamayacağını belirtirmektedir¹⁵⁵⁸. Bu görüşü

¹⁵⁵⁴ Bölücek, **a.g.e.**, s. 143-144.

¹⁵⁵⁵ Nomer H. N., **a.g.e.**, s. 172-174.

¹⁵⁵⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 2/2**, s. 289; Tarhan, **a.g.e.**, s. 224.

¹⁵⁵⁷ Tarhan, **a.g.e.**, s. 224-225; Manavgat, **Halka Arz**, s. 316-317. Bu görüşü savunanlardan Tarhan, bu iki yetkinin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini, iptalin tedbir niteliğinde bir yetki olduğunu ve işlemi ortadan kaldırmaya yöneldiğini, idari para cezasının ise bir yaptırım olduğunu, bu nedenle iptal için kararın ortadan kaldırılmasının ön koşul olarak yorumlanamayacağını ileri sürmektedir. Manavgat ise TTK m. 445'te öngörülen üç aylık dava açma süresinin genel kurul kararının alınması ile başladığını, bu nedenle otuz günlük süre verme zorunluluğu olmadığını savunmaktadır.

¹⁵⁵⁸ Tarhan, **a.g.e.**, s. 224-225.

savunanlardan diğerk kısmı ise TTK m. 445’te öngörülen üç aylık dava açma süresinin genel kurul kararının alınması ile başladığını, bu nedenle otuz günlük süre verme zorunluluğı olmadığı gerekçesine dayanmaktadır¹⁵⁵⁹. Öğretideki diğerk görüş ise maddenin *ratio legis*’ine göre SPK’nın iptal davası açabilmesi için işlemin ortadan kaldırılması için otuz günlük süre tanınması gerektiğini, bunun iptal davası için de ön koşul kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁶⁰. Kanaatimizce burada ikinci görüş daha isabetlidir. Öncelikle maddedeki ifade, işlemin ortadan kaldırılmasına ilişkin otuz günlük süre tanınmasının iptal davasının ön koşulu sayılacak şekilde kaleme alınmıştır. Bunun farklı şekilde yorumlanabilmesi için haklı bir gerekçe de yoktur. Nitekim SPK’nın iptal davası açmadan da süre tanıyarak işlem öncesi durumu sağlayabilmesi imkânı varken, doğrudan iptal isteminde bulunmasında haklı bir menfaat bulunmamaktadır. Bu nedenle SPK’nın önce süre tanıyarak şirketin bu aykırılığı gidermesi imkânı tanınması, şirket bu aykırılığı gidermiyorsa iptal davası açma hakkı olduğu kabul edilmelidir.

(2) İptal Davasına İlişkin Esaslar

SerPK m. 23/2 hükmünde TTK’nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin ilgili hükümlerine atıfta bulunulmuştur. TTK’da genel kurul kararının iptalinin düzenlendiğı 445 ve 446 maddelerinde iptal sebebi, iptalin istenebileceğı süre, görevli ve yetkili mahkeme ile iptal davasını açabilecek kişiler düzenlenirken, iptale ilişkin bu hükümlerin dışında da “çeşitli hükümler” başlığı altında TTK m. 448 ila 451 hükümlerinde iptale ilişkin ilan, kararın yürütülmesinin geri bırakılması, kararın etkisi ve kötü niyetle dava açanların sorumluluğı düzenlenmiştir. SerPK m. 23/2’de TTK’nın ilgili hükümlerine göre iptali istenebileceğı belirtilmekle birlikte hiçbir hüküm istisna tutulmamıştır. Bu itibarla TTK’nın bu hükümlerinden hangilerinin SPK’nın önemli nitelikteki işlemlerin iptali istemine uygulanabileceğinin belirlenmesi gereklidir.

TTK m. 445’te iptal sebebi düzenlenmiş ve kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık halinde genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabilceğı

¹⁵⁵⁹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 316-317.

¹⁵⁶⁰ Tekinalp/Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Hukuku**, s. 35; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 374; Karacan, **C. I**, s. 319; Songur, **a.g.e.**, s. 249.

düzenlenmiştir. SerPK m. 23/2 hükmünde ise SPK'nın sadece önemli nitelikteki işlemlere ilişkin zorunluluklara uyulmaması halinde iptal davası açabileceği belirtilerek iptal sebebi düzenlenmiştir. SerPK'da iptal sebebi açıkça belirtilmiş olduğundan iptal sebebinin bu hüküm çerçevesinde ele alınması gerekir. Bu hüküm bağlamında SPK, ancak önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara uyulmaması halinde iptal isteminde bulunma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla SPK'nın bu hükme dayanarak önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara uygun olarak alınan bir kararın TTK m. 445'ten hareketle kanuna esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığı nedeniyle iptal isteminde bulunma yetkisi yoktur¹⁵⁶¹.

SerPK m. 23/2 hükmünde önemli nitelikteki işlemler için birinci fıkrada uyulması gereken zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin iptalinin istenebileceği düzenlenmiştir. Ancak Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasında önemli nitelikteki işlemler sınırlı olmayacak şekilde sayılmış ve önemli nitelikteki işlemleri belirleme ve usul ve esasları tayin etme yetkisi SPK'ya bırakılmıştır. SPK bu yetkisi kapsamında ÖNİT'i çıkarmıştır. Bu nedenle işlemin iptalinin önemli nitelikteki işlemlerin usul ve esaslarının düzenlendiği ÖNİT'deki düzenlemelere uyulmaması halinde de istenebileceği kabul edilmelidir. ÖNİT'te, önemli nitelikteki işlemlerin önemlilik ölçütleri, işleme ilişkin karar alma süreçleri, ayrılma hakkına ilişkin usul ve esaslar detaylı olarak düzenlemiştir. Böylelikle SPK, önemlilik ölçütlerini sağlayan işlemler için usulüne uygun olarak YK kararı alınmaması, bağımsız YK üyelerinin olumsuz oyunun ve muhalefetin kamuya açıklanmaması, işlemin belirlenen usul ve esaslara göre hiç veya gereği gibi genel kurulun onayına sunulmaması, ayrılma hakkına ilişkin belirlenen esaslara uyulmaması ve ayrılma hakkı ile ilgili hususların gündemde eksik gösterilmesi veya ver verilmemesi gibi hallerde, kararın iptalini isteyebilecektir¹⁵⁶².

TTK m. 445'te iptal davasının karar tarihinden itibaren üç ay içinde açılabilmesi öngörülmüştür. SerPK m. 23/2 hükmünde yapılan atıf gereği TTK m. 445'teki öngörülen genel kurul karar tarihinden itibaren üç aylık süre içinde istenebilmesi

¹⁵⁶¹ Manavgat, **Halka Arz**, s. 316

¹⁵⁶² Manavgat, **Halka Arz**, s. 315-316; Tarhan, **a.g.e.**, s. 226.

kuralının önemli nitelikteki işlemlere de uygulanması gerekir. Kanun burada SerPK m. 92/1.b hükmündeki gibi ayrı bir süre öngörmediği için TTK'daki ilgili hüküm dikkate alınmalı ve iptal davası için üç aylık süre olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁶³. Ancak bu üç aylık sürenin ne zaman başlaması gerektiği hususu tartışmalıdır. SPK'nın önce otuz günlük süre tanıyarak şirketin bu aykırılığı gidermesine imkân tanınmasının ön koşul olarak sayılıp sayılamayacağına göre öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide otuz günlük süre tanınmasını ön koşul olarak görmeyen görüş, genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren üç aylık sürenin başlayacağını¹⁵⁶⁴, ancak burada her zaman genel kurul kararının iptali istemi söz konusu olmayacağı için üç aylık sürenin usul ve esaslarına aykırı işlemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren işleyeceği şeklinde kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁶⁵. Burada SPK'nın önce işlemin ortadan kaldırılması için otuz günlük süre tanınması gerektiğini ileri süren görüş ise üç aylık dava süresinin bu otuz günlük sürenin bitiminden itibaren başlaması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁶⁶. Yukarıda belirttiğimiz üzere burada otuz günlük süre tanınması ön koşuldur. Ancak biz burada üç aylık sürenin yine genel kurul kararı tarihinden itibaren başlayacağı düşüncesindeyiz. Üç aylık dava süresinin başlangıcının belirsizlik yaratması şirket yönünden işlem güvenliğini sarsar. Bu nedenle burada karar tarihinden itibaren SPK'nın, şirkete otuz günlük süre tanınması, bu sürenin bitiminde yine üç ayı geçmemek kaydıyla iptal davası açabileceği kanaatindeyiz. SPK'nın ayrıca SerPK m. 92/1.b uyarınca da iptal davası açma yetkisi saklıdır.

TTTK m. 446'da iptal davasını açabilecek kişiler düzenlenmiştir. İptali talep edebilecek kişi SPK olarak belirlendiğinden, iptal davasını açabilecek kişilere ilişkin TTK m. 446 hükmü burada uygulanmaz¹⁵⁶⁷. TTK m. 446'da dava açabilecek kişiler sayılırken etki prensibi de getirilerek çağrının usulüne göre yapılmadığı, gündemin gereği gibi ilan edilmediği, genel kurula yetkili olmayan kişilerin katıldığı ve oy kullandığı gibi usulü eksikliklerin genel kurul kararı alınmasında etkili olması halinde

¹⁵⁶³ SerPK m. 92/1.c hükmü kapsamında önemli nitelikteki işlem şirketin sermayesinin veya malvarlığının azalmasına ya da kaybına yol açıyorsa SPK'nın iptal davası açma yetkisi bulunmaktadır.

¹⁵⁶⁴ Manavgat, **Halka Arz**, s. 316-317; Tarhan, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁵⁶⁵ Tarhan, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁵⁶⁶ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 374.

¹⁵⁶⁷ Tarhan, **a.g.e.**, s. 230.

iptal davası açılabilceği dñzenlenmiřtir. SerPK m. 23/2’de TTK’nın ilgili hñkñmlerine gñre iptali istenebileceği belirtilmekle hiçbir hñkñm istisna tutulmamıştır. Bu nedenle etki kuralı olarak ifade edilen bu hñkmñn SPK’nın aşacağı iptal davası işin de geçerli olup olmadığı sorunu gñndeme gelmektedir. Bu hususta òđretide SPK’nın ònemli nitelikteki işleme ilişkin karar alma sñrecindeki işlemin iptalini talep edebilmesi işin ònemli nitelikteki işlemle ilgili usul ve esaslara aykırılık ile karar arasında bir nedensellik bağının varlığının aranması gerektiği ileri sñrñlmñřtñr¹⁵⁶⁸. Buna gñre, kararın alınması bakımından nedensellik bağı kurulamayan hallerde karar iptal edilememelidir. Ancak kanaatimizce bu sadece genel kurul kararları bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Yñnetim kurulu kararının iptalini bakımından nedensellik bağı aranmamalı, usul ve esaslara aykırılık halinde kararın iptali istenebilmelidir. Kaldı ki, SPK’nın şirkete otuz gñnlñk sñre vermesi zorunlu olduğu işin YK kararının bu hñkme dayanarak iptali yñnñnde bir uygulamanın olması da pek ihtimal dāhilinde değildir.

TTK m. 448’de iptal davasının ilanı ve şirketin internet sitesine koyulması, üç aylık sñre geşmeden duruşmaya başlanılamaması ve birden fazla dava aşıldığı takdirde birleştirilmesi hususu dñzenlenmiřtir. Buna ilişkin esasların ònemli nitelikteki işleme ilişkin aşılan iptal davası yñnñnden de uygulanması gereklidir. Ancak aynı maddenin son hñkmñnde şirketin istemi ùzerine muhtemel zararlara karşı davacının teminat vermesine karar verebileceğine ilişkin hñkñm bağımsız idari otorite olan SPK işin uygulanmayacaktır¹⁵⁶⁹. Nitekim òđretide bu hñkñm kapsamında teminat verilmesinin pay sahipleri ile sınırlı tutulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁷⁰.

TTK m. 449 hñkmñnde kararın yñrñtñlmesinin geri bırakılmasına karar verileceği dñzenlenmiřtir. Bu hñkmñn, SPK m. 23/2 gereği ònemli nitelikteki işlemlere de uygulanması gerekir. Ònemli nitelikteki işlem, pay sahiplerinin ve yatırımcıların zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte ise mahkeme kararın yñrñtñlmesinin geri bırakılmasına karar verebilecektir¹⁵⁷¹. Mahkeme tarafından iptal kararı verilip bu karar

¹⁵⁶⁸ A.e., s. 228-229.

¹⁵⁶⁹ A.e., s. 231.

¹⁵⁷⁰ Moroğlu, **Hñkñmsñznlñk**, s. 305; Kırca (şehirali çelik, Manavgat), **C. 2/2**, s. 240,245.

¹⁵⁷¹ Tarhan, **a.g.e.**, s. 232; Karacan, **C. I**, s. 325.

kesinleşinceye kadar iptale tabi işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle iptal davası açılması kararın yürütülmesine engel teşkil etmez, kararın icrası ancak mahkemenin yürütülmenin geri bırakılması kararı ile durur¹⁵⁷². Dolayısıyla bu hüküm uyarınca kararın icrasının geri bırakılmasına karar verilmişse, şirket önemli nitelikteki işlemi gerçekleştiremeyecektir.

TTK m. 451’de kötü niyetle iptal davası açanların şirketin uğramış olduğu zararda müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir. SPK bağımsız ve denetleyici idari otorite olduğu ve SPK’nın kötü niyetle dava açtığı düşünülemeyeceği için bu hükmün SPK’nın açmış olduğu önemli nitelikteki işlemlerin iptali davasında uygulanması mümkün değildir¹⁵⁷³.

TTK m. 450’de genel kurul kararının iptaline ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade ettiğini, bu kararın derhal ticaret sicilinde tescil ettirilerek şirket internet sitesine koyulması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm de yine önemli nitelikteki işlemin iptalinde uygulama alanı bulacaktır. İptal kararının verilmesi durumunda, iptal kararı bu kararın alındığı tarihten itibaren geçerli olmak kaydıyla geçmişe dönük etki yaratacaktır¹⁵⁷⁴. Ancak bu geçmişe etki, genel kurul kararının işlemin geçerlilik şartı olduğu hallerde olur. Yukarıda burada genel kurul kararının geçerlilik şartı olarak kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştik. Bu nedenle bu hallerde de iptal edilen genel kurul kararı kapsamında iyi niyetli kişilerle kurmuş olduğu ilişkiler yönünden karar geçmişe etkili olmaz, bu hallerde iyiniyetli üçüncü kişilerin TTK m. 371 hükmü uyarınca hukuki görünüşe güvenlerinin korunması gerekir¹⁵⁷⁵.

F. SERPK’DA ÖNGÖRÜLEN İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLAR

1. İdari Yaptırım

a. Genel Esaslar

¹⁵⁷² Kırca (Şehirali Çelik, Manavgat), C. 2/2, s. 241; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 317-318.

¹⁵⁷³ Tarhan, **a.g.e.**, s. 232.

¹⁵⁷⁴ Kırca (Şehirali Çelik, Manavgat), C. 2/2, s. 254-258.

¹⁵⁷⁵ Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 186-187.

Sermaye piyasası ilgili hükümlerin uygulanması ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemin denetim yetkisi verilen SPK'ya; SerPK m. 103 hükmünde ayrıca bu düzenlemelere aykırı hareket edenler hakkında idari yaptırım uygulama yetkisi de tanınmıştır¹⁵⁷⁶. İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiiller SerPK m. 103 hükmünde düzenlenmiştir. Bu maddede, Kurul'un kimlere hangi hallerde idari para cezası verebileceği ve bu cezanın alt ve üst sınırları düzenlenmiştir. Her olaya ve kişiye göre ceza tutarının belirlenmesi olanağı olmaması sebebiyle cezanın şahsileştirilebilmesi için cezanın alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla ceza belirleme yetkisi SPK'ya bırakılmıştır. Ancak SPK'ya bu konuda takdir yetkisi tanınmışsa da SPK tarafından alt sınırın üstünde idari para cezası öngörülmesi halinde bunun bir gerekçeye dayandırılması gerekmektedir¹⁵⁷⁷.

SerPK m. 103 ve 104 hükümlerinde idari para cezası uygulanması öngörülen kabahatler düzenlenmiştir¹⁵⁷⁸. İdari para cezası gerektiren kabahatler, Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak çıkarılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formalara ve SPK'nın genel ve özel nitelikteki kararlarına aykırı hareket edilmesi olarak ifade edilmiştir. Danıştay vermiş olduğu bir kararında, SerPK'da SPK'nın düzenleyici nitelikteki işlemlerinin RG'de yayımlanarak yürürlüğe koyulacağının düzenlendiğini, bu nedenle ilgililere yükümlülük getiren düzenleyici nitelikteki SPK kararlarına uyulmaması halinde idari yaptırım uygulanabilmesi için bu kararların RG'de yayımlanmış olması gerektiğini belirterek SPK'nın sadece internet sitesinde yayımlamakla yetindiği kararlarına istinaden idari para cezası veremeyeceğine hükmetmiştir¹⁵⁷⁹. Bu nedenle SPK'nın RG'de yayımlanmayan sadece SPK bülteninde

¹⁵⁷⁶ Bayram Volkan Alan, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi Ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 101-102.

¹⁵⁷⁷ Gerekçenin belirtilmesi, idari para cezası verilen kişilerin bu karşı idari yargı yoluna başvurulması halinde SPK'nın verilen bu para cezasının savunulması aşamasında önem taşır. Her ne kadar mahkemenin SPK'nın takdir yetkisini bertaraf edecek şekilde karar vermesi mümkün değilse de, bu durum SPK'nın gerekçeye dayanmaksızın takdir yetkisini kullanabileceği anlamına da gelmemektedir (Bkz. Tok, **a.g.e.**, s. 278. Balcı/Turan, **C. II**, s. 367).

¹⁵⁷⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde "*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*" kabahat olarak tanımlanmıştır.

¹⁵⁷⁹ Bkz. Dan. 13. D., 2016/1556 E, 2016/41106 K, 06.12.2016, karar için bkz. Balcı/Turan, **C. II**, s. 370.

yayımladığı kararlarına uyulmamasından bahisle idari para cezası verilmesi hukuka aykırı olacaktır.

SerPK m. 103'te, denetim öncesi bilgi ve belgelerin verilmemesi de yaptırıma tabi tutulmuştur. Ancak SPK tarafından ya da diğer görevlilerce gereksiz nedenle denetime başlandığı hallerde ilgili kişilere idari yaptırım uygulanamaması gerekir. Zira burada, denetim öncesi gerçeğe aykırı bilgi verilmesine bir yaptırım uygulanmaktadır, haksız nedenle yapılan denetimden kaynaklı ise yaptırım uygulanamaz¹⁵⁸⁰. Bu hallerde idari para cezasının haksız olarak denetimin başlamasına neden olan kişilere uygulanması gerekir¹⁵⁸¹.

İlişkili taraf işlemlerine konu olan sermaye piyasası mevzuatı ve SPK'nın düzenleyici işlemlerine uyulmaması halinde ilgililer hakkında idari yaptırım uygulanacaktır. Örneğin ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemlerin şirketin finansal tablo açıklamaları bölümünde yer verilmemesi, II-14.1 sayılı "Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği"nin 5. maddesine aykırı olmasından bahisle SPK bu görevi yapmakla yükümlü olan YK üyelerine, SerPK m. 03 hükmü kapsamında idari para cezası uygulamıştır¹⁵⁸². Yine ilişkili taraf işlemlerinin düzenlendiği SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 ve 10 hükümlerine aykırı hareket edildiği hallerde de SPK tarafından idari yaptırım uygulanabilecektir.

Yaptırımın uygulanacağı kişiler ise Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak çıkarılan düzenlemelere ve SPK'nın genel ve özel nitelikteki kararlarına aykırı hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir. Bu kişinin tespiti için ihlal edilen düzenlemelerde veya ilgili kararda, sorumluluğun kimin üzerine bırakıldığına bakılması gerekir. Örneğin SerPK m. 17/3'te ilişkili taraf işlemlerine ilişkin yönetim kurulunun karar alması gerektiği için bu yükümlülüğün ihlalinde YK üyelerinin sorumluluğu gündeme

¹⁵⁸⁰ Bkz. TBMM 176 Sıra Sayılı "Aydın Milletvekili Mustafa Savaş ile 88 Milletvekilinin Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2596) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu", Genel Gerekeçe, s. 16.

¹⁵⁸¹ Bu amaçla 7222 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile SerPK m. 107 hükmüne sekizinci fıkra eklenmiştir. Buna göre, haksız yere SerPK 88 hükmü uyarınca denetime başlanılmasına gerçeğe aykırı, yanıltıcı nitelikte bilgi, belge vermek veya açıklamalarda bulunmak suretiyle sebep olan kişiler hakkında bin Türk lirasından yirmi beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir.

¹⁵⁸² Bkz. 26.03.2020 tarihli ve 2020/20 sayılı SPK Bülteni, s. 2, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=20>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

gelecektir. Bununla beraber şirket tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerde yaptırımın süjesi ise şirket tüzel kişiliği olacaktır¹⁵⁸³. Ancak şirketin, idari para cezası verildiği hallerde bu zararı kasti ya da ihmali olarak işlem ve davranışıyla zarara sebebiyet veren ilgililere rücu etme hakkı saklıdır¹⁵⁸⁴.

SerPK m. 103/1’de anılan yükümlülükler aykırı eden kişinin, bir özel hukuk tüzel kişinin organı veya temsilcisi olduğu veya bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması durumunda ayrıca tüzel kişi hakkında da bu idari para cezası uygulanır¹⁵⁸⁵. Bu hüküm gerçek kişinin idari para cezasının nasıl süjesi olabileceğine de işaret etmektedir. Buna göre, gerçek kişinin sorumlu tutulabilmesi için ilgili yükümlülükler aykırı hareket edilen olayda, bir tüzel kişinin organı veya temsilcisi ya da bu tüzel kişinin faaliyeti kapsamında görev üstlendiği kişi olması ve üstlenmiş olduğu bu görevi sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak yerine getirememiş olması gerekir¹⁵⁸⁶. Bu halde, ilgili tüzel kişiye bu idari para cezası uygulanmaktadır. Ancak aykırılığın temsilcisi olunan ya da adına hareket edilen şirketin zararına neden olduğu hallerde, tüzel kişiye ayrıca ceza verilmez. Bu halde ise idari para cezası sadece gerçek kişiye uygulanır.

SPK’nın kanuna dayanarak çıkardığı düzenlemelerine ve kararlarına aykırı hareket eden kişinin tüzel kişi olması halinde, 103. maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesine göre verilecek para cezasında, aykırılığın ağırlığı ile etkilediği mağdur sayısının dikkate alınması gerekecek ve para cezası da denetimden geçen yıllık finansal tabloda yer alan brüt satış hasılatının % 1’inden düşük ve vergi öncesi kararının % 20’sinden yüksek olanına kadar verilecek ve verilecek idari para cezası SerPK m. 103/1 hükmünde öngörülen asgari miktardan az olmayacaktır¹⁵⁸⁷. İdari para

¹⁵⁸³ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 203; Tok, **a.g.e.**, s. 276-277.

¹⁵⁸⁴ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 203, dn. 290.

¹⁵⁸⁵ SerPK m. 103/2 hükmü, tüzel kişilere idari para cezası verilmesine ilişkin esaslarda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 8. maddesinin SerPK’ya özgü uygulaması olarak değerlendirilmekte ve hükmün uygulanmasında Kabahatler Kanunu’nda ilgili hükmün de nazara alınması gerektiği belirtilmektedir. (Bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 204).

¹⁵⁸⁶ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁵⁸⁷ SerPK m. 103/1’e, 7222 sayılı Kanun’un 36. maddesi ile “tüzel kişilere, aykırılığın ağırlığı ve etkilediği mağdur sayısı dikkate alınarak bu fıkranın birinci cümlesinde yer alan asgari miktardan az olmamak üzere bağımsız denetimden geçmiş yıllık finansal tablolarında yer alan brüt satış hasılatının %1’i ile vergi öncesi kârının %20’sinden yüksek olanına kadar idari para cezası verilir” hükmü eklenmiştir. Hükmün gerekçesinde, sermaye piyasalarına işlenen ihlallerin tespit edilebilmesi ve

cezası miktarı finansal tabloda yer alan ciroya ve kara göre belirlendiğinden burada belirtilen tüzel kişiyi şirket olarak anlamak gereklidir¹⁵⁸⁸.

b. Uygulama Esasları

SPK idari para cezası uygulamadan önce, sermaye piyasası mevzuatına veya SPK'nın düzenleyici işlemlerine aykırı hareket edildiğini tespit etmesi durumunda aykırı hareket eden kişilerden otuz gün içinde savunmada bulunmalarını talep edecektir¹⁵⁸⁹. İlgililer, savunma istenmesine ilişkin yazıyı tebliğ aldıkları tarihten itibaren otuz gün içinde savunmada bulunmazlarsa bu haktan feragat etmiş sayılır.

SerPK'da tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım uygulanana kadar birden fazla kez işlenmesi durumunda, ilgililere sadece bir idari para cezası verilir; ancak verilecek bu ceza iki kat artırılır. Ancak bu kabahatin işlenmesi ile menfaat elde edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi durumunda, idari para cezası bu menfaat veya zararın üç katından az olacak şekilde verilemez. SPK tarafından daha önceki kabahati nedeni ile kişiye idari para cezası kararı verilmiş olması halinde bu kural geçerli olmaz¹⁵⁹⁰.

SerPK kapsamında verilecek idari para cezaları için idari yargı yoluna başvurulabilmesi mümkündür¹⁵⁹¹. Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliği başlıklı 3. maddesinde *"Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında"* uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle eSerPK

yaptırımların etkinliğinin saplanabilmesi amacıyla sermaye piyasası düzenlemelerine aykırı olarak gerçekleştirilen işlemlerde halka açık anonim şirketin ve yatırımcıların zararlarının giderilebilmesi ve halka açık şirketin malvarlığından çıkan paranın geri getirilmesine yönelik tedbirler alınması amacıyla değişikliğe gidildiği, bu kapsamda tüzel kişilerde idari para cezasının brüt kâr veya satış hasılatından yüksek olana göre belirlenmesine ilişkin değişikliğin caydırıcılığı artırması ve sermaye piyasası suçlarında etkin bir cezai yaptırımın uygulanmasının sağlanabilmesi için getirildiği belirtilmiştir. Bkz. TBMM 176 Sıra Sayılı "Aydın Milletvekili Mustafa Savaş ile 88 Milletvekilinin Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2596) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu", Genel Gerekçe, s. 8-9.

¹⁵⁸⁸ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁵⁸⁹ SerPK m. 105 hükmünde idari para cezasının uygulama esasları düzenlenmiştir.

¹⁵⁹⁰ TCK uyarınca tekrür uygulanabilmesi için önceki aykırılık nedeniyle bir yaptırımın uygulanmış olması gerekir. Bu yönüyle SerPK m. 105/2, TCK'daki tekrür müessesinden ayrılmaktadır. (Bkz. Tok, **a.g.e.**, s. 282-28).

¹⁵⁹¹ Bu husus açıkça SerPK m. 105/4'te ifade edilmiştir.

uygulamasında SPK tarafından verilen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği kabul ediliyordu. Bu durum verilen cezaların yeterli incelemeye konu edilemeden iptal edilmesi nedeniyle eleştirilmekteydi¹⁵⁹². SerPK'da bu eleştirilerin de nazara alınarak idari yargı yoluna başvurulabileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

2. Cezai Yaptırım

a. Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiiller, SerPK m. 110'da sermaye piyasasının özelliklerine uygun olarak ve daha geniş kapsamlı düzenlenerek cezai yaptırıma tabi tutulmuştur¹⁵⁹³. Bu hükümde, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali düzenlenmiş¹⁵⁹⁴ ve bu suçu oluşturan fiiller arasında örtülü kazanç aktarımının aktif olarak gerçekleştirilmesi de sayılmıştır. Pasif yolla örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilen eylemler idari yaptırım ile cezalandırılırken aktif yolla örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilen eylemler suç kabul edilerek adli para cezası ve hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır.

TCK m. 155/2'de *“suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi”* nitelikli unsur olarak düzenlenirken, bu hükme paralel şekilde SerPK m. 110/1 hükmünde de failin sahip olduğu şirketi idare etme yetkisinin gereği olarak şirketin malvarlığına ilişkin gerçekleştirdiği fiillerin cezalandırılması düzenlenmektedir. Bu hükümler birlikte ele alındığında, tipiklik unsuru açısından TCK m. 155/1 hükmünün suçun temel şekli bakımından yol gösterici olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹² Tok, **a.g.e.**, s. 284; Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁵⁹³ Bkz. SerPK m. 110 gerekçesi.

¹⁵⁹⁴ SerPK m. 110/1 hükmünde 2499 sayılı SerPK'dan farklı olarak, örtülü kazanç aktarımına yol açan fiiller ayrı bir suç tipi olarak değil TCK m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Örtülü kazanç aktarımı yasağı, işlemi gerçekleştirenlerin sahip oldukları yetkiler sebebiyle kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmalarını engeller. Bu açıdan öğretide örtülü kazanç aktarımına ilişkin suçun güveni kötüye kullanma suçu kapsamında nitelendirilmesi isabetli bulunmuştur (Bkz. Ahmet Caner Yenidünya, Can Canpolat, “Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3)”, **BFHD**, C. 3, S. 9, 2014, s. 118).

¹⁵⁹⁵ Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 118.

Maddede örtülü kazanç aktarımına ilişkin suç teşkil eden eylemler iki bent halinde düzenlenmiştir. Hükmün c bendine bakıldığında, aktif yolla örtülü kazanç aktarımını düzenleyen SerPK m. 21/1 hükmünün birebir tekrar edilmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımına ilişkin esas yaptırım hükmünün maddenin c bendi olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹⁶. Örtülü kazanç aktarımının unsurları SerPK m. 21/1 hükmünde tanımlanmıştır ve bu hüküm SerPK m. 110/1.c hükmüne de aynen alınmıştır. Bu yönüyle örtülü kazanç aktarımı suçunun kanuniliği sağlanmıştır¹⁵⁹⁷.

Aktif yolla örtülü kazanç aktarımına cezai müeyyide bağlanmış olmasına karşın hükmünde ayrıca (b) bendine de yer verilmiştir¹⁵⁹⁸. Burada, yönetim, sermaye ve denetim açısından doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkide bulunduğu şahısla veya teşebbüsle bariz şekilde farklı fiyat, bedel ve ücret uygulanarak halka açık anonim şirketin malvarlığının veya kârının azaltılması cezai müeyyideye bağlanmıştır. SerPK m. 110/1.b'nin maddenin c bendinden iki farkı bulunmaktadır. SerPK m. 21 hükmünde ilişkili tarafların gerçek veya tüzel kişi olabileceği ifade edilirken bu hükmünde eSerPK'daki hükme paralel olarak teşebbüse de yer verilmiştir. SerPK m. 21/1'de emsallere aykırılıktan söz edilirken burada emsallere aykırılığın "bariz şekilde" olması aranmaktadır. Ancak bu farklılık hem suçun unsurları hem de suçun süjesi yönünden bir farklılık yaratmamaktadır. SerPK m. 110/1.c'de ise halka açık anonim şirketlerin yanı sıra kolektif yatırım kuruluşları ile onların bağlı ortakları ile iştiraklerinin ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak farklı fiyat, ücret ve bedel içeren işlemlerle malvarlığını veya kârını azaltılması suç teşkil eden eylem kapsamında saymıştır. Maddenin c bendinde görüldüğü gibi, halka

¹⁵⁹⁶ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 223.

¹⁵⁹⁷ Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 349-350.

¹⁵⁹⁸ SerPK m. 110/1.b, eSerPK m. 15/son hükmünün tekrarı niteliğindedir. 6362 sayılı SerPK'nın genel gerekçesinde de 2499 sayılı Kanunu'nda yer alan örtülü kazanç aktarımı suçunun aynen muhafaza edildiği belirtilmiş ancak bunun gerekçesine değinilmemiştir. ESerPK m. 47.A/6'da diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde eSerPK m. 15/son hükmünde öngörülen fiillerle malvarlığı azaltılan şirketin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenlerin adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmekteydi. Öğretide bu hükmün eskiden örtülü kazanç aktarımı sayılan işlemlerin kanuniliğin sağlanabilmesi için muhafaza edilmiş olabileceği belirtilmiştir (Bkz. Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 223; Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)**, s. 160). ESerPK hükmünde suç kabul eden eylemler SerPK m. 110/1.b'de tekrarlanmış; ancak burada bu eylemler güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmiştir.

açık şirketlerin emsallere aykırı olarak malvarlığının azaltılması burada düzenlenmiştir. Emsallere uygunluk ilkesine aykırılık kavram olarak “*emsallere göre bariz şekilde aykırılık*” halini de kapsamına almaktadır. Dolayısıyla SerPK m. 110/1.c hükmüne bu fiiller de girmektedir. Bu nedenle, ayrı bir maddede bariz şekilde emsallerine göre bariz şekilde aykırı fiyat belirlenmesinin suç teşkil eden eylem olarak öngörülmesinde hukuken bir fayda bulunmamaktadır¹⁵⁹⁹.

SerPK m. 110/1.b hükmünün ilk halinde suç teşkil eden fiiller “*bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak*” şeklinde ifade ediliyordu. Hükümde “gibi” ibaresi kullanıldığı için maddede belirtilen fiiller dışında bunlara benzer fiillerin de suç teşkil edebileceği anlamı çıkıyordu. Bu nedenle “gibi” ibaresi ile kişilerin hangi örtülü işlemin suç oluşturacağını öngörülmesi mümkün olmadığı için AYM bu ibareyi Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir¹⁶⁰⁰. Ancak SerPK m. 110/1.b hükmünde iptal edilirken, SerPK m. 110/1.c hükmünde yer alan “gibi” ibaresi muhafaza edilmiştir. Hükümde suç teşkil eden fiiller “*aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek*

¹⁵⁹⁹ SerPK m. 110/1.c, yeni bir hüküm olsa da esas itibariyle eski hükümden tek farklılığı örtülü kazanç aktarımında suç teşkil eden fiillerin tanımını genişletmesidir, bu nedenle m. 110/1.c’nin düzenlenmesine rağmen b bendinde eSerPK’daki hükmün muhafaza edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır (Bkz. Sadak, **a.g.e.**, s. 54; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 350; Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 136).

¹⁶⁰⁰ AYM 14.11.2013 Tarih ve 23/133 sayılı iptal kararı 22.07.2014 tarih ve 29068 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Mülga SerPK m. 15/son hükmü ile ilgili Yargıtay kararlarında da bu hususa değinilmiştir. Bkz. Yarg. CGK, 13.03.2018 T., 2018/7-74 E., 2018/86 K.: “...2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/ son madde fıkrasında ‘Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz’ hükmü bulunmakta olup, anılan Kanun’un 47/A-6 madde fıkrası uyarınca da ‘Bu kanunun 15. maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler...’in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun metninden anlaşılacağı üzere, ‘örtülü işlem’ kanunda açıkça tanımlanmamış, ancak, ‘... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler...’ ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi, böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir.” (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

gibi işlemlerde bulunarak” şeklinde belirtilmektedir. Bu bentte yer alan “gibi” ibaresi de hangi örtülü işlemin suç teşkil edeceğini açıklıkla ortaya koymamakta, burada sayılanlar dışındaki eylemlerin de suç oluşturabileceği anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla hükmün b bendi için geçerli olan hukuka aykırılıklar c bendi için de evleviyetle bulunmaktadır. Maddede yer alan “gibi” ibaresi hala yürürlükte bulunmaktadır. Bu nedenle AYM’nin SerPK m. 110/1.b hükmüne istinaden almış olduğu iptal kararının bir işlevi bulunmamaktadır¹⁶⁰¹.

b. Suçun Unsurları

Örtülü Kazanç aktarımı suçunun maddi unsurları örtülü kazanç aktarımının varlığı için aranan şartlar ile aynıdır¹⁶⁰². Halka açık şirketin malvarlığında azalma arandığı için örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık, fiil neticeli suç kapsamında değerlendirilmekte ve suç halka açık şirkette bir zarara yol açtığı için aynı zamanda zarar suçu olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁰³. Bu bağlamda halka açık anonim şirketin malvarlığı veya kazancı üzerinde azalmanın meydana gelmediği hallerde, zarar gerçekleşmediği için suçun netice yönünden maddi unsuru da oluşmamış kabul edilecektir¹⁶⁰⁴. Buna karşılık ilişkili taraflara aktarılan ve şirketin zarara uğradığı miktar maddi unsurun oluşması yönünden bir önem arz etmez, her türlü azalma bu kapsamda sayılır¹⁶⁰⁵.

Örtülü kazanç aktarımı ile ilgili suç teşkil edebilecek eylemlere aşağıdaki örnekler verilebilir:

¹⁶⁰¹ Kaya, **Örtülü Kazanç Aktarımı (2019)**, s. 160.

¹⁶⁰² Örtülü kazanç aktarımının unsurları üçüncü bölümde detaylı olarak açıklanmıştır. Bu nedenle burada ayrıca açıklanmasına gerek görülmemiştir. Yargıtay kararlarında suçun unsurları şu şekilde kategorize edilmiştir: “...6362 Sayılı Kanun’un ilgili hükümleri incelendiğinde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşabilmesi için; a-) Kazanç aktarımının halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları tarafından yapılması, b-) Kazanç aktarımı yapılan kişi veya teşebbüsün halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarıyla ilişkili bulunması, c-) Halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarıyla ilişkili bulunan kişi veya teşebbüs arasındaki kazanç aktarımının örtülü işlemler aracılığıyla gerçekleştirilmesi, d-) Örtülü işlem sonucunda halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının karının veya malvarlığının azaltılması veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasının engellenmesi gerekmektedir.”, bkz. Yarg. 19. CD., 27.04.2016 T., 2015/4724 E., 2016/16728 K., (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

¹⁶⁰³ Dursun, **a.g.e.**, s. 353; Baştürk, **a.g.m.**, s. 897.

¹⁶⁰⁴ Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 142; Baştürk, **a.g.m.**, s. 897.

¹⁶⁰⁵ Dursun, **a.g.e.**, s. 353.

- Halka açık şirkete olan mevcut kira borcunu yaklaşık beş yıl süreyle ödemeyen ilişkili şirket hakkında yasal takibe başlanmadığı gibi bu ilişkili şirkete mal satışı yaparak halka açık şirketin ödenmeyen alacağını artırarak şirketin malvarlığını azaltmak fiilleri¹⁶⁰⁶,
- Şirketin ilişkili taraflardan olan alacaklarına ilişkin faiz tahakkuku işlemleri ile şirketin kârının azaltılması¹⁶⁰⁷,
- Birleşme sırasında şirketin malvarlığı unsurlarının değerinin farklı gösterilerek şirketin zarara uğramasına neden olunması¹⁶⁰⁸,
- Şirketin ilişkili tarafından pay satın alınmasına ilişkin işlemle halka açık şirketin kârının/malvarlığının 47.716.593 TL tutarında azaltılması¹⁶⁰⁹,
- Halka açık şirketin ilişkide bulunduğu şirketlerle gerçekleştirdiği ticari olmayan işlemler sonucunda bu şirketlere yasal faizi ile birlikte en az 5.449.088 TL tutarının aktarılması, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilmesi¹⁶¹⁰,

Örtülü kazanç aktarımının bir diğer maddi unsuru faildir. Tüzel kişilerin suçun faili olması TCK m. 20 hükmü uyarınca mümkün olmadığından, tüzel kişilerin yetkilileri fail olabilir. Örtülü kazanç aktarımı suçunun faili, kazancı aktarılan şirketin yetkilileridir. Böylelikle örtülü kazanç aktarımı suçunun faili, halka açık anonim şirket, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak veya bağlı şirketlerinin yetkilileri olabilecektir¹⁶¹¹. Burada fail şirketin tüm yetkilileri değil, somut olay nezdinde suç konusu fiili işleyen yetkililer olacaktır. Örneğin işlemin yapılmasına ilişkin kararın alınmasına katılan ve olumlu oy veren yetkililer fail olarak sorumlu tutulabilecektir¹⁶¹². Öğretide azınlıkta kalan bir görüş SerPK m. 110 hükmünde eski Kanun'dan farklı olarak failin tüzel kişinin yetkilisi olması gerektiği hususunun özellikle belirtilmediği için halka açık anonim şirketin yetkilisinin yanı sıra fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kuran kişilerin de müşterek fail olarak sorumlu

¹⁶⁰⁶ Bkz. Yarg. 19. CD., 25.10.2016 T., 2016/11171 E., 2016/21824 K., (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

¹⁶⁰⁷ Bkz. 02.04.2020 tarihli ve 2020/21 sayılı SPK Bülteni, s. 3.

¹⁶⁰⁸ Bkz. 03.10.2019 tarihli ve 2019/51 sayılı SPK Bülteni, s. 1. SPK 2019/51 sayılı Bülten'de "AVOD .. A.Ş.'nin hesap ve işlemlerinin incelenmesi sonucunda, "Hasav ... A.Ş. (Hasav) ile Hasat .. A.Ş.'nin birleşmesi işleminde; Hasav'ın defter değerinin yaklaşık %85'ini oluşturan krom maden ruhsatının değerinin en az 11.702.634 TL tutarında fazla gösterilmesi suretiyle AVOD'un kârının ve malvarlığının azaltılması" eyleminin gerçekleştirilmesine sorumluluğu bulunanlar hakkında SerPK m. 110/1 kapsamında suç duyurusunda bulunulacağını duyurmuştur.

¹⁶⁰⁹ Bkz. 03.10.2019 tarihli ve 2019/51 sayılı SPK Bülteni, s. 1.

¹⁶¹⁰ Bkz. 06.10.2017 tarihli ve 2017/01 sayılı SPK Bülteni, s. 11.

¹⁶¹¹ Balcı/Turan, **C. II**, s. 496; Sadak, **a.g.e.**, 85; Baştürk, **a.g.m.**, s. 897.

¹⁶¹² Sadak, **a.g.e.**, 85.

tutulabileceğini ileri sürmektedir¹⁶¹³. Bu görüş kapsamında somut olayın özelliğine göre örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin yetkililerinin de müşterek fail olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁶¹⁴.

Örtülü kazanç aktarımı suçunun manevi unsurunu kast oluşturur. Örtülü kazanç aktarımı suçunun taksirle işlenebileceği hükümde ifade edilmediği için suç yalnızca kasten işlenebilecektir. Bu nedenle suçu failin isteyerek ve bilerek işlemesi gerekir¹⁶¹⁵. Dolayısıyla kural olarak failin ilişkili taraflarla gerçekleştirdiği işlemin emsallere ve diğer ölçütlere aykırı olduğunu ve bu işlem sonucunda halka açık anonim şirketin malvarlığında azalma veya kazancının artmasına engel olunacağını bilmesi ve istemesi gerekecektir¹⁶¹⁶. Suç, olası kastla da işlenebilir. Failin suç kabul edilen neticenin muhtemelen meydana gelebileceğini öngörmesi ve neticenin olmasını kabullenmesi halinde olası kastla hareketten söz edilir. TCK'da olası kast tüm suç tipleri açısından uygulanabilecek şekilde ele alınmış ve kastın türleri yönünden Kanun'da sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla kastın olası kast şeklinde gerçekleştirildiği hallerde de manevi unsur sağlanmış olmaktadır¹⁶¹⁷. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımında da işlemin emsallere ve diğer ölçütlere aykırı olduğunun öngörüldüğü ve bu işlemin şirkete zarara uğratacağının kabullenildiği hallerde failerin olası kastla hareket ettiğinden söz edilecek ve cezalandırılması söz konusu olabilecektir¹⁶¹⁸.

Son olarak suçun varlığı için ilişkili taraflarla gerçekleştirilen örtülü işlemlerle halka açık anonim şirketin malvarlığının veya kazancının azalması şeklinde tezahür eden netice arasında illiyet bağının olması gerekir. Bahsi geçen neticenin bu fiilden kaynaklanması ve ilgili kişilere bu fiilin objektif olarak isnat edilebiliyor olması aranır¹⁶¹⁹.

¹⁶¹³ Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 147.

¹⁶¹⁴ **A.e.**

¹⁶¹⁵ Baştürk, **a.g.m.**, s. 897-898; Sadak, **a.g.e.**, 145; Balcı/Turan, **C. II**, s. 504.

¹⁶¹⁶ Baştürk, **a.g.m.**, s. 897-898.

¹⁶¹⁷ Sadak, **a.g.e.**, 146-147.

¹⁶¹⁸ **A.e.**

¹⁶¹⁹ Baştürk, **a.g.m.**, s. 897; Sadak, **a.g.e.**, s. 141.

c. Cezai Müeyyide

Örtülü kazanç aktarımı suçu, nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımı suçunda hükmolunacak ceza için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği 155. maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunulmuş ve bu fıkra göre hükmolunacak cezanın üç yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir¹⁶²⁰. Böylelikle örtülü kazanç aktarımı suçunda en az üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ve üç bin güne kadar adli para cezası verilebilecektir.

Hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına da hükmedileceği düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu, hapis cezasının yanı sıra failin ayrıca adli para cezası ile cezalandırılmasını öngören bir yaptırım benimsemiştir¹⁶²¹. Bununla birlikte öğretide bir görüş, SerPK m. 110/1'de hükmolunacak ceza olarak sadece hapis cezasından bahsedilmiş olması nedeniyle, burada para cezasına ilişkin hükmün uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmektedir¹⁶²². Yargıtay kararlarında ise hem hapis cezası hem de adli para cezası birlikte uygulandığı görülmektedir¹⁶²³.

Örtülü kazanç aktarımı suçunda hapis cezasının ağırlaştırılmasının en önemli sonucu bu suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecek olmasıdır. 5271 sayılı CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi kararı verilebilmesi için sanığa isnat edilen suçtan dolayı yapılan yargılama neticesinde hükmolunacak cezanın iki yıl veya daha az süre hapis veya adli para cezası olması gerekmektedir. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımından en düşük ceza üç yıl olacağı için bu suç için CMK m. 231 hükmü uygulanamayacaktır.

Örtülü kazanç aktarımı suçunda etkin pişmanlık olanağı tanınmıştır¹⁶²⁴. Örtülü kazanç aktarımı suçunu işleyen kişinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için iki

¹⁶²⁰ TCK m. 155/2 hükmünde cezai müeyyide “bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası” şeklinde öngörülmüştür.

¹⁶²¹ Aynı yönde bkz. Sadak, **a.g.e.**, s. 193-194.

¹⁶²² Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 157).

¹⁶²³ Örneğin bkz. Yarg. 19. CD., 11.09.2019 T., 2019/30364 E., 2019/11098 K., (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

¹⁶²⁴ Mülga SerPK'da ise etkin pişmanlık ile ilgili bir hüküm yer almıyordu, bu açıdan SerPK m. 110/3 hükmü yeni bir hükümdür. ESerPK döneminde işlene suçlara ilişkin hangi Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin emsal teşkil eden Yargıtay kararlarına örnek olarak şu karar gösterilebilir: Yarg. 19. CD., 14.03.2019 T., 2019/21994 E., 2019/5708 K., (Çevrimiçi),

koşulu yerine getirmesi gerekmektedir. SerPK m. 21/4 uyarınca aktarılan tutarın ödenmesi ve bu miktarın iki katının Hazine'ye ödenmesidir¹⁶²⁵. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için bu iki şartın yerine getirilmesi şarttır. Öğretide etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için öngörülen bu koşullar oldukça ağır olduğundan bahisle eleştirilmekte ve şirketin zararı giderildikten sonra ayrıca aktarılan tutarının iki katının Hazine'ye ödenmesinin fahiş olduğu ve uygulama olanağının da az olacağından bu hükmün işlevsiz hale geleceğine işaret edilmektedir¹⁶²⁶. Öğretide diğer mevzuatlarda yer alan benzer nitelikteki etkin pişmanlık hükümlerini barındıran suçlarda bu düzenleme şeklinin benimsenmemiş olduğu vurgulanarak hükmün bu haliyle “nispi nitelikte bir adli para cezası” niteliği taşıdığı belirtilmiştir¹⁶²⁷.

Burada ayrıca üzerinde durulması gereken husus SerPK m. 21/4 uyarınca aktarılan tutarın geri ödenmesidir. SerPK m. 21/4’de aktarılan kazanç tutarını ödeme yükümlüsü olarak işlemin karşı tarafı yani ilişkili taraf gösterilmiş ve SerPK m. 94’te de SPK’ya iade davası açma yetkisi tanınmıştır. SerPK m. 110’da ise aktarılan tutarın iade yükümlüsü olarak şirketin yetkilileri kabul edilmektedir¹⁶²⁸. Bu açıdan maddeler arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. SerPK m. 110/3 hükmünü halka açık şirkete aktarılan tutarın iade edilmediği hallerle sınırlı olarak kabul etmek gerekir. Kanaatimizce burada şirketin zararının giderilemediği hallerde faillerin cezadan kurtulabilmesi için bu zararı karşılaması sağlanmak istenmiştir, yoksa şirketin zenginleştirilmesi değil. Bu nedenle ilişkili taraf aktarılan tutarı şirkete iade etmişse suçun faillerinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için sadece Hazine’ye ödeme yapması yeterli kabul edilmelidir.

SerPK m. 110/3 hükmünde etkin pişmanlık gösterildiğinde faillerin cezası yargılamanın evrelerine göre tayin edilmektedir. Buna göre fail bu koşulları henüz

<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, Erişim Tarihi: 24.05.2021.

¹⁶²⁵ Yargıya vermiş olduğu bir kararında hazineye tutarın ödenmesini, “*atılı suçtan bireysel yatırımcılar, halka açık ortaklıklar ve milli ekonominin de bir bütün olarak zarar gördüğü nazara alındığında, suçtan doğan zararın ülkenin ekonomik varlığının mümessili olan Hazine’ye ödenmesinin zorunluluk arz ettiği*” şeklinde ifade etmiştir. İlgili karar için bkz. Yarg. 19. CD., 11.09.2019 T., 2019/30364 E., 2019/11098 K., (Çevrimiçi), <https://lb.kazanc.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

¹⁶²⁶ Memiş/Turan, **a.g.e.**, s. 227; Sadak, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁶²⁷ Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 151.

¹⁶²⁸ Aynı yönde tespit ve eleştirileri için bkz. Yenidünya/Canpolat, **a.g.m.**, s. 151.

soruşturma başlamadan önce gerçekleştirirse hakkında cezaya hükmolunmayacak, soruşturma evresinde gerçekleştirdiği takdirde verilecek ceza yarı oranında indirilecek ve kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar gerçekleştirirse de verilecek ceza üçte bir oranında indirilecektir. Soruşturmadan önce etkin pişmanlık gösterilmesi ceza verilmesine engel olurken, soruşturma veya kovuşturma evresinde gösterilmesi verilecek cezada belirli oranlarında indirim yapılmasını sağlamaktadır¹⁶²⁹.

d. Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

SerPK m. 115 ve 116’da, bu Kanun’da tanımlanan ve atıfta bulunulan suçlar için yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri ile görev ve yetki konuları hüküm altına alınmıştır¹⁶³⁰. SerPK’da öngörülen suçlar için soruşturma yapılabilmesi için SPK’nın Cumhuriyet Başsavcılığı’na yazılı olarak başvurması gerekmektedir. SPK’nın yazılı başvurusu muhakeme şartı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından örtülü kazanç aktarımı suçunda SPK yazılı olarak başvurmadığı sürece şirketin yetkilileri hakkında re’sen ya da şikâyet üzerine soruşturma başlatılamayacaktır¹⁶³¹.

SPK’nın başvurusu üzerine kamu davası açılması durumunda iddianamenin kabulü ile birlikte bir örneği SPK’ya tebliğ edilir ve SPK katılan sıfatını alır. Burada SPK’ya yazılı başvuruda bulunmasıyla herhangi talepte bulunmasına dahi gerek olmaksızın doğrudan davaya katılma hakkı verilmiştir¹⁶³². SerPK m. 115/3’te SPK’ya soruşturma evresinde önemli ayrıcalık tanınmıştır. Cumhuriyet savcısı bu suçlarla ilgili SPK meslek personelinen¹⁶³³ yararlanabilecek ve bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alındığı sırada SPK meslek personelinin de

¹⁶²⁹ Balcı/Turan, **C. II**, s. 511.

¹⁶³⁰ SerPK m. 115 ve 116. hükümlerinde düzenlenen özel muhakeme usulü ve görev ve yetkiye ilişkin hususlar sadece SerPK kapsamına giren veya bu kanunun atıfta bulunduğu suçlarla sınırlı olarak getirilmiştir. Bu kapsamda olmayan suçlar yönünden uygulama alanı bulmaz (Bkz. Sadak, **a.g.e.**, s. 175-176).

¹⁶³¹ Dursun, **a.g.e.**, s. 147-148.

¹⁶³² Baştürk, **a.g.m.**, s. 905; Sadak, **a.g.e.**, s. 189-190.

¹⁶³³ SerPK m. 127/1’de meslek personeli olabilecekler şu şekilde zikredilmiştir: “*Meslek personeli Kurul başkan yardımcısı, daire başkanı, daire başkan yardımcısı, sermaye piyasası başuzman, uzman ve uzman yardımcısı, başuzman hukukçu, uzman hukukçu ve uzman hukukçu yardımcısı ile bilişim başuzmanı, bilişim uzmanı ve uzman yardımcılarında oluşur. Meslek personeli sıfatını daha önce kazanmış bulunan Kurul başkanlık danışmanı, grup başkanı ve müdür de meslek personeli sayılır*”.

hazır bulunması olanağı tanınabilecektir. Cumhuriyet savcısının CMK m. 161 uyarınca soruşturmada bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilme yetkisi varken SerPK m. 115/3 hükmüne yer verilmesi SPK'nın soruşturmada adeta Cumhuriyet savcısının yardımcısı ihdas edildiğinden bahisle eleştirilmiş ve yararlanmanın nasıl ve ne şekilde olacağına ilişkin endişeler belirtilmiştir¹⁶³⁴.

Bu suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi durumunda SPK'ya bu karara itiraz etme yetkisi tanınmıştır¹⁶³⁵. SerPK m. 116 hükmünde de SerPK'da öngörülen suçlardan dolayı yargılamada Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilecek asliye ceza mahkemelerini yetkili olduğu düzenlenmiştir. Böylelikle uzmanlık gerektiren sermaye piyasası suçlarının genel mahkemede görülmesi engellenerek failin ve SPK'nın mağdur olmasının önlenmesi sağlanmak istenmiştir¹⁶³⁶.

G. TAZMİNAT SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

İlişkili taraf işlemlerinin şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açtığı hallerde, bu işlemleri gerçekleştiren kişilerin ve ilişkili tarafların sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusu gündeme gelir. İlişkili tarafların, şirketi zarara uğrattığı hallerde tazminat sorumluluğuna gidilebilecek ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle şirket ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen bu işlemlerden yöneticilerin ve diğer ilişkili tarafların şirkete karşı sorumluluklarına TTK m. 553 vd.'da düzenlenen sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Ancak belirtelim daha önce de ifade ettiğimiz üzere adil olmayan ve şirketin zararına yol açan ilişkili taraf işlemleri çoğunlukla örtülü kazanç aktarımı şeklinde ortaya çıkar. Örtülü kazanç aktarımı teşkil eden bu işlemler için ise SerPK'da hukuki, idari ve cezai yaptırımlar ayrıca düzenlenmiştir. Şirketin zararının giderilmesi konusunda öngörülen yaptırım olarak aktarılan tutarın, SPK'ca belirlenecek süre içerisinde aktarıldığı ilişkili tarafça kanuni faiziyle birlikte şirkete iade edilmesi

¹⁶³⁴ Bu konuyla ilgili tartışmalar ve eleştiriler için bkz. Baştürk, **a.g.m.**, s. 906-908.

¹⁶³⁵ SerPK m. 115/4.

¹⁶³⁶ Sadak, **a.g.e.**, s. 226.

öngörülmüştür. Ancak aktarılan tutarın şirkete iadesi ile her zaman şirketin uğradığı zarar karşılanmayabilir. Bu durumda, aktarılan tutar ve faiziyle karşılanamayan zarar, diğer deyişle munzam zararda durumun ne olacağı konusunda SePK ve TTK'da hüküm bulunmamaktadır. Başkaca bir düzenleme olmadığı için bu hallerde, YK üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK'daki ilgili hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir¹⁶³⁷. Burada diğer bir imkân da YK üyelerinin görevden alınması düşünülebilir. Şirketin zararının telafi edildiği diğer bir deyişle yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilemediği hallerde dahi, genel kurulun yönetim kurulunu haklı nedenle görevden alabilmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda bu işlemi yapan yönetim kuruluna olan güven sarsılmış olabilir, bu da genel kurulun yönetim kurulunu görevden alması için haklı neden oluşturur. Buna karşın ilişkili tarafın kontrol pay sahibi, önemli etkiye sahip kişi veya ilişkili tarafların yakın aile üyeleri olduğu hallerde YK üyelerinin sorumluluk hükümlerine dayanılarak bu kişilerin sorumlu tutulabileceğini söylemek kolay değildir.

Aşağıda bu hususlara yer verilerek ilişkili taraf işlemlerinden kaynaklı şirketin uğradığı zararlardan kimlerin sorumlu tutulabileceği hususu açıklanmaya çalışılmıştır.

2. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Sorumluluğu

Şirketi temsil ve yönetme yetkisi YK üyelerinde olduğu için burada sorumluluğu gündeme gelen ilk kişiler YK üyeleri olur. YK üyeleri, yöneticiler, tasfiye memurları ve kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumlu olurlar. İlişkili taraf işlemlerinden dolayı YK üyeleri ve yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi için bahse konu işlemle kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranışları ve bu işlemin şirketin zararına yol açmış olması gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur ve kusurun doğması için hafif ihmal dahi her türlü kusurun varlığı yeterlidir¹⁶³⁸. Farklılaştırılmış teselsül gereği, YK üyeleri veya yöneticilerden her biri diğerleriyle birlikte aynı zararı tazminle yükümlü olmaları

¹⁶³⁷ Aynı yönde bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 363-367.

¹⁶³⁸ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 312.

halinde, zarar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olurlar¹⁶³⁹.

Yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin işlemin tarafı olması halinde, bu işlemlerden kaynaklı olarak şirketin zarara uğradığında ilişkili taraf olan yöneticinin sorumluluğuna gidilebilir. Zira yöneticiler TTK m. 369 gereğince şirketin menfaatini gözetme yükümlülüğünü ihlal ederek şirketin zarara uğramasına yol açmış olmaktadır.

Diğer taraftan ilişkili taraf işleminin koruma mekanizmalarını işletmekle yükümlü organ yönetim kuruludur. Dolayısıyla bu prosedürün gereği gibi işletilmemesinden dolayı şirketin zarara uğradığı hallerde da YK üyelerinin kusurları oranında sorumlu tutulabilecektir. Ancak prosedürün gereği gibi işletilip işlemin genel kurul tarafından onaylandığı hallerde YK üyelerinin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira pay sahipleri işlemin yapılmasına karar veriyse, bu işlemi yapan YK üyeleri yine de sorumlu kılınabilecek midir? İşlemin yapılmasına izin verilmiş olmasına rağmen şirketin zarara uğradığı hallerde, TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca YK üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi belirli hallerde mümkün olmalıdır. Kanımızca burada ikili ayırım yapılmalıdır. Genel kurulun izin verdiği işlem değerlendirme raporuna uygun olarak gerçekleştirilmiş ve buna rağmen şirket zarara uğramış ise bu halde YK üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği kabul edilmelidir. Zira genel kurulda yapılacak işlemin şartları, sonuçları ve şirket yönünden getirileri gibi tüm unsurları incelenerek izin verilmiş olmaktadır. Bu hallerde ibraya ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilmelidir. Bu nedenle şirketin ve yönetim kurulunun işlemi yapmasına olumlu yönde oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkı olmadığı kabul edilmelidir. Yine burada TTK m. 424 hükmünün de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla işlemle ilgili hususların hiç ve gereği gibi belirtilmediği ya da yanıltıcı şekilde aksettirildiği hallerde, üyelerin o işleme ilişkin ibra edildiği kabul edilmemeli bütün pay sahipleri sorumluluk davasını açabilmelidir.

Genel kurulun onayına rağmen işlemin yapılmasının YK üyelerinin sorumluluğuna yol açacağı durumların başında ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç

¹⁶³⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 372 vd.; Doğan B. F., **a.g.e.**, s. 254 vd.; Mehmet Helvacı, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül” **GSÜHF Dergisi**, S. 2, 2013, s. 77 vd.; Doğan B. F., **a.g.e.**, s. 254 vd.

aktarımı teşkil etmesi gelir. Zira örtülü kazanç aktarımı SerPK’da açıkça yasaklanmış ve buna ilişkin müeyyideler öngörülmüştür. Örtülü kazanç aktarımı teşkil eden ilişkili taraf işleminin, prosedüre tabi tutulması ve genel kurulun onayına sunulmaması gerekir. Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli diğer kişiler, görevlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına riayet ederek gözetmekle yükümlü olduğu için işlemin örtülü kazanç aktarımı teşkil edip etmediğini araştırmalı ve örtülü kazanç aktarımı teşkil ettiğinin tespit edilmesi halinde bu işlemlerin yapılmaması yönünde özen göstermelidir. İlişkili taraf işlemlerinde ise onay safhasından önce değerlendirme raporu alınmakta ve böylece işlemin örtülü kazanç aktarımı olup olmayacağı işlem başlamadan tespit de edilmiş olmaktadır. Değerleme raporunda işlemin örtülü kazanç aktarımı olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen işlemi gerçekleştiren yöneticilerin sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Ayrıca burada belirtelim ki, örtülü kazanç aktarımı olduğu bariz belli olan işlemler için değerlendirme raporu alınmaması gerekir, tedbirli yönetici olarak YK üyelerinin yapılmaması gereken işlem için değerlendirme raporu alması ve bunun için değerlendirme kuruluşuna şirketin ödeme yapmasına neden olması da şirketin ayrıca zarara uğramasına yol açar.

Değerleme raporu bağımsız kuruluşlarca yapıldığı için işlemle ilgili objektif değerlendirme yapılmaktadır. Burada yönetim kurulunun sorumluluğu, daha ziyade işleme ilişkin hususların yanlış aksettirilmesi daha çok değerlendirme raporu alınırken yanlış veya eksik bilgi verilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. İşlemle ilgili doğru bilgi verilmemesi işleme ilişkin objektif ve adil değerlendirme yapılmasına engel olur. Bu değerlendirme raporuna dayanılarak işlemin yapılması yönünde karar alındığında, eksik bilgi veren yöneticilerin sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık değerlendirme raporuna konu işlemle ilgili doğru bilgiler verilmiş ve bu raporda işlemin adil olduğu örtülü kazanç aktarımı olmadığı yönünde değerlendirme yapıldığı hallerde, YK üyelerinin tedbir yükümlülüğünü yerine getirdiği için sorumluluğu söz konusu olmaz. Nitekim TTK m. 369 gerekçesinde belirtildiği üzere tedbirli bir yönetici, genel kabul görmüş kurallar gereğince duruma uygun araştırmaları yaptığı ve ilgililerden bilgiler

alınarak yönetim kurulunda karar verildiği hallerde özensiz kabul edilemez¹⁶⁴⁰. Değerleme kuruluşunun kusurundan kaynaklı hatalı ve gerçeği yansıtmayan bir rapor hazırlamış olması halinde değerlendirme kuruluşundan şirketin uğradığı zararın aradaki sözleşme gereğince istenebilmesi mümkündür.

Diğer taraftan değerlendirme raporu alındıktan sonra işleme ilişkin koşullarda değişiklik meydana gelmiş olabilir. Örneğin onay safhası tamamlanmış olmasına karşın işlemin yapılacağı süreçteki şartlar değişmiş ve bu işlemin yapılması şirketin zararına yol açabilecek nitelik kazanmış olabilir. Bu hallerde onay alınmış olmasına rağmen işlemin yapılmaması ya da zarara uğranılmasını engellenecek tedbirlerin alınması gerekir. Bu halde kanımızca yönetim kurulunun yeniden değerlendirme raporu alması ve sonuçlarda önemli değişiklik var ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün yeniden işletmesi gerekir. Aksi takdirde bu hallerde şirketin uğradığı zarar nedeniyle YK üyelerinden sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

3. Kontrol Gücüne Sahip Kişilerin Sorumluluğu

Şirket, şirket üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip kişilerle ya da onların yönlendirmesiyle ilişkili taraflarıyla işlem yapabilir. Kontrol gücüne sahip kişiler, bu güçlerini kendi menfaatleri için kullanma eğilimi gösterirler. Kontrol gücüne sahip kişilerin, bu güçlerini ilişkili taraf işlemleri aracılığıyla kötüye kullanarak şirketi zarara uğrattığı hallerde bu kişilerin sorumlu tutulup tutulamayacağı gündeme gelir. Zira şirketi kontrol eden kişi, şirketin organlarının kimlerden oluşacağını tayin ederek bu organları yönlendirerek veya karar alma süreçlerine dâhil olarak, şirketin alacağı kararları, yapacağı işlem ve eylemleri belirleme gücünü haizdir¹⁶⁴¹. Gerçekleşen işlem kontrol sahibinin yönlendirmesiyle olmuş ve şirket onun yönlendirmesi sebebiyle zarara uğramıştır. Şirket üzerindeki bu kontrol, şirketin iktisadi kaderini tayin etme gücü verir, kontrol gücüne sahip kişi adeta şirketin sahibi gibidir¹⁶⁴².

Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğu dışında kontrol gücüne sahip kişilerle ilgili ilgili ayrıca bir düzenleme yer almadığı gibi SerPK'da da kontrol sahiplerinin

¹⁶⁴⁰ TTK m. 369 gerekçesi.

¹⁶⁴¹ Paslı, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, s. 77.

¹⁶⁴² Paslı, *Anonim Ortaklıkta Kontrol*, s. 346; Paslı, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, s. 77,79.

sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, kontrol gücüne sahip kişilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için somut olayın koşullarına göre, “*pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü, örtülü yönetim kurulu üyeliği, fiili organ, haksız fiil veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı/hakların sakınılarak kullanılması*” müesseslerinden yararlanılabileceği savunulmuştur¹⁶⁴³.

Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü kapsamında sorumluluklarına gidilebileceği öğretide bazı yazarlarca¹⁶⁴⁴ savunulmakla birlikte hâkim görüş¹⁶⁴⁵ pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün olmadığını ve buna dayanarak pay sahiplerinin sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁴⁶. Kanımızca da kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında olduklarının kabulü ve bundan bahisle sorumluluğuna gidilebilmesi olanaklı değildir. Zira sadakat yükümlülüğünün yatırımda bulunan şirkete kaynak getiren pay sahipleri için öngörülmesi, anonim şirketlerin temel ilkesi olan sınırlı sorumluluk ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak halka açık anonim şirkette pay sahipleri, sadakat yükümlülüğü altında olmasa da haklarını kullanırken dürüstlük kuralına riayet etmelikle yükümlüdür. Anonim şirkette bilhassa kontrol sahibi, haiz olduğu bu güç nedeniyle TMK m. 2 denetimine tabi olur ve kontrol gücüne sahip pay sahibinin şirket ile ilgili olarak faaliyetlerde bulunurken ve şirketin işleyişi esnasında haklarını kullanırken, şirket tüzel kişiliğinin ve diğer pay sahiplerinin ve diğer ilgililerin menfaatlerini zedeleyecek

¹⁶⁴³ Buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Paşlı, **Anonim Ortaklıkta Kontrol**, s. 348 vd.

¹⁶⁴⁴ Öğretide azınlıkta kalan görüş, anonim şirkette pay sahibinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu oluşan zararlardan sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, sadakat yükümlülüğünün tarafları arasında gerçekleştirilen hukuki ilişki şirket esas sözleşmesine dayanmakta ve bu ilişkiden doğan yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmaktadır, bu sorumluluk bu nedenle sözleşmeden doğan borca aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğa karşılık gelmektedir. (Bkz. N. Füsün Nomer Ertan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, “Yayımlanmamış Doktora Tezi”, İÜ SBE, 1998, s. 209).

¹⁶⁴⁵ Bkz. Teoman, **Oy Hakkında Yoksunluk**, s. 12; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku II**, N. 1091b.; Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma hakkı**, Ankara, BTHAE, 2001, s. 256; Paşlı, **Anonim Ortaklıklarda Kontrol**, s. 348-352.

¹⁶⁴⁶ Pay Sahiplerinin Sadakat yükümlülüğü ile ilgili tartışmalar için bkz. Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 40 vd.

ve kendi menfaatlerini ön planda tutacak davranışlardan kaçınması gerekir¹⁶⁴⁷. Bu sebeple, kontrol gücüne sahip pay sahiplerinin şirkette yapacağı işlemlerle azınlık pay sahiplerinin aleyhine olarak şirketin varlıklarını kendilerine aktarmaları dürüstlük kuralına aykırı sayılır. Aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı teşkil eden bu ilişkili taraf işlemlerinin, SerPK m. 21 hükmü gereğince de sınırını dürüstlük kuralı oluşturur. Zira bu hükümde, örtülü kazanç aktarımının unsurları arasında dürüstlük ilkelerine aykırı olarak işlem yapılması sayılmıştır. Kontrol gücünü haiz kişilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak haksız kazanç elde ettiği bu işlemlerden dolayı SerPK'daki örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükümlerinin zararın karşılanmasını sağlamaya yeterli olmadığı hallerde, kontrol sahibi kişilerin TMK m. 2 gereğince sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴⁸.

Öğretide kontrol gücüne elinde bulunduran pay sahiplerinin sorumluluğu için önerilen bir diğer yol da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, alacaklıların haklarının korunabilmesi için şirket tüzel kişiliğinin bir kenara bırakılarak tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenen pay sahiplerinin sorumluluğuna gidilebilmesini ifade eder¹⁶⁴⁹. Bu teorinin hukuki temeli, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırılık ile hakkın kötüye kullanılmasına dayandırılır¹⁶⁵⁰. Şirketin, şirketi kuran pay sahiplerinden ayrı tüzel kişiliğinin olması ve gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerden şirketin sorumlu olması, pay sahiplerinin sorumluluktan kurtulmak için perde olarak şirket tüzel kişiliğini kullanmalarına yol açabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk ilkesinin bir istisnasını oluştur¹⁶⁵¹. Zira tüzel kişiliğin perdesinin

¹⁶⁴⁷ Paslı, **Anonim Ortaklıkta Kontrol**, s. 356.

¹⁶⁴⁸ Duran, **a.g.e.**, s. 385-386.

¹⁶⁴⁹ Ersin Çamoğlu, "Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması", **BATİDER**, S. 32, C. 2, s. 6; Selçuk Öztekin, Tekin Memiş, "Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması", **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler Sempozyum**, Ed: Erol Ulusoy, MÜHF Sempozyum No: 1, 2008, s. 196; Erol Ulusoy, "Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler Sempozyum**, Ed: Erol Ulusoy, MÜHF Sempozyum No: 1, 2008, s. 352.

¹⁶⁵⁰ Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması**, s. 15; Ulusoy, **Perdenin Aralanması**, s. 370; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-02, 27-09; Ulusoy, **Perdenin Aralanması**, s. 370.

¹⁶⁵¹ Öztekin/Memiş, **a.g.m.**, s. 196.

kaldırılması da dürüstlük kuralına aykırı olarak üçüncü kişilerle yapılan işlemlerle sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişiliğin arkasına sığınıldığı hallerde, tüzel kişilik perdesi aralanarak arkadaki ilgili pay sahiplerinin sorumluluğuna gidilmesine olanak tanımaktadır¹⁶⁵². Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istisnai hallerde uygulanabilmektedir¹⁶⁵³. Hâkim konumdaki pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemleri yoluyla şirketi zarara uğratmaları, azınlık pay sahiplerinin zarara uğramasına yol açmaktadır. Özellikle, pay sahibinin malvarlığı ile şirketin tüzel kişiliğinin malvarlığının birbirine karıştığı, pay sahibinin şirketin malvarlığının kendi malvarlığı gibi kullandığı, şirketin malvarlığını kendi varlıklarına aktardığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelebilir¹⁶⁵⁴.

Diğer taraftan şirketin malvarlığının aktarılmasına yol açan ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı olduğu hallerde zaten örtülü kazanç aktarımına ilişkin SerPK'daki koruyucu düzenlemeler uygulanacağı için tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılması teorisine gidilmesine gerek duyulmayacaktır. Zira SerPK m. 21/4, ilişkili tarafın şirketin malvarlığından veya kazancından aktarılan tutarı iade etmesini gerektirmekte ve böylelikle şirketin malvarlığından çıkan tutarın şirkete iadesini sağlamaktadır¹⁶⁵⁵. Bu nedenle ilişkili taraf işlemi nedeniyle şirketin uğratıldığı zararların tazmini için bu teoriye gidilmesine ihtiyaç duyulması kanaatimizce oldukça sınırlı olacaktır¹⁶⁵⁶.

Öğretide ayrıca kontrol sahiplerinin sorumluluğuna, TTK m. 553'te düzenlenen fiili organ kapsamında gidilebileceği savunulmaktadır¹⁶⁵⁷. Bu hükümde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları” ifadesinde yer alan “yöneticiler” kavramı, resmi olarak atanmamış ancak fiilen YK üyeleri ile aynı görevi

¹⁶⁵² Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması**, s. 11; Öztekin/Memiş, s. 196; Ulusoy, **Perdenin Aralanması**, s. 377.

¹⁶⁵³ Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması**, s. 11.

¹⁶⁵⁴ Ulusoy, **Perdenin Aralanması**, s. 377,381.

¹⁶⁵⁵ Öğretide, örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemelerin aynı zamanda tüzel kişiliğin arkasına gizlenerek elde edilen haksız kazançların önlenmesi olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 382).

¹⁶⁵⁶ Örtülü kazanç aktarımı yasağı yönünden benzer yönde tespiti için bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 381-382.

¹⁶⁵⁷ Veliye Yanlı, “Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında “Yönetici” Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliği Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 51-52. Aynı yönde bkz. Kırca (Manavgat/Şehirli Çelik), **C. 1**, s. 389; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 366,367-368; Duran, **a.g.e.**, s. 380.

yerine getiren kişilerin de sorumlu olacağına işaret etmektedir¹⁶⁵⁸. Ancak bu düzenleme, mehzaz Kanun İBK’den farklı şekilde kaleme alınmıştır. TTK m. 553’ün madde gerekçesinde bu düzenlemenin kaynağından bilinçli olarak farklı şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. İBK m. 754, “*yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler ... sorumludur*”¹⁶⁵⁹ şeklinde düzenlenmiş olup bu ifade, sorumluluğunun sadece YK üyelerini değil, aynı zamanda yönetime “dâhil olan” tüm kişileri kapsadığını göstermektedir. Bu madde ile yalnızca şekli anlamda organların değil, aynı zamanda atanmış olsun ya da olmasın organ işlevlerini fiilen yerine getiren diğer kişilerin de sorumluluğa tabi olduğunun açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır¹⁶⁶⁰. Türk Ticaret Kanunu’nda ise “*yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler*” şeklindeki ibare yerine “yöneticiler” ibaresine yer verilmiştir¹⁶⁶¹. Öğretide ise yönetici kavramının yorumlanması konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, TTK m. 553’teki yönetici kavramının kapsamına fiili organ gibi isimlerle adlandırılan, şirketi kontrol edebilen “gölge adam” konumundaki kişilerin girmeyeceğini ileri sürmektedir¹⁶⁶². Bu görüşe göre, Kanun çerçevesinde ifade edilen yönetici kavramı, şirketin hem yönetimine hem de temsiline fiili olarak dâhil olan, özellikle şirketin organizasyon yapısında yer alan, iç yönerge veya imza sirkülerinde görünen YK üyeleri dışındaki yöneticileri ifade eder ve bu nedenle TTK m. 553’teki kavramın geniş yorumlanması dahi fiili organın yönetici sayılmasına engel oluşturur¹⁶⁶³. Öğretide baskın görüş ise, TTK m. 553’ün kaynağını oluşturan İBK

¹⁶⁵⁸ Kırca (Manavgat/Şehirli Çelik), C. 1, s. 389; Yanlı, **Yönetici Kavramı**, s. 51-52.

¹⁶⁵⁹ OR 754 1: “*Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen*”.

¹⁶⁶⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.**, § 37 - § 38, Rz. 2.

¹⁶⁶¹ Bunun nedeni madde gerekçesinde şu şekilde zikredilmiştir: “*Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından*” endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür”.

¹⁶⁶² Ali Paşlı, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler”, **Yeni Türk Ticaret Kanununun İş Dünyasına Etkileri**, (Eds.: Ayşegül Altınbaş, Yurdal Özatlan), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 130.

¹⁶⁶³ Paşlı, **Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler**, s. 130-131.

düzenlemesinin bir fiili organ sorumluluğunu içermesini dayanak göstermekte ve fiili organ sayılacak bu kişilerin TTK m. 553 uyarınca yönetici kapsamında sayılacağını belirtmektedir¹⁶⁶⁴. Bu görüş ise fiili organ olarak kabul edilecek kişilerin kapsamı konusunda ayrılmaktadır. Öğretide bir görüş İsviçre'den bilinçli olarak farklı düzenlenen bu madde ve gerekçesinden hareketle, yönetici kavramının İsviçre'ye nazaran daha dar kapsamda ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁶⁵. Diğer görüş ise, gerekçede yer alan İsviçre'yi aşan bir yorumdan kaçınılmasının belirtildiği, bu ifadeden İsviçre anlayışının reddedilmediği, şirket yönetimi ile ilgili olarak organ işlevi gören bu kişilerin de TTK m. 553 uyarınca sorumlu kılınmaları gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁶⁶. Kanaatimizce de TTK m. 553'te yer alan yönetici kavramı fiili organ teşkil eden kişileri kapsamına alacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, resmi olarak YK üyesi, yönetici gibi bir konuma sahip olmasa da şirketle ilgili temel kararları alabilen veya bunların alınmasına etkili olan kontrol gücünü haiz kişiler şekli organ sayılarak TTK m. 553 hükmü kapsamında sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, ilişkili taraflara menfaat sağlanmasına ve şirketin zarara uğramasına yol açan işlemlerin gerçekleşmesinde müdahalesi olan kontrol sahiplerinin fiili organ sayılarak bu eylemlerinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmelidir¹⁶⁶⁷.

4. Diğer İlişkili Tarafların Sorumluluğu

İlişkili taraf işlemleri ile şirketin zarara uğratıldığı hallerde, YK üyelerinin, yöneticilerin ve kontrol sahiplerinin sorumluluğu yukarıda ifade edilmiştir. Bu işlemler nedeniyle şirketin uğradığı zararlardan YK üyeleri ve kontrol gücüne sahip kişiler dışındaki ilişkili tarafların sorumlu tutulup tutulmayacağı hususunun da irdelenmesi gereklidir.

Yukarıda etraflıca ele alındığı üzere örtülü kazanç aktarılan ilişkili taraf, SerPK m. 21/4 hükmü gereğince aktarılan tutarı faiziyle birlikte şirkete iade etmekle yükümlüdür. Aktarılan tutarın iadesi ile şirketin zararının giderilemediği hallerde ise

¹⁶⁶⁴ Yanlı, **Yönetici Kavramı**, s. 51-52; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Nr. 16-58.

¹⁶⁶⁵ Aksoyak, **a.g.e.**, s. 45; Özkorkut, **a.g.e.**, s. 204-205.

¹⁶⁶⁶ Yanlı, **Yönetici Kavramı**, s. 51-52. Aynı yönde bkz. Kırca (Manavgat/Şehirali Çelik), **C. 1**, s. 389; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 367-368; Duran, **a.g.e.**, s. 380.

¹⁶⁶⁷ Aynı yönde bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 379.

Kanun'da ilişkili tarafların sorumluluğuna gidilebilecek başkaca bir mekanizma öngörülmemiştir. Bu hallerde yukarıda izah ettiğimiz üzere yalnızca TTK m. 553 vd. hükümleri gereğince YK üyelerinin ve fiili organ kapsamında kontrol gücüne sahip kişilerin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaktadır. Bu itibarla örneğin şirket üzerinde önemli etkiye sahip ilişkili taraftan örtülü kazanç aktarımı teşkil eden işlem ile aktarılan tutar istenebilecek iken bu yolla şirketin uğratıldığı ve aktarılan tutarın iadesiyle karşılanamayan zararın istenebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu zarar için TTK m. 553 hükmü gereğince bu işlemin gerçekleştirilmesinde etkisi olan kusurlu yöneticiler ve kontrol sahiplerinin sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁶⁶⁸.

Diğer ilişkili tarafların sorumluluğuna gidilebilecek bir imkân olarak tüzel kişiliğin perdesinin çapraz kaldırılması müessesesi de belirtilebilir. Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması, aynı şirketler topluluğunda yer alan kardeş şirketlerin perdesinin kaldırılması anlamına gelmektedir¹⁶⁶⁹. Bu yolla hâkim şirket ile bağlı şirketlerin arasındaki ilişkinin alacaklılardan mal kaçırmak veya sorumlu tutulmamak amacıyla kötüye kullanılması durumunda, tüzel kişilik perdesinin aralanarak topluluk bünyesindeki hâkim şirket ve diğer bağlı şirketlerin sorumluluğuna gidilebilmesine olanak tanınmaktadır¹⁶⁷⁰. Ancak perdenin çapraz aralanması için iki farklı şirketin tek bir iktisadi işletme gibi faaliyette bulunuyor olması ve ekonomik olarak bağımsız olmaması gerekmektedir¹⁶⁷¹. Aynı şirketler topluluğuna ait her hâkim şirket, bağlı şirket ve diğer bağlı şirketler diğerleriyle ilişkili taraf sayılmaktadır. Böylece, ilişkili

¹⁶⁶⁸ Aynı yönde bkz. Duran, **a.g.e.**, s. 387-388.

¹⁶⁶⁹ Öztekin/Memiş, **a.g.m.**, s. 208.

¹⁶⁷⁰ Öztekin/Memiş, **a.g.m.**, s. 208; Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması**, s. 11-12. Yargıtay da tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanmasını kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. HGK, 09.06.2020 T., 2020/94 E., 2020/358 K.: "...Somut olay bakımından birbirini doğrulayan bilirkişi raporları ve yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması koşullarının oluştuğu, artık hukuki bakımdan mevcut olan duruma göre değil de fiili duruma göre karar vermek gerektiği, davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, TMK'nın 2. maddesinde öngörüldüğü gibi yasaca korunamayacağı, davalı ... LTD. ŞTİ. nin, davacıya olan borcundan dolayı diğer davalı ... A.Ş. nin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. 32. O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 33. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.", (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 10.11.2022. Yargıtay'ın diğer emsal kararları için bkz. Yarg. 9. HD, 15.11.2016 T., 2016/29064 E., 2016/20166 K.; Yarg. 23. HD, 11.10.2012 T., 2012/4160 E., 2012/5938 K..

¹⁶⁷¹ Öztekin/Memiş, **a.g.m.**, s. 209.

tarafarla yapılan işlemlerde bağlı şirketin alacaklılarına karşı, perdenin çapraz kaldırılması müessesesi ile şirketin aynı zamanda ilişkili tarafı sayılan topluluk içindeki hâkim şirket veya diğer bağlı şirketler de sorumlu tutulabilecektir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte ilişkili taraf işlemi kapsamında sayılabilecek düzenlemelere değinilmişti. Bu başlık altında, bu düzenlemelere ilişkin TTK'da bağlanan özel sonuçlara yer verilecektir.

B. İŞLEM YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapabilmesi için genel kurul kararı gerekir. İşlem yasağına aykırı davranılması ise genel kurulun izni olmaksızın işlemin yapılması ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle aşağıda genel kurul kararı olmaksızın işlem yapılmasının sonuçlarına yer verilmiştir.

1. Genel Kurul Kararı Alınmaksızın Yapılan İşlemin Yaptırımı: Tek Taraflı Bağlamazlık

TTK m. 395/1 hükmü YK üyesinin şirketle kendisi veya başkasına adına işlem yapmasını yasaklamaktadır. Bu hükümle, YK üyelerinin haiz olduğu temsil yetkisini kendisi veya çifte temsil yoluyla yapılacak işlemlerde kullanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla işlemin bir tarafını şirket, diğer tarafını YK üyesinin oluşturduğu hallerde şirketin YK üyelerinden herhangi biri tarafından temsil edilebilmesi için genel kurulun o üyenin şirketle işlem yapmasına izin vermiş olması gerekir. Buna rağmen işlem yapılırsa, yönetim kurulunun temsil yetkisi olmadığı için yetkisiz temsilci gibi hareket etmiş olunur¹⁶⁷². Aynı durum çifte temsilin olduğu hallerde de geçerlidir. Çifte

¹⁶⁷² Ulusoy, *İşlem Yasağı*, s. 197.

temsilin varlığı için şirketi de aynı üyenin temsil etmesi gerekmektedir. Bu açıdan YK üyesinin, başkası adına şirketle işlem yaptığı hallerde de genel kurul izin olmaksızın bu üyenin şirketi temsilen işlemi gerçekleştirmesi, yetkisiz temsil kapsamında değerlendirilir. Ancak çifte temsil yoluyla aynı üye şirketi temsilen işlem yapıyorsa, işleme taraf olan her iki şirketin genel kurulundan izin alınmış olması gerekir. Aksi halde izin alınmamış olan şirket, işlemin batıl olduğunu ileri sürme yetkisini haiz olur¹⁶⁷³.

Burada işlemin hüküm doğurması için zorunlu olgulardan birini genel kurulun izni oluşturmaktadır. Genel kurul izninin olmaması halinde işlem hüküm doğurmamaktadır. Ancak burada kesin hükümsüzlük değil; askıda hükümsüzlük söz konusu olur¹⁶⁷⁴. Eksik kalan genel kurulun izin aşaması tamamlandığında, işlem baştan itibaren geçerli olarak hükümlerini doğuracaktır. TTK m. 395/1’de, işlemin batıl olduğunu yalnızca şirketin ileri sürebileceği, diğer tarafın ise bunu ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla hükümde işlemin yaptırımını batıl olarak ifade edilmişse de, işlemin bir taraf için geçerli diğer taraf için geçersiz olduğu için mutlak butlandan söz edilemez¹⁶⁷⁵. Burada tek taraflı bağlamazlık söz konusudur. Öğretide bu kavram “askıda hükümsüzlük, noksanlık” şeklinde ele alınmaktadır¹⁶⁷⁶. İşlemin yaptırımının tek taraflı bağlamazlık olması yetkisiz temsil şeklinde yapılmasının da bir sonucudur¹⁶⁷⁷.

Tek taraflı bağlamazlık, hukuki işlemin bir taraf için bağlayıcı iken diğer taraf için de bağlayıcı olması için belirli kişi tarafından onaylanmasını gerektirir¹⁶⁷⁸. Burada

¹⁶⁷³ A.e., s. 202.

¹⁶⁷⁴ İmregün, a.g.e., s. 232; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 90; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 668. Öğretide hükümde ifade edilen geçersizliği, iptal edilebilir şeklinde anlamak gerektiği, zira genel kurulun işlemi vereceği onayla baştan itibaren bağlayıcı kılabilceği belirtilmektedir (Bkz. Pulaşlı, **C. II**, s. 1547).

¹⁶⁷⁵ Bu nedenle öğretide hükmün lafzında yaptırımın batıl olarak ifade edilmesi eleştirilmiştir (Bkz. Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 90; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 668). Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında burada yaptırımın mutlak butlan olmayıp tek taraflı bağlamazlık olduğuna işaret etmiştir. (Bkz. Yarg. 11. HD., 14.04.2021 T., 2019/4245 E., 2021/3658 K., <https://lib.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.09.2021).

¹⁶⁷⁶ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, İstanbul, 7. bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 389; Sinan Sami Akkurt, “Hukukî İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Haziran 2014, s. 127.

¹⁶⁷⁷ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 198.

¹⁶⁷⁸ Akkurt, a.g.m., s. 124.

işlemin hükümlerini doğurabilmesi için eksik kalan unsurun sonradan gerçekleştirilmesi gerekir¹⁶⁷⁹. Eksik kalan unsur tamamlanmaz ise işlem kesin olarak hükümsüz olur¹⁶⁸⁰. Ancak burada askıda geçersizlik her iki taraf için değil sadece şirket yönünden söz konusu olur. İzinsiz yapılan işlemle şirketle bağlı olmaz, ancak şirket bağlı olmak isterse bu işleme izin vermiş olması gerekir. Burada işlemin geçersiz olduğunu ileri sürme yetkisinin sadece şirkete tanınması, şirketin çıkarlarının korunması amacıyla getirilmiştir¹⁶⁸¹.

Şirket genel kurulun onayı olmaksızın yapılan işlemin geçersizliğini ileri sürebilirken yasağa tabi olan YK üyesi bu hakka sahip değildir. Şirketin işlemi onaylayıp onaylamayacağına ilişkin karar vermesi için bir süre de öngörülmemiştir. Bu durum ise işlemin akıbeti konusunda diğer taraf bakımından belirsizlik yarattığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir¹⁶⁸². Öğretide, işlem yasağına aykırı olarak bir sözleşme akdedilmiş ve şirketin yöneticileri işlemin geçersizliğini ileri sürmeyip sözleşmenin edimlerini ifa etmiş ve bunun üzerinden de makul bir süre geçmişse şirketin işleme icazet vermiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁸³. Nitekim bu hallerde sözleşmenin geçersizliğinin şirket tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır. Yazar, burada TBK'daki hile, hata ve tehdit ile yapılan sözleşmelere ilişkin irade bozukluğunun giderilmesine ilişkin hükümden faydalanabileceğini, buna göre bir yıl ve daha fazla süre geçmiş ise sözleşmenin geçersizliğinin şirket tarafından ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır¹⁶⁸⁴. Ancak esasen burada TBK'nın irade bozukluğuna ilişkin hükümlerine çoğu zaman gidilmesine gerek bulunmamaktadır. Genel kurulun YK üyesinin işlemi yaptığı yıla ilişkin ibra kararı vermesi örtülü olarak işlemi icazet verdiği şeklinde kabul edilmektedir. Öğretide diğer görüş ise şirketin işlemin geçersizliğini ileri sürebilirken işlemin karşı tarafı belirli olmayan bir süre işlemle tek

¹⁶⁷⁹ Ayrıca bkz. Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri**, C. I, Ed: Gökhan Antalya, İstanbul, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 297.

¹⁶⁸⁰ Akkurt, **a.g.m.**, s. 128.

¹⁶⁸¹ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 201.

¹⁶⁸² Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 202. Benzer yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 623-624.

¹⁶⁸³ Domaniç, **a.g.e.**, s. 623.

¹⁶⁸⁴ Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 623.

tarafı olarak bağı tutulmasının menfaatler dengesine aykırılık teşkil edeceğini belirlemekte ve bunun giderilebilmesi için işlemin akıbetine ilişkin belirsizliğin kaldırılabilmesi için YK üyesine TBK m. 46/2 hükmündeki gibi şirkete süre verme yetkisinin tanınması gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁸⁵. İzinsiz yapılan işleme icazet verme yetkisi, genel kurulda olduğu için şirkete verilen sürenin ilk genel kurul toplantısının yapılabileceği ve kararının tebliğ edilebileceği süreyi de kapsayacak nitelikte olması gerekir¹⁶⁸⁶. Şirkete tanınan süre genel kurul toplantısından önce sona eriyorsa, bu süreç içerisinde şirket bir beyanda bulunamayacağı için işlemin onaylanmamış olduğunun kabulü gerekir¹⁶⁸⁷. İşlemin, şirketin çıkarları gereği hemen onay verilmesini gerektirdiği hallerde, olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmalıdır. İşlemin olağanüstü toplantı yapılmasına ihtiyaç duyulacak kadar önemli olup olmadığına, şirketin menfaati, toplantının giderleri, harcanacak zaman ve emek de nazara alınarak YK karar vermelidir. Ancak şirketin çıkarı gereği olağanüstü genel kurul toplantısı yapılması elzem olan durumlarda genel kurulu toplantıya çağırmayan YK üyelerinin şirketin uğrayacağı zarardan sorumluluğu da gündeme gelebilir¹⁶⁸⁸.

1. İzinsiz Yapılan İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

İşlemin geçersizliğini şirketin ileri sürebileceği belirtilmiş, ancak bunu şirketin hangi organının yapacağı belirtilmemiştir. Anonim şirket adına irade açıklamasında bulunma organı yönetim kuruldur. Dolayısıyla burada da işlemin geçersizliğini ilgili üyeye bildirecek olan organ YK olacaktır. Ancak burada, işlem yapılmasına izin verme yetkisi genel kurula bırakılmıştır. Genel kurul, şirketle işlem yapılmasına izin verme yetkisine sahip olduğu gibi izinsiz olarak yapılan işlemin akıbetine de karar verme yetkisine sahiptir¹⁶⁸⁹. Yönetim kurulunun işlemi genel kurulun önüne getirmeksizin doğrudan geçersiz olduğunu ileri sürme yetkisi yoktur¹⁶⁹⁰. Zira işlemin geçersizliği YK kararı ile belirlenirse genel kurulun buna ilişkin yetkisi gasp edilmiş olur. Kaldı

¹⁶⁸⁵ İmregün, **a.g.e.**, s. 233; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 91; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 202.

¹⁶⁸⁶ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 91; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 203.

¹⁶⁸⁷ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 203.

¹⁶⁸⁸ İlgili açıklamalar ve tespitler için bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 203-204.

¹⁶⁸⁹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 155; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 91; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 204; Üçışık/Çelik, **a.g.e.**, s. 500.

¹⁶⁹⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 155; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 203. Aksi yönde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 623.

ki, yönetim kurulunun geçersizliğine karar verdiği işlemi, genel kurulun onaylaması da mümkündür. Aksi durum yönetim kurulunun istediği işlemi onaya sunması, istemediği işlemin geçersiz olduğuna karar vermesi gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu bağlamda yönetim kurulunun işlemin geçerli olup olmadığına ilişkin şirket adına irade açıklamasında bulunmadan önce işlemin onaylanması için genel kurulu toplantıya çağırması ve bu toplantıda alınan genel kurulun işleme ilişkin kararını ilgili üyeye bildirmesi gerekir¹⁶⁹¹. İlgili üye genel kurula katılmışsa ayrıca ona bildirilmesine de gerek yoktur¹⁶⁹². Burada YK kendi iradesini değil, genel kurulun işlemi onaylayıp onaylamadığına yönelik iradesini diğer tarafa bildirmektedir.

Genel kurul izinsiz yapılan işlemi ya onar ya da onamayı reddeder.

a. İzinsiz Yapılan İşlemi Genel Kurulun Onaması

Genel kurulun işlemi onaylaması tek taraflı bir irade açıklaması niteliğindedir. Onama kararı, üyeye ya da adına işlem yapılan tarafa bildirilmesi ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Onama işlemin tamına yönelik olmalıdır, yalnızca bir kısmına verilmesi işlemin onaylanması değil yeni bir işlem yapılmasına ilişkin öneri teşkil eder, genel kurul, onadığı kısım kapsamında üyenin işlem yapmasına izin vermiş olur. Genel kurulun izinsiz yapılan işlemi onaması halinde tek taraflı bağlamazlıkla askıda hüküm alan işlem, şirket bakımından da geçerli hale gelmiş olur. Diğer bir deyişle onama kararı ile birlikte askıda hükümsüzlük sona erer ve işlem geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar¹⁶⁹³.

Genel kurulca izin verildiği için artık işlem yasağına aykırılık söz konusu olmaz. Genel kurul izinsiz yapılan işlemi onaylarsa, YK üyelerini bu işlem özelinde ibra edilmiş sayılmalıdır. Bu, işleme ilişkin YK üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği sonucunu doğurur¹⁶⁹⁴. Ancak kanaatimizce burada ibraya ilişkin TTK m. 358 hükmü kıyasen uygulanarak olumsuz oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açabileceği olumlu oy veren pay sahiplerinin ise YK üyeleri aleyhine sorumluluk davası açamayacağı kabul edilmelidir.

¹⁶⁹¹ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 91; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 204.

¹⁶⁹² Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 204.

¹⁶⁹³ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 112.

¹⁶⁹⁴ **A.e.**

Genel kurulun işlemi zımni olarak da onaylaması mümkündür¹⁶⁹⁵. Genel kurulun başka bir kararda izinsiz yapılan işlemi de dolaylı olarak onaylamışsa burada zımni onamadan söz edilebilir. Örneğin işleme bilançoda yer verilmesi ve YK üyelerinin ibra edilmesine ilişkin karar somut olaya göre işlemin de onaylanması anlamına gelebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, şirket genel kurulunun, işleminden sonraki yıllarda işlem aleyhine karar almamış olması, YK üyelerinin ibra edilmiş olması, yasağa tabi işlemin bilançoda yer alması gibi hususların genel kurulun işlemi zımni olarak onaylamış olduğu anlamına geleceğini kabul etmiştir¹⁶⁹⁶.

b. Genel Kurulun İzin Alınmaksızın Yapılan İşlemi Onamayı Reddetmesi

Genel kurul, izin alınmaksızın yapılan işlemi onayıp onamama hususunda serbestiye sahiptir. Genel kurul işlemi onaylamazsa, askıda hükümsüzlük kesin hükümsüz haline gelir. İşlem hiç doğmamış gibi sonuç doğurur. Tek taraflı bağlamazlık nedeniyle karşı taraf için işlem geçerli olsa da, karşı tarafın işleminden doğan hak ve borçları şirketten talep etme hakkı yoktur¹⁶⁹⁷. Genel kurulun işlemi onaylamaması onu herhangi bir tazminat sorumluluğu altına sokmaz. Zira YK üyesi, burada yetkisiz temsilci konumundadır ve yetkisiz olarak yapmış olduğu işleminden bahisle zararının tazmininin şirkete yöneltilmesi mümkün değildir.

Yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan onay almaksızın yapmış olduğu işlemi genel kurul onaylamaz ise işlem kesin hükümsüz olacağı için esas itibarıyla şirketin müspet bir zararı da olmaz. Ancak şirket, işlemin geçerliliğine güvenilerek yapılan giderler varsa menfi zarara uğrayabilir¹⁶⁹⁸. Yönetim kurulu üyesi bu zarardan sorumlu tutulur. Ayrıca yine yapılan bu işlem sebebiyle şirket daha elverişli başka bir işlemin yapılması fırsatını da yitirmiş olabilir, bu ise şirketin elde edebileceği olası bir gelirden

¹⁶⁹⁵ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 668; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 211. Yargıtay da onaylamanın zımni olarak yapılabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın ilgili kararlarına emsal olarak bkz. Yarg. 11. HD, 11.5.2010 T., 2010/2021 E., 2010/5217 K. (**BATİDER**, C. XXVI, S. 3, 2010, s. 263-264, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2021).

¹⁶⁹⁶ Bkz. Yarg. 11. HD, 11.5.2010 T., 2010/2021 E., 2010/5217 K.

¹⁶⁹⁷ Karşı taraf işlemin geçerli olduğunu düşünerek birtakım edimlerde bulunmuşsa bu durumda yapmış olduğu edimleri geri isteme hakkını haizdir. İşlemin geçerli olduğu düşüncesiyle yaptığı kazandırmalar için sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanabilir (Bkz. Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 217).

¹⁶⁹⁸ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 218.

mahrum kalmasına yol açar. Mahrum kalınan bu gelirin de menfi zarar kapsamında YK üyesinden talep edilebilmesi mümkündür¹⁶⁹⁹. Bu zararlardan işlemin tarafı olan üyenin sorumlu tutulabileceği açıktır. Ancak şirketle işlem yasağı yönetim kurulunun temsil yetkisinin de bir sınırını oluşturur. Bu nedenle bu sınırı aşarak YK üyesinin taraf olduğu bir işlemi şirketi temsilen yapan üye de kanuna aykırı davranmış olur. Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü gereği, şirketin bu işlemi yapamayacağını bildirerek genel kurulun izni olmaksızın bu işlemi şirket adına yapmamaları gerekir. Bu nedenle temsil yetkisini aşarak şirketi zarara uğramasına yol açan, şirket adına imza atan ve bu işlemin yapılmasına engel olmayan üyelerin de sorumluluğuna gidilmesi mümkündür¹⁷⁰⁰.

C. BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

1. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağının İhlal Edilmesi

Pay sahiplerinin, vadesi gelmiş sermaye borcunu ödemedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça borçlanmaları yasaklanmıştır. Hükme aykırılığın söz konusu olabilmesi için şirketin herhangi bir zarara ya da kayba uğraması aranmaz, TTK m. 358’de sayılan şartlara aykırı olarak pay sahiplerinin şirkete borçlanması, yasağın ihlali anlamına gelmektedir¹⁷⁰¹. Borçlanma yasağına aykırı davranışın hukuki sonucu ayrıca düzenlenmemiş, cezai sonucu ise TTK m. 562’de düzenlenmiştir.

Borçlanma yasağına aykırı davranışın hukuki sonucu düzenlenmemiş olsa da bunun yaptırımı TTK m. 1530/1 hükmü uyarınca butlandır¹⁷⁰². Zira bu hükümde aksine bir düzenleme olmadığı takdirde ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartların batıl olduğu düzenlenmiştir. TTK m. 1 uyarınca ticari hüküm olan TTK m. 358 hükmüne aykırı olarak pay sahiplerine borç verilmesi halinde de borcun doğumuna sebebiyet veren hukuki işlem batıl sayılacaktır. Bu halde pay sahibinin

¹⁶⁹⁹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 69; Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 221-222; Pulaşlı, **C. II**, s. 1549-1550.

¹⁷⁰⁰ Ulusoy, **İşlem Yasağı**, s. 218-219.

¹⁷⁰¹ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 257.

¹⁷⁰² Paslı, **TTK Genel Hükümler**, s. 161; Kendigelen, **Şirkete Borçlanma Yasağı (Pay Sahibinin)**, s. 46; Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 269; Hızır, **a.g.m.**, s. 284; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), **C. 1**, s. 680.

kanuna aykırı olarak almış olduğu meblağı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade etme yükümlülüğü doğar¹⁷⁰³. Şirket zarara uğramış ise TTK m. 358 hükmüne aykırı olarak pay sahibine borç verilmesine engel olmayan yöneticilerin de sorumluluğu gündeme gelir.

TTK m. 358'e uygun olarak pay sahibine borç verilebilmesi mümkün olmakla birlikte bu pay sahibinin şirkete sınırsız borçlanacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Pay sahibine verilen borcun, emsallere uygunluk ilkesine uygun olması, aynı şartlarda üçüncü kişiyle yapılacak işlemle eşit şartlar içermesi gerekir. Aksi halde borç veren yöneticiler, şirketin uğramış olduğu zararı TTK m. 553 vd. hükümleri gereğince tazmin etmekle yükümlü olur¹⁷⁰⁴. Dolayısıyla TTK m. 358 hükmüne uygun pay sahibine borç verilmesi şirketin yöneticilerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim 6335 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde de, şirketin varlıklarının yüksek miktarlarda, uzun süreli ve karşılıksız olarak pay sahiplerine kullandırılması durumunda, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceğine işaret edilmiştir.

TTK m. 562/5.b hükmünde, Kanun'a aykırı olarak pay sahiplerine borç verenlerin üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylelikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak suçun faili pay sahipleri değil, pay sahiplerine kanuna aykırı olarak borç veren kişilerdir¹⁷⁰⁵. Hüküm faili, YK üyeleri ile sınırlı tutmadığı için YK üyelerinin yanı sıra imzaya yetkili diğer yetkililerin de bu kapsamda sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰³ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 277; Hızır, **a.g.m.**, s. 284.

¹⁷⁰⁴ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), **C. 1**, s. 680.

¹⁷⁰⁵ 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce TTK m. 562/5.b'de, m. 358/2'ye aykırı olarak şirkete borçlananlar adli para cezasına tabi kılınmıştı. Böylece hükmün ilk halinde suçun faili de pay sahipleri idi. Ancak 6335 sayılı Kanun ile 562. maddenin bu fıkrası değiştirilerek borç verenler cezai müeyyideye tabi tutulmuştur.

¹⁷⁰⁶ Korkut, **a.g.m.**, s. 53; Hızır, **a.g.m.**, s. 283; Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 298.

2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağının İhlali Edilmesi

Pay sahibi olmayan YK üyelerinin ve onların TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete borçlanması mutlak olarak yasaklanmış ve yasağın ihlali halinde hukuki ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

a. Hukuki Sonucu

Borçlanma yasağının ihlal edilmesinin hukuki sonucu TTK m. 395/2'de düzenlenmiştir. Ancak bu hukuki sonuç sadece alacaklılar yönünden düzenlenmiştir. TTK m. 395/2 hükmünün son cümlesinde, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile onun yakınlarının şirkete borçlanmaları halinde şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarına bu kişileri doğrudan takip etme yetkisi tanınmıştır. Böylelikle şirket alacaklılarına, şirketin borçları için önce şirkete başvurusu şartı aranmaksızın alacağını tahsil edebilmek için yasağa aykırı olarak şirkete borçlanan YK üyesi veya onun yakını olan kişilere başvurma olanağı verilmiştir¹⁷⁰⁷. Yasağa aykırı davranan üye ve yakınları, alacaklılara karşı ancak şirkete borçlandıkları tutar kadar sorumlu olurlar. Şirket alacaklısının alacağı daha fazla ise kalan tutarı sadece şirket karşılamakla yükümlü olur¹⁷⁰⁸.

Bu yaptırım alacaklılara, şirkete başvurmadan bu kişilere başvurarak alacaklarını tahsil etme olanağı verdiği için öncelikli olarak şirket alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir. Öğretide YK üyelerinin şirkete borçlanmaları halinde zarara uğrayacak tek ilgilinin alacaklılar olmadığı belirtilerek bu hakkın sadece alacaklılara tanınmış olması eleştirilmiş, pay sahiplerinin ve genel olarak şirket tüzel kişiliğinin de nazara alınarak bir düzenleme yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁷ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 674; Çeker; a.g.m., s. 666.

¹⁷⁰⁸ Çeker; a.g.m., s. 666; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 675. Öğretide şirket alacaklısına karşı TTK m. 395/2 hükmüne aykırı olarak borçlanılan veya sorumluluğu üstlenilen tutar oranında hem bu hüküm uyarınca yasağa aykırı davranan kişilerin hem de şirketin bir nevi müteselsilen sorumlu olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 675). Ancak yasağı ihlal edenler alacaklıya ödemiş olduğu tutar nispetinde şirkete olan borcundan kurtulur ve alacaklıya ödemiş olduğu tutarı daha sonra şirkete rücu edemez (Bkz. Çeker; a.g.m., s. 666).

¹⁷⁰⁹ Paslı, TTK Genel Hükümler, s. 162, dn. 45. Diğer taraftan öğretide sadece alacaklılar yönünden yaptırım öngörülmesi eleştirilmekle birlikte bu yaptırım ile şirket alacaklıları tarafından doğrudan takip edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalan YK üyelerinin şirkete borçlanmaktan imtina edebileceği, bunun

TTK m. 358’de borçlanma yasağına aykırılığın hukuki sonucu düzenlenmediği için TTK m. 1530/1 hükmü uyarınca kanuna aykırı olarak borçlanılan işlemin batıl olduğu kabul edilmekteydi. Buna karşın TTK m. 395/2’de yasağın ihlalinin sonuçları düzenlendiği için yasağa aykırı şekilde gerçekleştirilen borçlanmanın geçerli olup olmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur¹⁷¹⁰.

Öğretide ilk görüş, hükümde düzenlendiği üzere yasağın ihlalinin hukuki sonucunu alacakların bu kişileri takip edebilmesi olduğunu borçlanma yasağının ihlalinin geçersizlik olmadığını ileri sürmektedir¹⁷¹¹. Öğretide aynı yöndeki diğer bir görüş, TTK m. 395/2 hükmünde borçlanma yasağına aykırılığın hukuki sonucunun düzenlenmiş olduğunu, bu düzenlemenin de TTK m. 1530/1 uyarınca işlemin batıl sayılmasına engel teşkil edeceğini savunmaktadır¹⁷¹². Bu görüşe göre, yasağa aykırı şekilde yapılan borçlanmanın geçersizliğinin TTK m. 1530 uyarınca işlemin batıl sayılması için aksine bir hükmün olmaması gerekmektedir, TTK m. 395/2 son cümle ise aksine hüküm niteliğindedir, bu nedenle yasağa aykırı işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesi olanaklı değildir¹⁷¹³.

Öğretideki diğer görüş ise TTK m. 395/2’e aykırılık halinde, TTK m. 1530/1 ile TBK m. 27 hükümleri uyarınca geçersizliğinin ileri sürülebileceğini ileri sürmektedir¹⁷¹⁴. Bu görüşe göre, şirket alacaklılarına tanınan doğrudan takip etme yetkisinin sadece yasağa aykırı olarak ödünç verilmesi ve verilen teminatların paraya çevrilmesi ihtimalinde kullanılması mümkün olacağı için risk gerçekleşmediği hallerde, henüz paraya çevrilmeyen teminatlar hakkında hukuki sonuç öngörmeyen düzenlemenin TTK m. 1530/1 hükmü bağlamında aksine düzenleme olarak

da dolaylı olarak hem şirket hem de pay sahipleri menfaatine olduğu da belirtilmektedir (Bkz. Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 370).

¹⁷¹⁰ Bu konudaki savunulabilecek olası görüşleri gerekçeleriyle ele alan değerlendirmeleri için bkz. Abuzer Kendigelen, “Şirkete Borçlanma Yasağı (Yönetim Kurulu Üyelerinin)”, **Hukuki Mütalaalar**, C. XII: 2012-2013/1, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 49-54; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 285-286.

¹⁷¹¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-122; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 677. Öğretide bir diğer görüş ise TTK m. 395/2 hükmüne aykırılığın yaptırımın geçersizlik olmadığını belirtmekle birlikte TTK m. 358 hükmü ile aynı hukuki sonucun kabul edilmemiş olmasını çelişki olarak değerlendirmiştir (Bkz. Tamer, **a.g.m.**, s. 96-97,112-113).

¹⁷¹² Pashı, **TTK Genel Hükümler**, s. 161, dn. 44.

¹⁷¹³ **A.e.**

¹⁷¹⁴ Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 377.

nitelendirilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle bu hüküm, geçersiz işlem nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade talebinin iflas koşulu aranmaksızın alacaklılara tanındığı şeklinde yorumlanmalıdır¹⁷¹⁵.

Öğretide diğer görüş ise m. TTK m. 395/2'deki ifadeden bahisle hükme aykırı işlemin geçersiz olmadığı ileri sürülebilirse de özellikle şirketin bu kişiler lehine kefalet, garanti ve teminat verdiği ve sorumluluk yüklendiği hallerde bu görüşün kabul edilmesinin güç olduğu belirtilmiştir¹⁷¹⁶. Zira bu hallerde hâlihazırda şirketin malvarlığından bu kişiler lehine çıkan bir değer bulunmamaktadır¹⁷¹⁷.

Kanımızca, TTK m. 395/2 son cümlede hükme aykırı olarak borçlanması halinde alacaklılara sorumluluk hükümlerinden ari olarak kendi alacaklarını bu kişilerden doğrudan talep edebilme olanağı sağlanmıştır. Hüküm lafzi olarak *“bu yasağa aykırı davranılırsa yaptırım şudur”* şeklinde tezahür etmektedir. Burada öngörülen alacaklıların doğrudan yasağa aykırı borçlanan YK üyeleri ile onların yakınlarını takip etmesi şeklindeki hukuki yaptırım işlemin TTK m. 1530 uyarınca geçersiz sayılmasına engel olur. Bu yönüyle de aksine bir düzenleme olduğu için işlemin TTK m. 1530/1 hükmünden bahisle geçersiz olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

b. Cezai Sonucu

TTK m. 562/5.c hükmü uyarınca, *“395 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır”*. Burada pay sahiplerinin borçlanma yasağından farklı olarak müeyyide, yasağı ihlal edenler hakkında uygulanmaktadır. Dolayısıyla suçun faili, yasağa aykırı olarak şirkete borçlanan YK üyesi ve onun 393. maddede sayılan yakınlarıdır. TTK m. 395/2 hükmüne aykırı olarak borçlanması suçun oluşması için yeterli olup ayrıca şirketin malvarlığının zarara uğratılmış olması aranmamaktadır.

¹⁷¹⁵ A.e., s. 375-377.

¹⁷¹⁶ Kendigelen, *Şirkete Borçlanma Yasağı (YK Üyelerinin)*, s. 52;

¹⁷¹⁷ Kendigelen, *Şirkete Borçlanma Yasağı (YK Üyelerinin)*, s. 51. Aynı yönde tespitler için bkz. Toraman Çolgar, *a.g.e.*, s. 371.

D. REKABET YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

TTK m. 396 hükmü gereğince YK üyelerinden birinin genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari türden bir işlemi kendisi veya başkası hesabına yapması ya da bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak olarak girmesi yasaktır. Bu hükme aykırı hareket eden YK üyelerine uygulanacak yaptırım da aynı hükümde düzenlenmiştir.

1. Yaptırım Türleri

Şirkete, rekabet yasağını ihlal eden üyelerden tazminat isteme veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış sayma ve üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etme serbestisi tanınmıştır. Ancak şirket bu talepleri bir arada isteyemez, içlerinden birini tercih etmesi gerekir. Bu yönüyle şirketin üç farklı seçimlik hakkı söz konusudur¹⁷¹⁸. Rekabet yasağına ilişkin öngörülen yaptırımların en önemli özelliği, şirkete tanınan talep hakkının şirketin uğradığı zararı ile sınırlı tutulmamış olmasıdır. Zira şirket uğradığı zarardan fazla olsa dahi üyenin yasağa aykırı olarak yaptığı işleminden elde ettiği menfaatin kendisine verilmesi isteminde bulunabilmektedir¹⁷¹⁹.

İlk seçimlik yaptırım olarak, rekabet yasağına aykırı davranışta bulunan YK üyelerinden zararının tazminini talep edilmesi öngörülmüştür. Tazminata konu zarar fiili zarardan daha çok şirketin işlemi kendi ad ve hesabına yapmamış olmasından dolayı yoksun kaldığı kayıp şeklinde tezahür eder¹⁷²⁰. Şirketin, tazminat istemine konu hem fiili zararını hem de yoksun kaldığı kârın miktarını ispatlaması gerekir. Zarar miktarının ispat edilemediği hallerde, hâkimin TBK m. 50/2 hükmü uyarınca olayın olağan seyrine ve zarara uğrayanın aldığı önlemlere göre zararın miktarını hakkaniyete göre tayin edeceği belirtilmektedir¹⁷²¹. Öğretide TTK m. 396 hükmünde YK üyelerinin rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için

¹⁷¹⁸ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 696; Domaniç, a.g.e., s. 636.

¹⁷¹⁹ Çamoğlu, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 98; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 575.

¹⁷²⁰ Domaniç, a.g.e., s. 636-637.

¹⁷²¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 697.

kusurun şart olarak koşulmadığı ve rekabete aykırı hareket eden YK üyesinin kusurunun varlığının asıl olduğu kabul edilmekte; bu halde ancak YK üyesinin kusurlu olmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabileceği belirtilmektedir¹⁷²².

İkinci yaptırım türü olarak, tazminat yerine YK üyesi tarafından rekabet yasağına aykırı olarak yaptığı işlemin şirket adına yapılmış sayılmasının talep edilmesi öngörülmüştür. Bu yaptırımın seçilebilmesi için YK üyesinin rekabet yasağı teşkil eden işlemi kendi hesabına yapmış olması gerekir, işlem üçüncü kişi hesabına yapılmış ise bu yaptırıma başvurulamaz¹⁷²³. Şirket, işlemin kendi adına yapılmış sayılmasıyla, üye ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilen işlemten doğan menfaatleri talep edebilir. Ancak şirket söz konusu işlemten kaynaklanan borçların yükümlüsü olmaz, işlem şirket adına yapılmış sayılsa da üyenin üçüncü kişiyle arasındaki ilişki devam eder¹⁷²⁴. Öğretide bu yaptırımın uygulanabilirliği konusunda tereddütlere yer verilmiştir¹⁷²⁵. İşlemin şirket adına yapılmış sayılması ifadesi, şirketin hakları ve borçları ile o işlemin tarafı olduğu şeklinde anlaşılmalıya müsaittir. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için işlemin karşı tarafının rıza vermesi ve muhatap olarak üyenin yerine şirketi kabul etmesi gerekir¹⁷²⁶. İstisnai durumlar dışında karşı taraf, işlemin şirket adına yapılmış olmasını kabul etmedikçe bu hakkın kullanılması olanağı bulunmamaktadır. Ancak istisnai olarak üçüncü kişinin onayına gerek olmaksızın bu yaptırımın uygulanması mümkün olabilmektedir. Örneğin iki tarafa borç yükleyen yasağa konu sözleşmelerde edimler yerine getirilmiş sadece üçüncü şahsın para ödeme ya da mal teslimi gibi bir borcu kalmışsa üyenin bu hakkı şirkete devretmesi yaptırımın uygulanması açısından kâfidir¹⁷²⁷.

¹⁷²² Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 54-55, 121; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 14, 18-19; Aynı yönde bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 697. Aksi yönde bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573b.

¹⁷²³ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 121.

¹⁷²⁴ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 121; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 697-698.

¹⁷²⁵ Domaniç, **a.g.e.**, s. 637. Öğretide üçüncü kişinin kabul etmesi ile bu işlemlerin şirket adına yapılmasının şirket için tehlikeli olabileceği hususuna da dikkat çekilmiştir. Şirketin bu hakkı kullanabileceğini öngören üye ile üçüncü şahısların şirket aleyhine olabilecek gizli anlaşmalar yapabileceği ya da üyenin şirketin üçüncü şahısla şirket aleyhine olabilecek koşullar öngörebilecekleri belirtilerek bu istemin her zaman şirket lehine olmayabileceği, ayrıca tazminat yerine şirket zararına olan bu yaptırım türünü seçmeleri nedeniyle diğer YK üyelerinin bu seçimi nedeniyle sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir (Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 638).

¹⁷²⁶ Domaniç, **a.g.e.**, s. 637.

¹⁷²⁷ **A.e.**, s. 637-638.

Üçüncü yaptırım olarak, üçüncü kişiler hesabına yasak işleminden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunun dava edilmesi öngörülmüştür. Üyenin temsilci, ticari temsilci, ticari vekil, acente olarak atanarak üçüncü kişi hesabına hareket ettiği hallerde şirket üçüncü kişi hesabına yapılan bu sözleşmelerden elde edilen menfaatin şirkete verilmesi için dava açabilecektir. Şirket bu yaptırım ile üyenin bu işleminden elde edeceği ücreti ya da bu işlerden doğacağı alacağını talep etme hakkını haiz olur¹⁷²⁸.

Yönetim kurulu üyelerin hesabına hareket ettiği üçüncü kişilerin şirkete karşı kural olarak bir sorumluluğu olmasa da üyeyi temsilci olarak seçen rakip şirketin çoğu halde bu eylemi haksız rekabet teşkil edebilmektedir. Bu halde ise hem haksız rekabet hem de rekabet yasağına aykırılık söz konusu olduğu için şirketin her iki düzenlemeden de yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁷²⁹.

Rekabet yasağına aykırı davranış üyenin azledilmesine de yol açabilir. TTK m. 364 hükmü gereğince gündemde madde bulunmasa bile YK üyelerinin azline karar verilebilir, rekabet yasağına aykırı harekette bulunma burada haklı neden oluşturur. Bu itibarla gündemde olmasa dahi rekabet yasağını ihlal eden üyelerin görevden alınması mümkündür¹⁷³⁰.

2. Yaptırımın Seçilmesi

Şirketin sahip olduğu üç yaptırım türünden birini seçme yetkisi, yönetim kurulundadır. Ancak yaptırımların seçilmesi rekabet yasağına aykırı harekette bulunan üye dışındaki üyelere bırakılmıştır¹⁷³¹. Buna karar verilirken diğer üyelerin temsil yetkisine haiz olup olmadığı önem taşımamaktadır. Kanun koyucu, burada şirketin temsiline ilişkin istisna getirerek şirketi temsil yetkisi olmayan YK üyelerine de şirketi temsil etme yetkisi tanımıştır¹⁷³².

Öğretide hâkim olan görüşe göre, seçime yasağa aykırı hareket eden YK üyeleri dışındaki üyeler karar vereceğinden nisap da bu üyelerin sayısına göre belirlenmelidir.

¹⁷²⁸ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 698; Domaniç, a.g.e., s. 638.

¹⁷²⁹ Domaniç, a.g.e., s. 639; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 123. Aynı yönde bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 573b.

¹⁷³⁰ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 97-98; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 698; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 575.

¹⁷³¹ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 98.

¹⁷³² Domaniç, a.g.e., s. 639; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 98.

Böylelikle yasağa aykırı hareket etmeyen üyelerin sayısına göre toplantı nisabı belirlenmeli ve karar yeter sayısı da toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu olmalıdır¹⁷³³. Bu görüşe göre yasağa tabi olan üye dışında kalan üyelerin çoğunluğu tarafından karar alınabilecek ve geriye tek bir üye kalsa da onun tarafından tercih hakkı kullanılabilir¹⁷³⁴. Öğretideki diğer görüş ise yasak işlemi yapan üye olmaksızın YK karar alamıyorsa tercih hakkı genel kurul tarafından kullanılmalıdır¹⁷³⁵.

Yönetim kurulu seçim hakkını usulüne uygun alacağı kurul kararı ile belirleyecektir¹⁷³⁶. Seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran hak niteliğindedir ve beyan üyeye ulaşmasıyla hüküm ifade edeceğinden, rekabet yasağına aykırı davranan üyeye vardıktan sonra beyandan dönülmesi olanaklı değildir¹⁷³⁷.

Bütün üyelerin rekabet yasağına aykırı davranışlarda bulunduğu hallerde seçimi genel kurul yapmalıdır¹⁷³⁸. Bu hallerde her bir pay sahibi, TTK m. 410/2 uyarınca mahkemeye başvurarak genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin kendine tanınması isteminde bulunabilir¹⁷³⁹. Tek YK üyesinin bulunduğu hallerde de seçimin genel kurula bırakılması gerekecektir. Ancak tek kişiden oluşan YK üyesi aynı zamanda şirketin tek pay sahibi olduğu hallerde, burada TTK m. 436 hükmü gereği genel kurul kararı alınamayacağı gibi bu YK üyesine karşı ihlalden dolayı TTK m. 396 hükmü kapsamında dava açılması mümkün olmayacaktır¹⁷⁴⁰.

¹⁷³³ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 98; Domaniç, **a.g.e.**, s. 640; Helvacı, **a.g.e.**, s. 71; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 125; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-122b; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 698-699. Bu görüşü savunan bazı yazarlar nisabın diğer üyelere göre belirlenmesi nedeniyle burada özel nisabın öngörüldüğünü belirtmektedir (Bkz. Helvacı, **a.g.e.**, s. 71; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 125).

¹⁷³⁴ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 125; Domaniç, **a.g.e.**, s. 640.

¹⁷³⁵ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 157; Pulaşlı, **C. II**, s. 1552.

¹⁷³⁶ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 157; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 99; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 126; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 576. Öğretide bir görüş, bu seçimlik hakkın kullanılması için YK kararına ihtiyaç olmadığı, üyelere birinin veya birkaçının dava hakkını bağımsız olarak kullanabileceğini ileri sürmüştür (Bkz. Eriş, **C. II**, s. 2427).

¹⁷³⁷ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 157; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 99; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 126; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 576

¹⁷³⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 576. Öğretide Domaniç, bütün üyelerin rekabet yasağına aykırı hareket ettiği ve birbirlerine müsamaha göstermek için seçimlik hakkı kullanmadığı hallerde YK üyesi sıfatına sahip olmayan şirket temsilcilerinin de bu hakkı kullanmasında yetkili sayılması gerektiğini ileri sürmektedir (Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 639).

¹⁷³⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 576.

¹⁷⁴⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 699.

Yönetim kurulu üyelerinin yaptırım türüne ilişkin verdikleri kararın isabetsiz olması da onların sorumluluğuna yol açabilecektir¹⁷⁴¹. Bu nedenle şirketin menfaatine olacak en faydalı hakkı seçmeleri gerekir. Ayrıca genel kurulun yönetim kuruluna talep haklarından birinin seçilmesine ilişkin talimatta bulunabileceği ve aynı şekilde yönetim kurulunun gerek duyması halinde genel kuruldan seçime ilişkin talimatta bulunmasını isteyebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁴².

3. Zamanaşımı

TTK m. 396/3 hükmünde öngörülen yaptırım türlerinden birinin seçilmesi kısa zamanaşımı sürelerine bağlanmıştır. Seçim hakkı, söz konusu işlemlerin yapıldığını veya YK üyesinin diğer şirkete ortak sıfatıyla girdiğini diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

Rekabet teşkil eden hareketin gerçekleşmesinden itibaren bir yılın sonunda herhalde zamanaşımı dolmuş olmaktadır, bu zamanaşımı süresi yönünden bir sorun yoktur. Ancak üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıç anı yönünden ihtilaf bulunmaktadır. Öğretide bir görüş YK üyelerinden birinin yasak işlemi öğrenmesinin üç aylık zamanaşımı süresinin başlaması için yeterli olmadığını diğer tüm üyelerin de bunu öğrenmiş olması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁴³. Buna göre, zamanaşımı süresinin başlangıcı da en son üyenin öğrendiği günü takip eden gün itibariyle başlayacaktır¹⁷⁴⁴. Öğretideki diğer görüş ise üyelerden birinin durumu öğrenmesinin zamanaşımı süresinin başlaması için yeterli olduğunu savunmaktadır¹⁷⁴⁵. Bu görüşe göre bu durumu öğrenen üyenin bunu diğer üyelere bildirmesi, sadakat ve özen yükümlülüğü gereğidir ve bunu bildirmek o üye için görev teşkil eder. Bu nedenle öğrenen üyenin diğer üyeleri bildirmemesi TTK m. 553 uyarınca üyenin sorumluluğuna yol açar¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 71; Domaniç, **a.g.e.**, s. 640.

¹⁷⁴² Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 98; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 576.

¹⁷⁴³ Domaniç, **a.g.e.**, s. 640-641; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 157; Helvacı, **a.g.e.**, s. 72; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 698-699.

¹⁷⁴⁴ Domaniç, **a.g.e.**, s. 640-641.

¹⁷⁴⁵ İmregün, **a.g.e.**, s. 234; Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 99; Aydoğan F., **Rekabet Yasası**, s. 130-131; Ayan, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁷⁴⁶ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s. 99-100; Aydoğan F., **Rekabet Yasası**, s. 130-131.

Kanımızca da bütün üyelerin öğrenmesinden itibaren zamanaşımı süresinin başlaması gerektiği kabul edilmelidir. Bir üyenin öğrenmesinin yeterli görülmesi, üyenin diğer üyeleri haberdar etmediği hallerde şirket seçimlik haklarını kaybedecektir. Her halde ise YK üyesinin sorumluluğuna gitmek şirketin zararının tamamen karşılanmasına yetmeyebilir. Bu nedenle şirketin lehine ve menfaatine yorum seçilerek tüm üyelerin biliyor olması aranmalıdır. Kaldı ki kanun koyucunun madde yer alan “*diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren*” ibaresi de kalan tüm üyelerin öğrenmesini aradığı şeklinde anlaşılmaya daha elverişlidir.

Rekabet yasağının ihlal edilmesine devam edildiği sürece zamanaşımı süresi işlemez¹⁷⁴⁷. Zamanaşımı sebebi ile seçim hakkının kaybedildiği hallerde YK üyelerinin ihmalleri sebebi ile sorumluluğuna gidilebilir. Yönetim kurulu üyeleri bu halde rekabet yasağı ihlalinden haberdar olmadıklarını ve bu konuda bir ihmallerinin bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler¹⁷⁴⁸.

4. Sorumluluğun Saklı Tutulması

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümleri saklı olduğu belirtilmiştir. ETTK’da ise böyle bir hüküm yer almamaktaydı. Madde gerekçesinde bu fıkra neden gerek duyulduğuna hiç değinilmemiştir. Öğretide ise bu fıkranın amacının belli olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir¹⁷⁴⁹.

ETTK’da böyle bir fıkra olmaması nedeniyle pay sahiplerinin ve alacaklıların YK üyelerinin sorumluluğu davasını açıp açamayacağı hususu tartışmalı idi. Eklenen bu fıkra ile kanun koyucunun öğretideki bu tartışmalara son vererek pay sahiplerinin ve alacaklıların da sorumluluk davası açmasına ilişkin görüşten yana tutum sergilediği ifade edilmiştir¹⁷⁵⁰. ETTK’da rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi haline pay sahiplerinin ve alacaklıların YK üyelerine karşı sorumluluk davası açıp açamayacakları konusunda görüş birliği bulunmamaktaydı. Bu hususta öğretide bir görüş, YK üyelerinin sorumluluğu davasını açma hakkını münhasıran alacaklılara ve

¹⁷⁴⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, N. 577. Öğretide *Tekinalp* tarafından ise hükmün lafzının ihlal devam ettikçe zamanaşımının işlemeyeceği kuralının geçerli olmasına engel olduğu ileri sürülmüştür (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-122b).

¹⁷⁴⁸ Domaniç, **a.g.e.**, s. 641.

¹⁷⁴⁹ Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 287; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 700.

¹⁷⁵⁰ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 700.

pay sahiplerine tanımayan hükümler arasında rekabet yasağını saymakta ve rekabet yasağının varlığı halinde dolayısı ile zarara uğradığından bahisle pay sahiplerinin ve alacaklıların buna ilişkin dava açamayacağını kabul etmekteydi¹⁷⁵¹. Öğretide diğer görüş ise rekabet yasağına ilişkin hükmün varlığının pay sahipleri ile alacaklıların YK üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca dava açılmasına engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmekteydi¹⁷⁵². Bu görüş, rekabet yasağına olumsuz oy veren pay sahiplerinin de dava hakkının devam ettiğini savunmaktadır. Burada pay sahiplerinin ve alacaklıların rekabet yasağı hükmündeki talepleri değil YK üyelerine sorumluluk hükümleri kapsamında dava açmış olacaklarını, bu nedenle sorumluluk davası açılmasının özel sorumluluk niteliğindeki rekabet yasağına aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁵³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öğretide rekabet yasağına ilişkin hükmün varlığının pay sahipleri ile alacaklıların YK üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca dava açılmasına engel oluşturmayacağı şeklinde yorumlanmıştır¹⁷⁵⁴. Yargıtay da dolayısı ile zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının rekabet yasağından dolayı dava haklarının olduğu görüşündedir¹⁷⁵⁵. Öğretide bazı yazarlar ise alacaklıların ve pay sahiplerin TTK m. 553 uyarınca tazminat davası açabileceğinin kabulü halinde zamanaşımı süresi yönünden şirketin istemi ile pay sahibinin açacağı

¹⁷⁵¹ Domaniç, **a.g.e.**, s. 646. Yargıtay'ın da rekabet yasağı hükmünden kaynaklanan davaları şirketin açabileceğini, bu hükmün özel sorumluluk hali olduğunu bu nedenle pay sahiplerinin ve şirketin alacaklılarının YK üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere burada dayanamayacağı yönünde bir kararı bulunmaktadır (Bkz. Yarg. 11 HD., 29.09.1997 T., 3558 E, 3890 K, Erdoğan Moroğlu, **Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2001, s. 261).

¹⁷⁵² İmregün, **a.g.e.**, s. 234; Helvacı, **a.g.e.**, s. 93; Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 127. Pulaşlı, C. II, s. 1553.

¹⁷⁵³ Aydoğan F., **Rekabet Yasağı**, s. 127-128.

¹⁷⁵⁴ Pulaşlı, C. II, s. 1553; Eriş, C. II, s. 2428; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **C. 1**, s. 700-701.

¹⁷⁵⁵ Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD., 12.02.2016 T., 2015/5777 E., 2016/1349 K.: “Mahkemece, TTK'nın 309. maddesi ile şirketin 305, 306, 307, 308, (6762 sayılı TTK'nın 334,335) 6102 sayılı TTK'nın 395, 396. maddelerinde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde bundan dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava haklarının olduğu ve ancak hükmolunacak tazminatın şirkete verilmesi gerektiğinin düzenlendiği, TTK'nın 340. maddesinde de TTK'nın 336. ve 337. maddelerin hükümleri gereğince idare meclisi azalarına yükletilen mesuliyet hakkında 309'uncu madde hükmünün de tatbik olunacağı belirtildiğinden hüküm olunacak tazminatın şirkete verilmesi gerektiği kanaatiyle usulüne uygun açılmayan davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddine dair verilen karar davacı vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 03/02/2015 tarihli kararı ile onanmıştır... Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14.09.2021.

dava arasında farklılık olması için haklı bir neden olmadığını, buraya da TTK m. 560'daki zamanaşımı sürelerinin değil m. 396/3'teki kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu halde üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı davacı pay sahibinin öğrendiği tarih olacaktır¹⁷⁵⁶. Öğretide bir başka görüş ise rekabet yasağına ilişkin hükümde öngörülen zamanaşımı sürelerinin geçmesinin sorumluluk davası açılmasına engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır¹⁷⁵⁷. Ancak yazara göre bu hüküm gereğince genel kuruldan izin alındığı ya da esas sözleşmede hüküm olduğu hallerde bu sonucun geçerli olmayacak ve YK üyelerin sorumluluğa ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulamayacaktır¹⁷⁵⁸.

E. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERE AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

1. Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasının Sonuçları

TTK m. 202 hükmünde bağlı şirketin her pay sahibine ve alacaklılara, denkleştirmenin faaliyet yılı içinde yerine getirilmediği veya süresi içinde denkleştirme istem hakkı tanınmadığı durumda, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan YK üyelerinden şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilme hakkı tanınmıştır¹⁷⁵⁹. Tam hâkimiyet halinde ise doğal olarak bu dava imkânı sadece alacaklılara tanınmıştır. Bu sorumluluk davası, davacı pay sahibi ve alacaklılar açısından dolaylı zararın tazmini davası niteliğindedir ve bu davanın temeli haksız fiile dayanmaktadır. Ancak hâkimiyetin sözleşme ile kurulduğu hallerde hâkim şirketin fiilinin bu sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi halinde açılacak davanın sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılabilceği öğretide kabul edilmektedir¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 1, s. 701.

¹⁷⁵⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-122b.

¹⁷⁵⁸ A.e.

¹⁷⁵⁹ Bu dava, bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına tanınmış özel bir sorumluluk davasıdır (Bkz. Ersin Çamoğlu, “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, *GSÜHFD*, C.12, S. 2, Temmuz 2013, s. 23).

¹⁷⁶⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 23-102; Çamoğlu, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk*, s. 23. Öğretide *Okutan Nilsson* ise şirketler topluluğu ile hakim şirketin bağlı şirket ve pay sahiplerine sadakat yükümlülüğü altına girmiş olduğunu sadakat yükümlülüğünün ise sözleşme

Denkleştirme kanuna uygun şekilde yapılmış ise TTK m. 202 kapsamında bir sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı bu davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak burada alacaklılar, açık hüküm gereği şirket iflas etmemiş olsa bile bağlı şirketin uğradığı zararı şirkete ödenmesini isteme yetkisini haizdir. TTK m. 202’de, bağlı şirkete dava açma yetkisi tanınmamış, bunun yerine şirket pay sahipleri ile alacaklılara bu hak tanınmıştır. Bunun sebebi olarak madde gerekçesinde, bağlı şirketin bu davayı hâkim şirkete karşı açması ve samimiyetle bu davayı yürütmesinden endişe duyulması gösterilmiştir. Ayrıca hâkime istemde bulunulması üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşmesi halinde, tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen veya kabul edilebilir başka bir çözüme karar verme yetkisi tanınmıştır.

Şirketler topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanıldığı hallerin aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı teşkil ettiği hallerde SerPK’nın örtülü kazançla ilişkin ilgili hükümleri de gündeme gelecektir. Üçüncü bölümde etrafıca ele aldığımız üzere SerPK hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin ilgili hükümler bir arada uygulanabilmelidir. Bu nedenle hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı ve şirketin kaybının denkleştirilmediği hallerde SerPK m. 21/4 hükmü uyarınca ilişkili taraftan kazanç aktarılan tutarın iadesi istenebilecekken, TTK m. 202 hükmü uyarınca tazminat davalarının pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılması da mümkün olacaktır. SerPK hükümleri uyarınca aktarılan tutarın iadesi sağlandığında, şirketin uğradığı ve kazancın iadesi ile karşılanmayan tutar, TTK m. 202 hükmü uyarınca açılacak sorumluluk davaları ile hâkim şirket ve onun sorumlu yöneticilerden istenebilecektir.

2. Bağlılık Raporunun Hazırlanmamasının Sonuçları

Bağlılık raporunun hazırlanması bir yükümlülük olduğu için bu yükümlülüğe aykırı davranan YK üyelerinin TTK m. 553 kapsamında sorumluluğu doğacaktır¹⁷⁶¹. Bağlı şirketin yönetim kurulunun bağlılık raporu düzenleme yükümlülüğü kanunda

sorumluluğuna yol açtığını savunmaktadır (Bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 391).

¹⁷⁶¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 660.

öngörülen bir yükümlölük olması nedeniyle, yönetim kurulunca yerine getirilmemesi halinde genel kurulda ibra kararı alınmış ise ibra kararı aleyhine TTK m. 445 vd. hükümleri uyarınca iptal davası açılabilmesi mümkündür¹⁷⁶².

Ayrıca TTK m. 562/3'te, TTK m. 199/1 hükmüne aykırı hareket edenler için cezai müeyyide öngörölmüştür. Buna göre rapor hazırlama yükümlölüğüne aykırı hareket edenler iki yüz günden az olmamak kaydıyla adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Böylelikle şirketler topluluğunda sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla sorumluluk sisteminin ilk aşamasını oluşturan açıklama yükümlölüğünün yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır¹⁷⁶³.

¹⁷⁶² Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 154-155; Yılmaz A., **a.g.m.**, s. 120.

¹⁷⁶³ Akın, **Şirketler Topluluğu**, s. 154.

SONUÇ

1. Şirketler, doğrudan veya dolaylı olarak şirketle ilişkili kişilerle işlem yapmayı tercih ederler. Bu hem bu kişilerin şirket üzerinde sahip olduğu güç nedeniyle şirketin bu kişilerle işlem yapmasına yönlendirilmesinden hem de bu kişilerle yapılan işlemlerin şirket için daha avantajlı olmasından kaynaklanabilir. İlişkili kişilerle yapılan işlemler şirketin kaynaklarının kötü amaçla kullanılarak şirketin içinin boşaltılması gibi sonuçlar doğurabileceği gibi oldukça avantajlı sonuçlar da doğurabilmektedir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin bir yüzü zararlar içerirken diğer yüzü ise şirketler için vazgeçilmez yararlar içermektedir. Tezimizde de ilişkili taraf işlemlerinin yaratacağı olumlu ve olumsuz etkiler ile bu işlemlere ilişkin neden düzenleme yapılması ihtiyacının doğduğu incelenmiştir. Bu kapsamda, dünyadaki süreç kısaca özetlenmeye çalışılmış, Türk hukukunu da etkilediği görülen OECD ve Avrupa Birliği düzenlemeleri etraflıca ele alınmıştır. Dünya genelinde de OECD çalışmalarında görüldüğü üzere ilişkili taraf işlemlerinin yarar ve zararları gözetilerek esnek bir sistemin kurulmasına özen gösterilmiştir. Dünyada ilişkili taraf işlemlerine ilişkin getirilen sistemler ele alındığında bu işlemlerin ne tamamen yasaklandığı ne de tamamen serbest bırakıldığı tespit edilmiştir. Bu kapsamda, ilişkili taraf işlemlerinin kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeler periyodik ya da derhal açıklama gereklilikleri getirilmiş, işlemin önem derecesine göre “pay sahiplerinin onayı” veya “bağımsız YK üyeleri ya da gözetim organının onayı” olmak üzere izin mekanizması öngörülmüştür.

2. İlişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri, terminolojik olarak hukuk sistemlerine nispeten yeni girmesine karşın esasen bu kişi ve işlemler şirketlerin ortaya çıkmasından beri vardır. Bu sebeple hukuk sistemlerinde, doğrudan ilişkili taraf işlemleri kavramı altında olmasa da şirketin üzerinde belirli etkisi olan kişilerin yapacağı işlemlere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan en yaygın olarak karşımıza çıkanı yöneticilere yönelik getirilen düzenlemelerdir. Türk hukukunda da ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri, doğrudan ya da dolaylı olarak birçok yasal düzenlemede ele alınmaktadır. Ancak her yasal düzenleme, ilişkili taraf kavramını – bu kavramı kullanarak ya da kullanmayarak – kendi amacı bakımından ele almıştır.

İlişkili taraflar, Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin malvarlığının korunması, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda vergi düzenlemeleri; Sigortacılık Kanunu'nda sigorta şirketlerinin malvarlığının korunması; Bankacılık Kanunu'nda banka malvarlığının korunması bakımından düzenlenmiştir. Bu amacı doğrultusunda da her düzenlemede ilişkili tarafın tayininde farklılıklar olduğu görülmektedir. Tüm bu düzenlemelerde “ilişkili taraf” sayılan kişilerden hareketle bu kavrama ilişkin ortak bir tanım getirilmesinin güç olduğu tespit edilmiştir. Çünkü anılan kanunlar kendi amaçları doğrultusunda farklı kişi veya kişi gruplarını ilişkili taraf olarak nitelendirmiştir. Bu sebeple her düzenleme özelinde ilgili düzenlemelerin uygulamasında ilişkili taraf kavramının ayrıca tespiti gerekmektedir.

3. Diğer taraftan özel hüküm olmayan hallerde tüm anonim şirketler için TTK, payları borsada işlem gören halka açık şirketler için ise SerPK'nın ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeleri uygulama alanı bulacağı için konumuz bakımından bu iki Kanun ayrı önem taşımaktadır. Özellikle ilişkili taraf işlemleri konusunda kapsamlı düzenlemenin yer aldığı SerPK düzenlemeleri ve KYT'nin atfı gereği ilişkili tarafın tanımı konusunda TMS 24 önemli bir yere sahiptir. Zira ilişkili taraf nedir sorusunun cevabını KYT m. 3'deki atfı gereği TMS 24'te yer alan tanım vermektedir. TMS 24 esas itibarıyla pekçok hukuk sistemindeki düzenlemelere bir şekilde yansımış ve üzerinde uzlaşmış ilişkili taraf tanımı getirmektedir. Şu an pek çok ülkede ilişkili taraf IAS/IFRS bağlamında ortak olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple de TMS 24 bu düzenlemeler içinde en yaygın olarak ilişkili taraf tanımını karşılayan düzenlemedir. Yukarıda anılan özel kanunlara tabi sigorta şirketleri ve bankalara da SerPK m. 136/5'teki hüküm gereği bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususu açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple anılan Kanunlara tabi payları borsada işlem gören anonim şirketler için de bu hükümlerin uygulanması ve bu hükmün uygulanması bağlamında ilişkili tarafların TMS 24 bağlamında tayin edilmesi gerekmektedir.

4. İlişkili taraf işlemi, genel olarak şirket ile şirketin karar alma sürecinde ve yönetiminde belirli etkiye sahip kişiler arasında yapılan işlemlerdir. Ancak sahip olunan bu etkinin nasıl bir etki olduğu ve bu etkinin varlığının nasıl anlaşılacağı gibi hususlar ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Şirket üzerinde haiz olunan bu etki, kavramın tanımlandığı uluslararası muhasebe standartlarında kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel şeklinde somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Standart ile düzenlenen bu kriterlerle dünya genelinde bir yeknesaklık sağlanmıştır. Öyle ki birçok hukuk sisteminde doğrudan muhasebe standartlarına atıfta bulunulmuş bazı hukuk sistemlerinde de burada yer alan kriterler temel alınarak ilişkili taraf kavramı tanımlanmıştır. Bu nedenle IAS 24 ilişkili taraf işlemleri için önemli hale gelmiştir. Bu sebeple bu kavram ortaya koyulurken TMS 24'ün temel alınması zaruridir. Türk hukukunda da ilişkili taraf ve işlem kavramları ise Sermaye Piyasası Kanunu'nda tanımlanmamış, KYT'de ise kavramın TMS/TFRS'deki anlamı ifade ettiği belirtilmiştir. Bu sebeple de Bir şirketin ilişkili tarafı olarak nitelendirilebilecek kişiler TMS 24 ile tespit edilmektedir. TMS 24 oldukça geniş bir kişi çevresini ilişkili taraf olarak nitelendirse de ilişkili taraf bu sayılanlarla sınırlıdır. Bu nedenle düzenleme karışık ve kapsamlı olsa da ilişkili taraflar sayılanlarla sınırlı olduğu için şirketin ilişkili taraflarını tayin etmek nispeten kolaydır. Ancak belirtmek gerekir ki ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemleri kavramları dünyaya paralel olarak TMS 24'te tanımlanmış olsa da her düzenleme özelinde ilişkili tarafların ve işlemin kapsamının ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

5. Türk hukukunda “ilişkili taraf işlemi” kavramı ilk olarak muhasebe standartlarında yer bulmuş, ardından onu sermaye piyasası mevzuatındaki diğer düzenlemeler izlemiştir. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin esaslı bir düzenleme 6362 Sermaye Piyasası Kanunu ile olmuştur. Kanun'un “Kurumsal Yönetim” başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrasında etraflıca düzenlenmiştir. Yine bu maddeye dayanılarak çıkarılan KYT'nin 9. ve 10. maddelerinde de ilişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. KYT'de, getirilen bu düzenlemelerin payları borsada işlem gören şirketler yönünden uygulanması zorunlu tutulmuş diğer şirketler için herhangi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin

koruma mekanizmaları oldukça dar bir şirket çevresini kapsamaktadır. Ancak belirtelim şirketleri farklı ya da olumsuz olarak etkileyen ilişkili taraf işlemleri konusunda payları borsada işlem gören ve görmeyen halka açık şirketler arasında böyle bir ayırım yapılması hukuk sisteminin bütünlüğü içinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bu sebeple SerPK’da ilişkili taraf işlemleri tüm halka açık anonim şirketler için kaleme alınmışken, KYT’de böyle bir ayırma gidilmesi yerinde olmamıştır. Zira yine aynı Kanun’da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağında böyle bir ayırma gidilmemiştir.

6. Sermaye Piyasası Kanunu m. 17/3’te öngörülen prosedürün halka açık şirketler için SPK’ca belirlenecek nitelikteki ilişkili taraf işlemlerine uygulanacağı belirtilmiştir. SPK Tebliği ile bu prosedür payları borsada işlem gören şirketler için öngörülmüş ve KYT m. 9’da ise işlemler için getirilen kriterlerin, şirketler ve bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen işlemler için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle SPK, şirketin ilişkili taraflarının bağlı şirketlerle gerçekleştireceği işlemleri de dâhil ederek prosedürün uygulama kapsamını genişletmiştir.

7. Sermaye Piyasası Kanunu m. 17/3’te, prosedüre tabi ilişkili taraf işlemlerinin SPK tarafından belirleneceği belirtilerek izin mekanizması açıklanmıştır. Burada Kanun’da işlemin onaylanmasından bahsedilmekte ise de işlem öncesi yönetim kurulu ve genel kurulu kararının alınması gerekmektedir, bu nedenle burada esasen “onay” değil teknik anlamda “izin” müessesesi bulunmaktadır. Bu sebeple burada yapılan prosedürün teknik anlamda izin olduğu belirtilmelidir. Ancak Kanun’da ve ilgili diğer düzenlemelerde ve de çalışmamızda incelendiği üzere karşılaştırmalı hukuk literatüründe süreç onay şeklinde ifade edilmiştir. Buradaki sürecin izin olduğunu kabul etmekle birlikte Kanun ve literatürdeki yaygın kullanım sebebiyle biz de çalışmamızda onay kavramını kullanmayı uygun gördüğümü belirtelim.

8. Prosedürün uygulanacağı ilişkili taraf işlemleri, Kurumsal Yönetim Tebliği’nde iki farklı eşığe göre sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmaya göre işlemler, % 5 ve % 10’u aşan işlemler şeklinde ayırma tabi tutulmuştur. Bu ayırma göre uygulanacak

prosedür de farklılık göstermektedir. Ancak her halde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanması için işlemin % 5'lik eşik değeri aşması gerekmektedir.

9. Şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarla gerçekleştirecekleri % 5'i aşan küçük işlemleri için işlemin esasının belirtildiği YK kararı alınması ve işleme ilişkin değerlendirme raporu alınması gerekmektedir. İşlem % 10'u aşıyorsa o halde izin prosedürü uygulama alanı bulmaktadır. Bu işlemlerin değerlendirme raporu alındıktan sonra onaylanması gerekmektedir. Bu safha iki aşamalı öngörülmüştür. Öncelikle bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylaması ve bağımsız YK üyelerince işlem onaylanmaz ise akabinde genel kurulun onayına sunulması şart koşulmuştur. Burada ilk dikkat çekilmesi gereken hususun değerlendirme raporu alınması yükümlülüğünün SerPK'da öngörülmeyip KYT'de getirilmiş olmasıdır. Normlar hiyerarşisine aykırı olarak Kanun'da öngörülmeleyen bir yükümlülük Tebliğ ile düzenlenmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmeyen şirkete ek bir yükümlülük getiren bu hükmün Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir.

10. Şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarla gerçekleştirecekleri işlemin % 10'u aşacağının öngörülmesi durumunda, işleme ilişkin değerlendirme yaptırılmasına ek olarak işlemin esaslarının belirlendiği YK kararında bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından onaylanması şartı getirilmiştir. İlişkili taraf işlemine ilişkin alınacak YK kararının uygulanabilmesi için genel nisaba ek olarak karara bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy vermiş olması aranır. Dolayısıyla YK kararının geçerli olması için tamamlayıcı unsur olarak bağımsız YK üyelerinin onayı gerekmektedir. İlişkili taraf sayılan YK üyelerinin yönetim kurulu kararı alınırken oy kullanmalarını yasaklayan bir düzenlemeye SerPK m. 17/3'te yer verilmemiştir. KYT m. 9'da ise ilişkili taraf işleminin esasına ilişkin alınacak YK kararlarında ilişkili taraf sayılan üyelerin oy kullanması açıkça yasaklanmıştır. Bu yasak, hem bağımsız yönetim kurulu üyelerini hem de diğer YK üyelerini kapsamaktadır. İşleme ilişkin alınacak YK kararını, bağımsız YK üyelerinin çoğunluğu onaylamış ise işleme ilişkin onay safhası tamamlanmış olur. Bu halde ayrıca genel kurulun iznine ihtiyaç bulunmamaktadır. İşleme ilişkin onay alındığı için bu aynı zamanda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün de tamamlanması anlamına gelir. Yönetim kurulunca usulüne uygun

olarak işlemin yapılmasına karar verildiği için işlemin yapılmasından sonra buna ilişkin KYT m. 9/6 gereğince KAP'ta duyuru yapılmalıdır.

11. Bağımsız YK üyelerinin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde, SerPK m. 17/3'te ve KYT m. 9/3 uyarınca, bu durumun işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulması ve işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir. SerPK'da ve KYT'de bağımsız YK üyelerin işlemi onaylamama halinin de açıklanması gerektiği özellikle belirtildiği için; bu açıklamada, kontrol unsuru olarak öngörülen bağımsız YK üyelerinin karara muhalif kalma gerekçelerine de mutlaka yer verilmelidir.

12. İşlemin onaylanmadığı hususunun KAP'ta duyurulmasının ardından işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekir. İşlemin gerçekleştirilebilmesi için son aşama olarak genel kurulun onayına ihtiyaç bulunmaktadır. SerPK m. 17/3'te karar nisabı "*oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu*" olarak belirlenmiş, aynı ifade KYT m. 9'da da tekrarlanmıştır. Maddenin lafzından, karar nisabında kelle başı hesabı yapılması gerektiği bir sonuca varılması olanaklı görünmektedir. Ancak burada pay sayısına göre hesap yapılmalı ve oy çoğunluğuna göre karar verileceğinin kabul edilmelidir. Maddenin lafzından hareketle öğretilerdeki tartışmalara da sonlandırmak için SerPK m. 17/3'te yer alan bu ifadenin "*pay sahiplerinin oylarının basit çoğunluğu*" şeklinde düzeltilmesi isabetli olacaktır. Karar yeter sayısının hesaplanmasında SerPK m. 17/3'te, oydan yoksun olanlar dışındaki tüm pay sahiplerinin oylarının mı yoksa toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin oylarının mı esas alınacağı açıkça belirtilmemiştir. Kanımızca burada da toplantıya katılan ve oy hakkı bulunan pay sahiplerinin oylarına göre nisap hesabı yapılmalıdır. Bu durumda maddede toplantı nisabı aranmadığı için toplantıya katılan ve oydan yoksun olmayan pay sahiplerinin sahip oldukları oy hakları esas alınır. Bu nedenle toplantıya hangi oranda oy hakkına sahip pay sahipleri katılırsa katılsın, katılanların çoğunluğuyla karar alınabilecektir. SerPK m. 17/3'te, genel kurul toplantısında, işleme dâhil olan ilişkili tarafların ve bunlarla ilişkili olan kişilerin oy kullanmasının yasak olduğu açıkça ifade edilmiştir. Genel kurulun onayı prosedürdeki nihai aşamadır. Genel kurul onayından sonra işlem

yapılabilir. Genel kurulun işlemi usulüne uygun olarak onaylaması halinde işlemin yapılmasını da hukuka uygun hale gelmektedir.

13. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür, şirketin bağlı şirketleri ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştireceği işlemler için de öngörülmüş; ancak hangi şirketin yönetim kurulunun bu kararı alacağı belirtilmemiştir. Kanımızca bu düzenleme burada hem halka açık ana şirketi hem de bağlı şirketini prosedüre tabi kılmaktadır. Bağlı şirketin yapacağı işlem hem ana şirketi hem de bağlı şirketi etkilemektedir. Bağlı ortaklığın ana şirketinin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlerde, işlemin tarafı bağlı şirket olsa da işlem dolayısıyla oluşabilecek zararlar hem ana şirketi hem ana şirketin varsa diğer bağlı şirketlerini ve pay sahipleri üzerinde etki doğuracaktır. Burada korunmak istenen amaçlardan biri de ana şirketin ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerde prosedürü uygulamaktan kaçınmak için bağlı şirketleri aracılığıyla işlemleri gerçekleştirmesinin önüne geçmektir. Bunu sağlamak için ana şirketin bağlı şirketi ile ilişkili tarafı arasında yapılacak işlemlere ilişkin de bu prosedürün uygulanması öngörülmüştür. Bu sebeple bağlılık raporunda olduğunun aksine ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü yerine getirmesi gereken taraf sadece bağlı şirket değildir. Burada ana şirketin ve bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla yapacakları işlemlerde prosedürün her iki şirket nezdinde işletilmesi gereklidir. Her iki şirket de payları borsada işlem gören şirket ise bu konuda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Burada esas sorunu ana şirketin ilişkili taraflarıyla halka açık olmayan bağlı şirketlerinin işlem yapacağı haller oluşturmaktadır. Zira bağlı şirket payları borsada işlem gören bir şirket olmadığı durumda kural olarak prosedürü uygulamakla yükümlü değildir. Ancak bu hallerde, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün halka açık olan ana şirketin yerine getirmesi, dolayısıyla YK kararının ve genel kurul kararının da ana şirket tarafından alınmasının gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bağlı şirketin halka kapalı bir şirket olduğu ya da payları borsada işlem görmeyen bir anonim şirket olduğu hallerde payları borsada işlem gören ana şirketin gerekli prosedürü yürütmesi gerekmektedir.

14. SerPK m. 17/3'te ilişkili taraf işleminin yapılmasına karar verilmesi halinde kamuya duyurulmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak KYT m. 9'da

ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, bunun kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde KAP'ta duyurulması gerektiği düzenlenmiştir. Bu açıklama gerekliliği, hem küçük hem de büyük ilişkili taraf işlemleri için öngörülmüştür.

15. İlişkili taraf işlemleri için öngörülen bu prosedür dışında ayrıca KYT m. 10'da yaygın ve süreklilik arz eden işlemler kategorisi oluşturulmuş ve bu ilişkili taraf işlemleri için ayrı bir koruma mekanizması getirilmiştir. Şirketlerin ve bağlı şirketlerinin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin YK kararıyla karara bağlanması ve işlemin şartlarında ve koşullarında önemli bir değişiklik olması durumunda, yeniden YK kararı alınması gerekmektedir. Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler KYT'de olağan faaliyetleri kapsamında ticari nitelikte olan veya olmayan bir yıllık hesap dönemi içerisinde en az iki defa yapılan veya yapılacak olan aynı nitelikteki işlemler olarak tanımlanmıştır. Yaygın ve süreklilik arz eden bu işlemlerin ortak özelliğini aynı mali yıl içerisinde en az iki defa yapılması oluşturur. Bu zaman diliminde yapılacak işlemlerin yaygın ve sürekli işlem olarak nitelendirilebilmesi için "aynı nitelikte" işlem olması gerekmektedir. Burada, KYT m. 9'da anılan eşik değerlerden bağımsız olarak kriterler getirilerek süreklilik arz eden işlemler için bir eşik öngörülmemiştir. Tek kıstas olarak işlemlerin yaygın ve süreklilik arz edecek nitelikte olması aranmıştır. KYT m. 10 uyarınca, bir işlem % 5 eşiğinin altında kalıyor ve en az iki kez yapılacağı öngörülüyorsa KYT bu prosedüre tabi olacaktır. Diğer taraftan hükümde işlemlerin % 10'dan fazla orana ulaşması halinde YK kararına ek olarak yönetim kurulunun değerlendirme raporu hazırlaması ve bunun KAP'ta açıklanması gerekliliği de getirilmiştir. Bu nedenle KYT m. 9'da belirtilen oranlardan bağımsız olarak aynı taraflarla aynı mali yıl içerisinde iki veya daha fazla aynı nitelikte işlemin yapılacağının öngörüldüğü hallerde YK kararının varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

16. KYT m. 10'daki yaygın ve süreklilik arz eden işlemler, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde on iki aylık dönemde veya aynı mali yıl içinde aynı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemleri karşılamaktadır. Ancak Yönerge'de, aynı mali yıl veya on iki aylık dönemde tekrarlanan üye devletlerce öngörülen eşik değerlerin altında kalan

işlemlerin toplamda belirlenen eşiği aşması halinde prosedürün uygulanması öngörülmektedir. Türk hukukundaki bu düzenleme ise birden fazla yapılmak suretiyle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanmasından kaçınılmasını önlemek amacı taşımamaktadır. Bu düzenleme ile şirketlerin sürekli olarak ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemleri prosedürden muaf tutarak kolay şekilde gerçekleştirebilmesi olanağı sağlanmak istenmiştir. Ancak bu sefer bir şirket, tek seferde yaptığı işlem için KYT m. 9 gereğince bir dizi prosedüre tabi olurken birden fazla aynı nitelikte işlemi yaptığı halde adeta bu prosedürden muaf tutulmaktadır. Bu kolaylık karşısında şirketlerin yapacağı işlemleri bölerek yapmasının da önü açılmış olmaktadır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen yaygın ve süreklilik arz eden işlemler KYT m. 9’u uygulanamaz hale getirmemelidir, Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’nde olduğu gibi önemsiz nitelikteki küçük işlemlerin toplanarak eşiği aştığı işlemler yönünden bir düzenleme getirilmelidir. Kanımızca, KYT m. 10’un Pay Sahipliği Hakları Yönergesi’ndeki düzenleme gibi kaleme alınması yerinde olacaktır. Bu yönüyle KYT m. 9’u işlevsiz hale getirmektedir.

17. Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuatında bazı ilişkili taraf işlemi için uygulanması gereken başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin KYT m. 12’de düzenlenen teminat verilmesi yasağı oluşturmaktadır. KYT m. 12’de payları borsada işlem gören şirketlerin ve onların bağlı şirketlerinin maddede sayılan istisnalar dışında üçüncü kişiler lehine teminat vermesi sınırlandırılmıştır. Olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla her koşulda üçüncü kişilere lehine verilen teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin YK kararı alınması zorunluluğu getirilmiştir. Madde kapsamına giren ilişkili taraflar lehine teminat verilmesi durumunda da KYT m. 12 hükümleri uygulanmalı; ancak KYT m. 9’da belirtilen eşikleri aşan işlemler için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedür de işletilmelidir. Üçüncü kişiler lehine teminat verilmesi KYT m. 12’de belirli amaçlarla sınırlı tutulsa da, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin öngörülen koruma mekanizmasını karşılayacak nitelikte önlem içermez. Bu nedenle KYT m. 12’de izin verilen ölçüde ilişkili taraflara teminat verilebileceği, KYT m. 9’da belirlenen oranları aşan işlemler yönünden ise prosedürün uygulanması gerekmektedir.

18. Halka açık şirketlerin önemli nitelikteki işlemleri SerPK m. 23'te düzenlenmiş ve bunlara uygulanacak usul ve esasları belirleme yetkisi SPK'ya bırakılmıştır. Bu işlemlerin kiminle yapıldığı önemli olmaksızın, önemli nitelikteki işlem ölçütlerini sağlıyorsa önemli nitelikteki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Önemli nitelikte işlem olarak nitelendirilen işlemlerin bir kısmı ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemlerdendir. Böylelikle payları borsada işlem gören anonim şirketlerin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdikleri işlemler de önemli nitelik ölçütlerini karşılıyorsa ilgili düzenlemelerin uygulanması gerekecektir.

19. SerPK m. 21 hükmünde örtülü kazanç aktarımı teşkil eden ilişkili taraf işlemlerin yapılması yasaklanmış ve bunlar için çeşitli müeyyideler getirilmiştir. Örtülü kazanç aktarımı, esasen hukuka uygun ve ticari amaçla yapıldığı izlenimi yaratsa da bu işlemlerde temel amaç şirket malvarlığının ilişkili taraflara aktarılmasıdır. Şirketin malvarlığını azaltan işlemler de genellikle örtülü kazanç aktarımıyla gerçekleştirilmektedir. Burada yasaklanan işlem, ilişkili taraflarla yapılan tüm işlemler olmayıp sadece SerPK m. 21 uyarınca piyasa şartlarında gerçekleştirilmeyen ilişkili taraflarla yapılan işlemlerdir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmeden önce işlemin SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı olup olmadığı araştırılmalı ve yasak kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlişkili taraf işlemleri yapılmadan önce örtülü kazanç aktarımı teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerektiğinden bu tespitin yapılması da ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür kapsamında değerlendirilmelidir. Esasen ilişkili taraf işlemleri için getirilen SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 düzenlemeleri örtülü kazanç aktarımı yasağı ile uyum göstermektedir. KYT m. 9'da öngörülen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin değerlendirme yaptırma zorunluluğu, işlem özelinde emsal karşılaştırması yapılmasını ve işlemin piyasa şartlarında olup olmadığının tespitini sağlar. Bu nedenle KYT m. 9'da belirtilen oranı aşan ilişkili taraf işlemlerinde değerlendirme raporu alınması, aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı denetimi de yapılmasını sağlamaktadır. Bu oranı sağlamayan işlemlerde ise bu denetimi KYT m. 10'da olduğu gibi yönetim kurulunun yapması gerekir.

20. Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan ilişkili taraf işlemleri başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan bir düzenlemenin olmaması halka kapalı anonim şirketlerde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hiç koruma olmadığı anlamına da gelmemektedir. Bu şirketler yönünden Türk Ticaret Kanunu'nun çeşitli maddelerinde ilişkili taraf işlemleriyle ilişkilendirilebilecek pek çok hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükümlere YK üyelerinin şirketle işlem yapma yasağı ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395), YK üyelerinin rekabet yasağı (TTK m. 396), pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 358) ve şirketler topluluğu hükümleri (TTK m. 195-209) örnek gösterilebilir. Tezimiz kapsamında da nitekim anılan hükümler incelenmiştir.

21. TTK m. 395'te, YK üyesinin şirketle yaptığı işlemler ve başkası adına yaptığı işlemler yönünden yasak getirilmektedir. Şirketle işlem yasağı şirketin menfaatlerinin korunması için getirilmiş bir düzenleme olmakla birlikte tam anlamıyla amacını yerine getiremediği ifade edilmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapabilmeleri için genel kurulun izni gerekir. Koruyucu mekanizma olarak sadece genel kurulun onayının öngörülmüş olması etkili olmamaktadır. Genel kurulun onayı için ayrı bir nisap öngörülmediği için karar basit nisapla alınabilmektedir. Yönetim kurulunu seçme gücüne sahip olan çoğunluğun gerekli nisabı sağlayarak işlem yapma iznini alması çok da zor değildir. Bu sebeple hüküm, azınlıkta kalan pay sahiplerini korumaktan da uzaktır. Genel kuruldan izin almanın kolay olması nedeniyle izin prosedürü işlemin şirketin menfaatine yapılmasını sağlamaya yeterli değildir. Hükümün etkisini artırmak için genel kurulun genel izin vermesinin önüne geçilerek işlem bazında spesifik izin verilmesini sağlayacak şekilde hükümde değişiklik yapılmalıdır. Nitekim olağan genel kurul toplantılarında YK üyelerine TTK m. 395/1 hükmü uyarınca izin verilmesine gündem maddesi olarak sıklıkla yer verilmekte, bu ise izinden ziyade adeta olağan genel kurulun rutini haline gelmiştir. Genel kurulun işlemin yapılmasına genel bir onay vermesi YK üyelerinin sorumluluğuna gidilmesine engel teşkil etmez. Ancak baştan zarara uğranılmasını engellemek zarar uğradıktan tazminine gitmekten daha güçlü bir koruma sağlar. Bu nedenle genel kurulun hangi işlemin yapılacağını bilmeden YK üyelerinin ve diğer yöneticilere şirketle işlem

yapması için genel bir izin vermemesi sağlanmalıdır. Aksi halde hüküm olağan genel kurul toplantılarında YK üyelerine verilen rutin izin uygulaması dışında bir işleve çoğunlukla sahip olamayacaktır. Kanımızca burada ilişkili taraf işlemlerinde olduğu gibi önemli önemsiz işlem ayrımı getirilmesi, şirketin sermayesine veya finansal tablolarla belirtilen malvarlığına göre belirli yüzdeyi aşmayan işlemlerin onaya gerek olmaksızın yapılmasına izin verilmesi, kalan işlemlerin önemli sayılarak genel kurul onayının aranması şeklinde bir düzenleme yoluna gidilmesi makul olacaktır. Yine burada genel kurulun işlemi değerlendirmesini sağlayacak şekilde genel kurul kararından önce KYT m. 10'da olduğu gibi yönetim kurulunun yasak kapsamına giren işleme ilişkin genel kurulun bilgilendirilmesini sağlayacak şekilde işlemin şirket malvarlığına oranı, piyasa şartları ve piyasa koşullarına göre karşılaştırmasını yaptığı bir rapor hazırlanması gerekliliği getirilmesi düşünülebilir. Bu yönde bir rapor hem YK üyelerinin tamamının işlemde haberdar olmasını ve işlemi değerlendirmesini sağlayacak, hem de genel kurulda pay sahiplerinin işleme ilişkin bilgi sahibi olmasını sağlayacaktır.

22. Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi için sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olması ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararını karşılayacak düzeyde olması gerekmektedir. Bu hüküm ilişkili taraf sayılan kontrol gücüne sahip ya da önemli etkiye sahip pay sahipleri yönünden de bir koruma işlevi görmektedir. TTK m. 358 hükmünde borçlanma yasağı pay sahipleri için getirilmiştir. TTK m. 395/2 hükmünde, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile onların 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanması yasaklanmıştır. Pay sahibi olmayan YK üyeleri için yasak getirildiğinden pay sahibi olan YK üyeleri için TTK m. 358 hükmü uygulanmaktadır. TTK m. 395/2 hükmünde mutlak bir borçlanma yasağı getirilmekte ve bu şekilde pay sahibi olmayan YK üyelerinin şirkete nakit borçlanmalarına hiçbir şekilde imkân tanınmamaktadır. Hüküm bu haliyle sadece pay sahibi sıfatını haiz olmayan profesyonel YK üyeleri için uygulama imkânına haiz olmaktadır. Türk hukukunda ise hâkim pay sahipliği yapısı hâkimdir ve profesyonel yönetim anlayışı egemen değildir. Şirketler özellikle halka kapalı şirketlerde çoğunlukla pay sahipleri tarafından yönetilmektedir. TTK m. 395/2 hükmü

ile pay sahibi olan olmayan üye özelinde ayırım yapılmasının hukuken haklı bir nedeni bulunmadığı gibi bu hükümle korunması amaçlanan YK çevresi de son derece sınırlı kalmaktadır. Bu nedenle bu yasağın, şirket malvarlığının kötüye kullanılmasının önlenmesini sağlayacak düzeyde bir koruma sağlamadığı ifade edilmelidir. Bu açıdan hükmün, şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını engellenebilmesi için bu yasağın tüm YK üyeleri için getirilmesi yerinde olurdu. Ayrıca belirtelim, YK üyelerinin şirketle borçlanma dışında işlem yaptığı hallerde TTK m. 395/1 hükmünde pay sahibi olup olmamasına göre bir ayırma gidilmemekte, tüm üyelerin şirketle işlem yapması genel kurulun rızasına bağlanmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasını şirketle işlem yapıldığı diğer hallere göre daha tehlikeli gören kanun koyucunun, aynı tehlikeyi pay sahibi üyeler yönünden görmemiş olması da kendi içinde çelişki yaratmaktadır.

23. Şirketler topluluğu Türk Ticaret Kanunu'nun 195 ila 209 maddeleri arasında düzenlenmektedir. Şirketler topluluğu hükümlerinde esas itibariyle topluluk şirketleri arasındaki ilişki ve işlemler ve bunlara ilişkin sonuçlar düzenlenmektedir. Bu yönüyle bu hükümler aynı zamanda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme niteliği de taşır. Zira aynı grubun üyesi olan işletmeler diğer bir ifadeyle her bir ana şirket, bağlı şirket ve diğer bağlı şirketler TMS 24.9 uyarınca birbiriyle ilişkili sayılmaktadır. Bu açıdan konumuz bakımından da topluluk şirketlerine ilişkin hükümlerin incelenmesi gerekli görülmüştür. Şirketler topluluğunda, hâkim şirketin veya teşebbüsün bağlı şirketin kaybına yol açacak işlemler veya önlemlerde bulunmaya yönlendirmesi özel olarak düzenlenmiş, kaybın giderilmesi koşuluna bağlı olarak yönlendirmelere cevaz verilmiştir. Hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin gerçekleştirdiği grup içindeki şirketlerle veya ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler aynı zamanda TMS 24 uyarınca ilişkili taraf işlemi teşkil eder. TTK m. 202 hükmünde belirtilen hâkim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleştirilen önlemler ise bir işlem teşkil etmediği için TMS 24 kapsamında ilişkili taraf işlemi sayılmazlar ve bu nedenle SerPK m. 17/3 hükmünün uygulama alanına da girmezler. Ancak bağlı şirketin aynı zamanda payları borsada işlem gören şirket olması durumunda, hâkim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleştirilen bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemler, SerPK m.

17 hükmü gereği ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedüre tabi olacaktır. Bu halde hâkim şirketin yönlendirmesi ile yapılan bu işlem bağlı şirketi kayba uğratacak nitelikte ise TTK m. 202 ile SerPK m. 17 hükümleri kesişecek, iki hükmün aynı anda uygulama alanı bulup bulamayacağı gündeme gelmektedir.

24. Şirketler topluluğu düzenlemelerini dışlayan bir hüküm olmadığı ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümle TTK m. 202 hükmü çelişmediği için payları borsada işlem gören şirketlerin varlığı halinde TTK m. 202 hükmünün de uygulanabileceği kabul edilmelidir. İki hükmün içeriğine bakıldığında iki hükümde birbiri ile çelişen düzenlemeler de bulunmamaktadır. Şirketler topluluğunda, SerPK m. 17/3 hükmündeki gibi hakimiyet kullanılarak yapılacak işlemlere yönelik bir prosedür getirilmemektedir. Bu hüküm ile şirketi kayba uğrayacağı işlemleri kapsamakta ve bunlara ancak kaybın denkleştirilmesi halinde izin verilmektedir. SerPK m. 17/3 hükmü ise ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmesi için bir prosedür getirmektedir. TTK m. 202 hükmünde işleme yönelik prosedür değil, şirketin kayba uğramasına engel olmak için telafi getirilmesi öngörülmektedir. SerPK’da şirketin kayba uğratılması için denkleştirme yükümlülüğü öngörülmediği için hâlihazırda SerPK’da düzenlenmeyen bir konu TTK m. 202 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu açıdan SerPK m. 17/3 hükmü TTK m. 202 hükmü ile içerik yönünden çakışmamaktadır. Bu itibarla SerPK m. 17/3 ile şirketler topluluğunda hâkimiyetin kullanılmasına ilişkin hükümlerin bir arada uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bağlı şirketin yönlendirilerek ilişkili taraflarıyla işlem yaptırılmak istendiğinde denkleştirme de önceden belirtilmeli, değerlendirme raporunda denkleştirme de ele alınarak işlemin bağlı şirket yönünden etkilerinin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu halde ilişkili taraf işleminin hem SerPK m. 17/3 hem de TTK m. 202 hükmü uygulama alanına girdiğinde, TTK m. 202 hükmünde öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün nasıl gerçekleştirileceğinin faaliyet yılı sonuna kadar beklenmeksizin hâkim şirket tarafından belirlenmesi gerekebilecektir.

25. Diğer taraftan KYT m. 10’da şirketlerin bağlı şirketleri arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemler için daha farklı bir prosedür getirilmiştir. Bu hükme göre YK kararı ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin kapsamı ve bu işlemlere ilişkin

koşullar belirlenerek bu işlemler yapılabilir. Ancak yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içerisindeki tutarının, %10'dan fazla bir orana ulaşacağının öngörülmesi durumunda, YK kararına ek olarak bir rapor hazırlanması ve bu raporun tamamının veya sonucunun KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Böylelikle sürekli iş ilişkisi içerisinde olabilecek topluluk şirketleri gibi şirketlere ilişkili taraflarıyla prosedürü yerine getirmeksizin işlem yapma olanağı tanınmıştır. Bu açıdan şirketler topluluğundaki şirketler arasında gerçekleştirilecek işlemlerde, çoğu halde SerPK m. 17/3 ve KYT m. 9 hükmü uygulanmayacak, KYT m. 10 uyarınca YK kararı ile işlemin yapılması olanaklı olacaktır. Kanun'da nakit havuzu uygulanan topluluk şirketleri yönünden de bir istisna tanınmamıştır. Bu nedenle bu nakit havuzunun uygulandığı topluluk şirketlerinde de ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürün uygulanması zorunludur. Ancak nakit havuzunda günlük nakit aktarımı olduğu için her seferinde prosedürün işletilmesi payları borsada işlem gören şirketlerin olduğu şirketler topluluğunda nakit havuzu uygulamasını zorlaştıracak düşünülebilir. Bu tür işlemler, yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olarak değerlendirilebildiğinde nakit havuzunun kurulabilmesi mümkün olacaktır. KYT m. 10'da öngörülen topluluk şirketleri arasındaki işlemler yaygın ve süreklilik arz eden işlemler kapsamında sayılacağı için KYT m. 9'daki oranı tek seferde aşmayan işlemler yönünden önceden YK kararı alınarak KYT m. 9'daki prosedürün işletilmesine gerek kalmaksızın aktarımın yapılması mümkündür.

26. TTK m. 204 uyarınca da tam bağlı şirket YK, hâkim şirketin bağlı şirketin ödeme gücünü aşacak veya varlığını tehlikeye sokabilecek ya da şirketin önemli varlıklarını kaybetmesine neden olabilecek talimatlar dışındaki tüm talimatlara uymakla yükümlü kılınmıştır. SerPK m. 17/3 hükmünde ise ilişkili taraflarıyla belirli bir oranda işlem yapan bağlı şirketin organlarının bu işlemin yapılmasına onay vermesi aranmıştır. Dolayısıyla bir hüküm yönetim kuruluna bu işlemi yapmakla yükümlü kılarken diğer hüküm bu işlem için prosedür getirmekte işlemi onaylayıp onaylamama konusunda organlara serbesti tanımaktadır. Böylelikle iki hüküm içerik yönünden çatıştığı ve bir arada uygulanması olanağı bulunmadığı için iki hükümden birine öncelik tanınıp tanınmayacağı hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Ancak

belirtelim ki, payları borsada işlem gören bağlı şirketlerde bir hâkim şirketin paylarının veya oy haklarının tamamına sahip olması düşük bir ihtimaldir. SerPK hükümleri uyarınca payların tamamının bir şirkette olduğu hallerde o şirketin borsa kotundan çıkması gerekecektir. Bu halde payları borsada işlem gören şirket olmadığı için ilişkili taraf işlemlerine ilişkin prosedürü de uygulaması zorunlu olmayacaktır. Ne var ki KYT m. 9 hükmü şirketler ve bağlı şirketlerin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler şeklinde kapsamı genişlettiği için görüşümüz uyarınca bağlı şirketin payları borsada işlem gören şirket olmaması hâkim şirketinin payları borsada işlem gören şirket olması halinde de bağlı şirketin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler yönünden KYT m. 9'daki prosedürün işletilmesi gerekecektir. Bu hallerde ise bu iki hükmün uygulanmasının gündeme gelmesi muhtemeldir. Tam hâkimiyet halinde SerPK m. 17/3 ve KYT hükümlerinin uygulama kapsamında olan şirketin işlemlerine hükmün lafzı gereği öncelikli olarak SerPK hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu durumda, TTK m. 203 vd. hükümleri ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin hükümlerle bir arada uygulanması olanağı olmadığı için bu hükümler uygulanamayacaktır. Ancak bu sonuç şirketler topluluğunda kabul edilebilir bir çözüm gibi görünmemektedir. TTK'da şirketler topluluğunun özelliği dikkate alınarak tam hâkimiyette getirilen talimata uyulması hususu, SerPK'da görmezden gelinmiş olmaktadır. Tam hâkimiyet halinde ilişkili taraf işlemlerine ilişkin nisapların da çoğu zaman ilişkili tarafların varlığı nedeniyle sağlanması zordur. Bu nedenle Pay Sahipliği Hakları Yönergesi'nde önerilen muafiyetin Türk hukukunda da kabul edilmesi yerinde olacaktır.

27. Örtülü kazanç aktarımı yasağı ile hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına ilişkin şirketler topluluğu düzenlemelerin çakıştığı hallerde, bağlı şirketin hâkim şirketin yönlendirmesi ile ilişkili taraflarıyla yapacağı işlemlerde TTK m. 202 hükmünün uygulama kabiliyetinin de olduğu, TTK m. 202'nin SerPK m. 21 ile bir arada uygulanabileceği kabul edilmelidir. Ancak SPK'nın uygulamasına bakıldığında şirketler topluluğu hükümlerinin dikkate alınmadığı denkleştirme yapılıp yapılmadığı hususunun irdelenmediği görülmektedir. Bu açıdan SPK tarafından SerPK'ya öncelik veren uygulama olduğunu ancak öğretilde tartışmalı olan bu ihtilafı giderecek bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

28. İlişkili taraf işlemlerinin vücut bulduğu diğer bir topluluk düzenlemesi de bağlılık raporudur. TTK m. 199/1 hükmü ile bağlı şirket YK her yıl faaliyet yılının ilk üç ayı içinde rapor hazırlamakla yükümlü kılınmıştır. Bu rapor bağlı şirketlerin hâkim şirket ve diğer bağlı şirketlerle aralarındaki ilişkileri ve bu ilişkinin kayıp/yarar olarak sonuçlarını içermektedir. İlişkili taraf işlemlerinde işlemin yapılmasından önce bir değerlendirme raporu alınmaktadır. Bu raporda yapılacak işleme ilişkin değerlendirmeler sunulmaktadır. Ancak ikisi arasında önemli bir farklılığa işaret etmemiz gerekmektedir. Bağlılık raporu işlem yapıldıktan sonra alınmakta, buna karşın değerlendirme raporu ise işlem yapılmadan önce alınmaktadır. KYT m. 9 gereğince alınacak değerlendirme raporunda, hâkim şirketin denkleştirme talebi yer almalıdır. Bu sebeple bağlılık raporunda değerlendirme raporundaki bu hususlara mutlaka işaret edilmelidir. Kanaatimizce bağlılık raporunda değerlendirme raporundaki tespitlerle bağlı olunmamalıdır. Bu nedenle değerlendirme raporunda yer alan hâkim şirketin denkleştirme konusunda verdiği taahhüdün değişmesi halinde bu durum da bu rapora yansıtılmalıdır.

29. Dördüncü bölümde hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin sonuçları düzenlenmiştir. Bu bölüm sermaye piyasası mevzuatında öngörülen ilişkili taraf işlemleri ile ilgili düzenlemelere aykırılığın sonuçları ile Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen aykırılığın sonuçları ayrımı altında ele alınmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu'nda hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin sonucu sadece usuli açıdan düzenlenmiş ve prosedüre uygun alınmayan YK ve genel kurul kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bunun dışında ilişkili taraf işlemlerinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesinin sonuçları ayrıca düzenlenmemiştir. Bununla birlikte ilişkili taraf işleminin örtülü kazanç aktarımı ya da önemli nitelikte işlem oluşturduğu hallerde bu müesseselere ilişkin özel yaptırımlar da uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda yöneticilerin sorumluluğu ve SPK'nın denetim yetkisi kapsamında haiz olduğu tedbir ve idari yaptırımlar da hukuka aykırı ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesinde uygulama alanı bulabilecek diğer müesseselerdir.

30. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin karar alma sürecinde SerPK m. 17/3'te belirtilen usul ve esaslara uygun olarak alınmayan YK kararı veya genel kurul

kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bu maddede kararların geçersiz olduğu ifade edilmiş ancak geçersizliğin yokluk mu, butlan mı veya iptal mi olduğu hususu belirtilmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce hukuka aykırı olarak alınan bu kararların aykırılığın boyutuna göre yaptırımın ne olduğu tespit edilmelidir.

31. SerPK m. 17/3'te öngörülen prosedüre uyulmamasının yapılacak işlemin geçersizliğine yol açacağı da açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimizce, SerPK m. 17/3'te öngörülen prosedüre uyulmaması yapılacak işlemin kural olarak geçersizliğine neden olmamalıdır. Hükme bakıldığında, burada işlemin karar olmaksızın yapılması doğrudan yasaklanmamış, bu işlemler yapılmadan önce sürecin işletilmesi gerektiği belirtilmiş ve usule aykırı olarak alınan genel kurul ve YK kararlarının geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla anılan hükümde geçersizliği vurgulanan işlem değil buna ilişkin alınacak organ kararlarıdır. Bu nedenle madde lafzından doğrudan işlemin geçersiz olduğu sonucuna varılması olanaklı değildir. Şirketin iç ilişkilerdeki eksikliklerin dış ilişkiye de sirayet edebilmesi için açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Yönetim kurulu kararı ve genel kurul kararının geçerli olup olmaması hususu şirketin iç ilişkisini ilgilendiren bir durumdur. Nitekim TTK m. 371'de temsile yetkili olanların şirketin amacına ve işletme konusuna giren bütün türdeki işlemleri şirket adına yapmaya yetkili oldukları belirtilmiş ve bu yetkinin de belirli hallerde sınırlandırılabilceği aynı maddede ifade edilmiştir. Buna göre temsil yetkisine haiz olanların yetkisi kanuni veya iradi olarak sınırlandırılabilir. Şirketlerin tanıyabileceği ve üçüncü kişilere karşı geçerli olacak iradi sınırlamalar TTK m. 371/3'te belirtilmiştir. Konumuz bakımından önem taşıyan kanuni sınırlamalar ise TBK m. 27'deki ana kural dışında, genel itibariyle kanunda bir hukuki işlemin geçerli olması için ayrıca bir organın izninin şart koşulduğu hallerde karşımıza çıkmakta ve bu durumda bu işlemin hüküm doğurması için izin alınması gerekliliği doğmaktadır. Bunun için kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kanunda belirtilen genel kurulun onayına tabi tutulan ve geçerliliği buna bağlanan işlemlere örnek olarak TTK m. 395'te düzenlenen işlem yasağı gösterilebilir. Bu hükümde YK üyesinin genel kurulun izni olmaksızın şirketle işlem yapamayacağı yasaklanmış ve şirketle yapılan işlemin batıl olduğunu şirketin ileri sürebileceği açıkça belirtilmiştir. Burada işlemin

tarafı ya da temsilcisi belli olup, yasağın sınırları belirli ölçüde çizilmiştir. Bu nedenle SerPK m. 17 kapsamında tarafların ve işlemin belirli olmadığı ve işlemin tutarının da ayrı bir hesaplama tabi tutulduğu böyle bir durumda onay prosedürü işletilmediğinden ya da kararların geçersiz olduğundan bahisle gerçekleştirilen işlemin doğrudan geçersiz olduğunu ileri sürmek işlem güvenliğini zedeleyecektir.

32. SerPK m. 17 uyarınca işlemin tarafları, ilişkili taraflardır. İlişkili taraflar ise TMS 24.9’da sayılan oldukça kapsamlı bir gruba içine almaktadır. Her işlemde ise diğer tarafın ilişkili taraf olup olmadığı ayrı bir değerlendirme konusu olmaktadır. İlişkili taraf işleminin skalası ise belli değildir, oldukça kapsamlı işlemler demeti ilişkili taraf işlemi kategorisinde sayılabilmektedir. KYT m. 9’da ilişkili taraflarla yapılan belirli eşiği aşan işlemler için onay prosedürünün öngörüldüğü düşünüldüğünde, tarafların tayini ile birlikte işlemin eşik değerleri aşp aşmadığı değerlendirmesinin de yapılması gereklidir. Bu belirsizlik ise yanlış değerlendirmeleri, birçok ilişkili taraf işleminin ilişkili taraf işlemi nitelendirilmesi yapılmaksızın gerçekleştirilmesi riskini de içinde barındırmaktadır. Bu belirsizlik çerçevesinde bu işlemlerin geçersiz olduğunu ileri sürmek işlem güvenliğini zedeleyecektir. Bu nedenle sınırları açıkça belirlenmemiş işlem için iç ilişkideki noksanlıkların dış ilişkiyi de etkilediğini söyleyebiliriz mümkün olmamalıdır. Ayrıca ilişkili taraf işlemleri kapsamında kendisi ile işlem yapılan “ilişkili taraflar” her zaman işlemi yapan şirketin işlemlerine vakıf olabilen kişiler değildir. Örneğin ilişkili taraflar arasında sayılan işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması halinde ilgili emeklilik ve sigorta şirketleri, şirketle yapılacak bir işlemin KYT m. 9 ve 10’da belirlenen prosedürden geçirildiği beklenemez. Bu hallerde bu kişilerle yapılan ilişkili taraf işlemlerinin geçersizliği her durumda ileri sürülemez. Buna karşın şirketin kilit konumunda yöneticilerinin ise şirket içi işleyişe vakıf olduklarını kabul etmek ve bu tür ilişkili taraf işlemlerini geçersiz saymak mümkün olabilir. Zira bu kimseler, TTK m. 371/3 kapsamında bu kimselere karşı her zaman ileri sürülebilecektir.

33. İlişkili taraf işlemleri, prosedürün bir parçası olarak örtülü kazanç aktarımı denetiminden geçer. İlişkili taraf işlemleri, şirketin malvarlığının azalmasına veya kazancının artmasına engel olduğu hallerde örtülü kazanç aktarımı oluşturur ve bu

halde örtülü kazanç aktarımına ilişkin yaptırımların uygulanması gündeme gelir. İlişkili taraf işlemlerinin şirketin zarara uğramasına yol açtığı durumlar genellikle örtülü kazanç aktarımı şeklinde tezahür etmektedir. Örtülü kazanç aktarımına aykırı davranılmasının özel hukuktaki ilk sonucu, kazanç aktaran şirketin yöneticileri ile kaynak aktarılan ilişkili tarafların tazminat sorumluluğunun doğmasıdır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlal edilmesi halinde SerPK’da hem şirketin zararının tazminin sağlanmasına hem de örtülü kazanç aktarımı yapanların cezalandırılmasına yönelik hukuki ve cezai yaptırımlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılığın hukuki yaptırımı SerPK m. 21/4’de düzenlenmiştir. Örtülü kazanç aktarımının SPK tarafından tespit edilmesi halinde halka açık anonim şirketler, kolektif yatırım kuruluşları ile onların iştirak ve bağlı şirketler, kazanç aktarımı yapılan ilişkili taraflarından SPK tarafından belirlenen süre içerisinde aktarılan miktarın kanuni faizi ile birlikte malvarlığı veya kazancı azaltılan şirkete iade edilmesini istemek, kendilerine kazanç aktarımı yapılan ilişkili taraflar da SPK’nın belirlediği süre içinde aktarılan miktarı faiziyle birlikte iade etmek zorundadır. SPK aykırılıkların giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını halka açık anonim şirketten ve ilgililerden isteme yetkisine sahiptir. Örtülü kazanç aktarımı yasağı bağlamında SPK’ya bir anlamda şirketin zararının tazmininin sağlanabilmesi için aktarılan tutarın iadesini isteme yetkisi de SerPK m. 21/4 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. SPK’nın halka açık anonim şirketlerden aykırılıklar halinde tedbir alınmasını istemesi ve durumu ilgili mercilere intikal ettirme yetkisinin zorlayıcılığının sınırlı olması nedeniyle, SPK’ya; denetleme, düzenleme ve izleme makamı olarak küçük pay sahiplerinin haklarını korumak üzere dava açma yetkisi tanınmıştır. SerPK m. 92’de, SPK’ya ilgili koşulların gerçekleşmesi kaydıyla halka açık anonim şirketin aykırılık teşkil eden işlemlerine karşı iptal davası, butlan veya yokluğun tespiti davaları açma yetkisi tanınmıştır.

34. İlişkili taraf işlemlerinin şirketin malvarlığının azaltılmasına yol açtığı hallerde, bu işlemleri gerçekleştiren kişilerin ve ilişkili tarafların sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusu gündeme gelir. İlişkili tarafların, şirketi zarara uğrattığı hallerde tazminat sorumluluğuna gidilebilecek ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle şirket ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen bu işlemlerden yöneticilerin ve diğer ilişkili tarafların şirkete karşı sorumluluklarına TTK m. 553 vd.'da düzenlenen sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. TTK m. 553'te yer alan yönetici kavramı fiili organ teşkil eden kişileri kapsamına alacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, resmi olarak YK üyesi, yönetici gibi bir konuma sahip olmasa da şirketle ilgili temel kararları alabilen veya bunların alınmasına etkili olan kontrol gücünü haiz kişiler şekli organ sayılarak TTK m. 553 hükmü kapsamında sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, ilişkili taraflara menfaat sağlanmasına ve şirketin zarara uğramasına yol açan işlemlerin gerçekleşmesinde müdahalesi olan kontrol sahiplerinin fiili organ sayılarak bu eylemlerinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmelidir. TTK m. 553 vd. hükümleri gereğince YK üyelerinin ve fiili organ kapsamında kontrol gücüne sahip kişilerin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaktadır. Bu itibarla örneğin şirket üzerinde önemli etkiye sahip ilişkili taraftan örtülü kazanç aktarımı teşkil eden işlem ile aktarılan tutar istenebilecek iken bu yolla şirketin uğratıldığı ve aktarılan tutarın iadesiyle karşılanamayan zararın istenebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu zarar için TTK m. 553 hükmü gereğince bu işlemin gerçekleştirilmesinde etkisi olan kusurlu yöneticiler ve kontrol sahiplerinin sorumluluğuna gidilebilecektir.

35. Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkili taraf işlemleri kapsamında sayılabilecek düzenlemelere ilişkin TTK'da bağlanan özel sonuçlar bulunmaktadır. Bunlar da çalışmada etraflıca incelenmiştir.

36. TTK m. 395/1 hükmü YK üyesinin şirketle kendisi veya başkasına adına işlem yapmasını yasaklamaktadır. Bu hükümle, YK üyelerinin haiz olduğu temsil yetkisini kendisi veya çifte temsil yoluyla yapılacak işlemlerde kullanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla işlemin bir tarafını şirket, diğer tarafını YK üyesinin oluşturduğu hallerde şirketin YK üyelerinden herhangi biri tarafından temsil edilebilmesi için genel kurulun o üyenin şirketle işlem yapmasına izin vermiş olması gerekir. Burada işlemin hüküm doğurması için zorunlu olgulardan birini genel kurulun izni oluşturmaktadır. Genel kurul izninin olmaması halinde işlem hüküm doğurmamaktadır. Ancak burada kesin hükümsüzlük değil; askıda hükümsüzlük söz

konusu olur. Eksik kalan genel kurulun izin aşaması tamamlandığında, işlem baştan itibaren geçerli olarak hükümlerini doğuracaktır. TTK m. 395/1'de, işlemin batıl olduğunu yalnızca şirketin ileri sürebileceği, diğer tarafın ise bunu ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla hükümde işlemin yaptırımı batıl olarak ifade edilmişse de, işlemin bir taraf için geçerli diğer taraf için geçersiz olduğu için mutlak butlandan söz edilemez. Burada tek taraflı bağlamazlık söz konusudur.

37. İşlemin geçersizliğini şirketin ileri sürebileceği belirtilmiş, ancak bunu şirketin hangi organının yapacağı belirtilmemiştir. Burada işlemin geçersizliğini ilgili üyeye bildirecek organ YK'dur. Ancak belirtelim yönetim kurulunun işlemi genel kurulun önüne getirmeksizin doğrudan geçersiz olduğunu ileri sürme yetkisi yoktur. Genel kurul, şirketle işlem yapılmasına izin verme yetkisine sahip olduğu gibi izinsiz olarak yapılan işlemin akıbetine de karar verme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda yönetim kurulunun işlemin geçerli olup olmadığına ilişkin şirket adına irade açıklamasında bulunmadan önce işlemin onaylanması için genel kurulu toplantıya çağırması ve bu toplantıda alınan genel kurulun işleme ilişkin kararını ilgili üyeye bildirmesi gerekir. Burada YK kendi iradesini değil, genel kurulun işlemi onaylayıp onaylamadığına yönelik iradesini diğer tarafa bildirmektedir. Genel kurulun işlemi onaylaması tek taraflı bir irade açıklaması niteliğindedir. Onama kararı, üyeye ya da adına işlem yapılan tarafa bildirilmesi ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Genel kurulca izin verildiği için artık işlem yasağına aykırılık söz konusu olmaz. Genel kurul izinsiz yapılan işlemi onaylarsa, YK üyelerini bu işlem özelinde ibra edilmiş sayılmalıdır. Bu, işleme ilişkin YK üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği sonucunu doğurur. Ancak kanaatimizce burada ibraya ilişkin TTK m. 358 hükmü kıyasen uygulanarak olumsuz oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açabileceği olumlu oy veren pay sahiplerinin ise YK üyeleri aleyhine sorumluluk davası açamayacağı kabul edilmelidir. Genel kurul, izin alınmaksızın yapılan işlemi onayıp onamama hususunda serbestiye sahiptir. Genel kurul işlemi onaylamazsa, askıda hükümsüzlük kesin hükümsüz haline gelir. İşlem hiç doğmamış gibi sonuç doğurur. Tek taraflı bağlamazlık nedeniyle karşı taraf için işlem geçerli olsa da, karşı tarafın işlemden doğan hak ve borçları şirketten talep etme hakkı yoktur. Genel kurulun işlemi

onaylamaması onu herhangi bir tazminat sorumluluğu altına sokmaz. Zira YK üyesi, burada yetkisiz temsilci konumundadır ve yetkisiz olarak yapmış olduğu işlemde bahisle zararının tazmininin şirkete yöneltilmesi mümkün değildir.

38. Pay sahiplerinin, vadesi gelmiş sermaye borcunu ödemedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça borçlanmaları yasaklanmıştır. Borçlanma yasağına aykırı davranışın hukuki sonucu düzenlenmemiş olsa da bunun yaptırımını TTK m. 1530/1 hükmü uyarınca butlandır. Bu halde pay sahibinin kanuna aykırı olarak almış olduğu meblağı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade etme yükümlülüğü doğar. Şirket zarara uğramış ise TTK m. 358 hükmüne aykırı olarak pay sahibine borç verilmesine engel olmayan yöneticilerin de sorumluluğu gündeme gelir. TTK m. 358'e uygun olarak pay sahibine borç verilebilmesi mümkün olmakla birlikte bu pay sahibinin şirkete sınırsız borçlanacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Pay sahibine verilen borcun, emsallere uygunluk ilkesine uygun olması, aynı şartlarda üçüncü kişiyle yapılacak işlemle eşit şartlar içermesi gerekir. Aksi halde borç veren yöneticiler, şirketin uğramış olduğu zararı TTK m. 553 vd. hükümleri gereğince tazmin etmekle yükümlü olur. Dolayısıyla TTK m. 358 hükmüne uygun pay sahibine borç verilmesi şirketin yöneticilerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. TTK m. 562/5.b hükmünde ise Kanun'a aykırı olarak pay sahiplerine borç verenlerin üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylelikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

39. Pay sahibi olmayan YK üyelerinin ve onların TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete borçlanması mutlak olarak yasaklanmış ve yasağın ihlali halinde hukuki ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Borçlanma yasağının ihlal edilmesinin hukuki sonucu TTK m. 395/2'de düzenlenmiştir. Burada, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile onun yakınlarının şirkete borçlanmaları halinde şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarına bu kişileri doğrudan takip etme yetkisi tanınmıştır. Böylelikle şirket alacaklılarına, şirketin borçları için önce şirkete başvurusu şartı aranmaksızın alacağını tahsil edebilmek için yasağa aykırı olarak şirkete borçlanan YK üyesi veya onun yakını olan kişilere başvurma olanağı verilmiştir. Yasağa aykırı davranan üye ve

yakınları, alacaklılara karşı ancak şirkete borçlandıkları tutar kadar sorumlu olurlar. Şirket alacaklısının alacağı daha fazla ise kalan tutarı sadece şirket karşılamakla yükümlü olur. Burada öngörülen alacaklıların doğrudan yasağa aykırı borçlanan YK üyeleri ile onların yakınlarını takip etmesi şeklindeki hukuki yaptırım işlemin TTK m. 1530 uyarınca geçersiz sayılmasına engel olur. Bu yönüyle de aksine bir düzenleme olduğu için işlemin TTK m. 1530/1 hükmünden bahisle geçersiz olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

40. Şirkete, rekabet yasağını ihlal eden üyelerden tazminat isteme veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış sayma ve üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etme serbestisi tanınmıştır. Ancak şirket bu talepleri bir arada isteyemez, içlerinden birini tercih etmesi gerekir. Rekabet yasağına ilişkin öngörülen yaptırımların en önemli özelliği, şirkete tanınan talep hakkının şirketin uğradığı zararı ile sınırlı tutulmamış olmasıdır. Zira şirket uğradığı zarardan fazla olsa dahi üyenin yasağa aykırı olarak yaptığı işlemde elde ettiği menfaatin kendisine verilmesi isteminde bulunabilmektedir. Şirketin sahip olduğu üç yaptırım türünden birini seçme yetkisi, yönetim kurulundadır. Ancak yaptırımların seçilmesi rekabet yasağına aykırı harekette bulunan üye dışındaki üyelere bırakılmıştır.

41. Şirketler topluluğunda, TTK m. 202 hükmünde bağlı şirketin her pay sahibine ve alacaklılara, denkleştirmenin faaliyet yılı içinde yerine getirilmediği veya süresi içinde denkleştirme istem hakkı tanınmadığı durumda, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan YK üyelerinden şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilme hakkı tanınmıştır. Bu dava, bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına tanınmış özel bir sorumluluk davasıdır. Tam hâkimiyet halinde ise doğal olarak bu dava imkânı sadece alacaklılara tanınmıştır. Şirketler topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanıldığı hallerin aynı zamanda örtülü kazanç aktarımı teşkil ettiği hallerde SerPK'nın örtülü kazançla ilişkin ilgili hükümleri de gündeme gelecektir. Yukarıda da ele aldığımız üzere SerPK hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin ilgili hükümler bir arada uygulanabilmelidir. Bu nedenle hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı ve şirketin kaybının denkleştirilmediği hallerde SerPK m. 21/4 hükmü uyarınca ilişkili taraftan

kazanç aktarılan tutarın iadesi istenebilecekken, TTK m. 202 hükmü uyarınca tazminat davalarının pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılması da mümkün olacaktır. SerPK hükümleri uyarınca aktarılan tutarın iadesi sağlandığında, şirketin uğradığı ve kazancın iadesi ile karşılanmayan tutar, TTK m. 202 hükmü uyarınca açılacak sorumluluk davaları ile hâkim şirket ve onun sorumlu yöneticilerden istenebilecektir.



KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, s. 1-52.
- Adıgüzel, Burak: **Sermaye Piyasası Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Ağar, Serkan: **Transfer fiyatlandırması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, 2009.
- Akdağ Güney, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016. (Yönetim Kurulu)
- Akdağ Güney, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Sorumluluk)
- Aker, Halit: “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü "Hakim Teşebbüs"”, **BATİDER**, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 229-295.
- Akkurt, Sinan Sami: “Hukukî İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Haziran 2014, s. 99-131.
- Aksoy, Mehmet Ali: “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, **TFM**, S. 3, C. 2, 2017, s. 23–40.
- Aksoy, Zeki: **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu (Bilgi Suistimali)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Aksu Özkan, Raziye: **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- Alan, Bayram Volkan: **Sermaye Piyasası Kurulu’nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi Ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- Alıcı, Yaşar: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Alper, Gizem: “Yönetim Kurulu Üyesinin Anonim Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S.1, Haziran 2013, s. 45-60.
- Altay, Sıtkı Anlam: **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Altmeppen, Holger: “Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag”, **NZG**, 2010, s. 361-270. (Cash Pooling)
- Altmeppen, Holger: **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, 10. Auflage, C. H. Beck, 2021.
- Altmeppen, Holger: “AktG § 311 Schranken des Einflusses”, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Eds: Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C.H. Beck, 5. Auflage 2020. (MüKoAktG/Altmeppen, AktG §).
- Antalya, Gökhan: **Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 1, Ed.: Gökhan Antalya, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Gökhan; Topuz, Murat: **Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri**, C. I, Ed: Gökhan Antalya, İstanbul, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslanlı, Halil: **Anonim Şirketler (II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.
- Atanasov, Vladimir; Black, Bernard; Ciccotello, Conrad S: “Law and Tunneling”, **Journal of Corporation**, Vol. 37:1, 2011, s. 1-50. (Law and Tunneling)
- Atanasov, Vladimir; Black, Bernard; Ciccotello, Conrad S: “Unbundling and Measuring Tunneling”, **University Of Illinois Law Review**, Vol. 2014, Issue: 5, 2014, s. 1697-1738. (Unbundling)
- AÜHF Ticaret Hukuku ABD: “Türk Ticaret Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı’na

- Hazırlanan Görüş”, **BATİDER**, C. 23, S. 2, Aralık 2005, s. 213-248.
- Ay Kaplan, Ülkü: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu’nun Gözetme Görevi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Ayan, Özge: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ayanoğlu Morali, Ahi: “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Teşebbüsler Arası Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)”, **GSÜHFD**, C. 3, S. 2, Temmuz 2004, s. 391-422.
- Aydoğan, Fatih: **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Aydoğan, Fatih: **Tek Kişi Ortaklığı -Kavram ve Kurum Olarak Tek Ortaklı Şirket**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Tek Kişi Ortaklığı)
- Aydoğan, Gökhan: **Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, BTHAE, 2021.
- Aygün, Mehmet: **İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler Aracılığıyla Azınlık Hissedarlarının İstismarı**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara, 2008.
- Ayhan, Rıza;
Çağlar, Hayrettin;
Özdamar, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ayoğlu, Tolga: “Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2017, C. 5, S. 1, s. 93-104.
- Aytaç, Zühtü: “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. XXIX, S. 4, 2013, s. 5-56.
- Bahar Sayın, Hediye: **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- Bahtiyar, Mehmet: **Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta Basım, 2019. (Sermaye Piyasası)
- Bahtiyar, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta, 2022. (Ortaklıklar Hukuku)
- Balcı, Murat;
Turan Sinem: **Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Md. 1- 73**, C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Balcı, Murat;
Turan Sinem: **Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Md. 74-151**, C. II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Baştürk, İhsan: “Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu”, **DEÜHF Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan**, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 861-912.
- Bayer, Walter;
Selentin, Philipp: “Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts”, **NZG**, 2015, s. 7-14.
- Bennouri, Moez;
Nekhili, Mehdi;
Touron, Philippe: “Does Auditor Reputation “Discourage” Related-Party Transactions?”, **The French Case, A Journal of Practice & Theory**, Vol. 34, No: 4, Kasım 2015, s. 1 vd.
- Bianchi M.,
Ciavarella, A.;
Marcello Enriques, L.;
Novembre, L.V.;
R. Signoretti, R.: **Regulation and self-regulation of related party transactions in Italy An - empirical analysis**, CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) Working Papers, Quaderni di finanza N. 75, 2014, (Çevrimiçi), <https://www.consob.it/documents/11973/204072/qdf75.pdf/27beface-c61a-4d97-a790-22be98a70cae>, Erişim Tarihi: 02.02.2021.
- Birsenoğul, Hakan: **Vergi Hukukunda Yorum**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

- Black, Bernard S.: “The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets”, **UCLA Law Review**, Vol. 48, 2001, s. 781-855.
- Bora, Sevda: **Şirkete Borçlanma Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Boyacıoğlu, Cumhuri: **Konzern Kavramı**, Ankara, Nobel Yayınevi, 2006.
- Böckli, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, Zürich, Schulthess Verlag, 2009.
- Busack, Holger;
Scharr, Christoph: “Wesentliche Neuerungen bei der Abgrenzung des Kreises der nahestehenden Unternehmen und Personen”, **IRZ 2011**, s. 395 vd., <https://beck-online.beck.de>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 21.09.2020.
- Bödeker, Annette;
Henssler, Martin;
Strohn, Lutz: **Beck'sche Kurz-Kommentare**; Band 62, Gesellschaftsrecht, Eds. Martin Henssler, Lutz Strohn, 5. Auflage, C. H. Beck, 2021.
- Cankat, Rifat: **Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Chaghadari, Masood Fooladi;
Shukor, Zaleha Abdul: “Corporate Governance And Disclosure Of Related Party Transactions”, **2nd International Conference on Business and Economic Research (2nd ICBER 2011)**, Langkawi, Malaysia, 14-16 March 2011, s. 1392-1405.
- Chen, Yu-Mei;
Chien, Chu-Yang: “Monitoring Mechanism, Corporate Governance and Related Party Transactions”, **SSRN Electronic Journal**, 2007, s. 1-25.
- Chien, Chu- Yang;
Hsu, Joseph C. S: “The Role of Corporate Governance in Related Party Transactions”, **SSRN Electronic Journal**, 2010, s. 1 vd.
- Coffee, John C.: “Do Norms Matter?: A Cross-Country Examination of the Private Benefits of Control”, **Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies**, Working Paper No. 183, 2001, s. 9.

- Conac, Pierre-Henri: “Related Party Transactions in French Company Law”, **Revue Trimestrielle de Droit Financier (Corporate Finance and Capital Markets Law Review)**, 2014, s. 26-32, (Çevrimiçi), <https://orbi.lu.uni.lu/handle/10993/20167>, Erişim Tarihi: 24.01.2021.
- Conac, Pierre-Henri;
Enriques, Luca;
Gelter, Martin: “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, **ECFR**, Vol. 4, 2007, s. 491-528.
- Conaglen, Matthew: “A Re-Appraisal of the Fiduciary Self-Dealing and Fair-Dealing Rules”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 65/ 2, July 2006, s. 366-396.
- Çam, Gülçin: **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Çamoğlu, Ersin: “Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilen Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, Eds.: İsmail Kırca v.d., Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 329-340. (Önemli Miktarda Şirket Varlığı)
- Çamoğlu, Ersin: “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **BATİDER**, S. 32, C. 2, s. 5-17. (Perdenin Kaldırılması)
- Çamoğlu, Ersin: “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, **GSÜHFD**, C.12, S. 2, Temmuz 2013, s. 19-33. (Şirketler Topluluğunda Sorumluluk)
- Çamoğlu, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (YK Üyelerinin Sorumluluğu)
- Çeker, Mustafa: “Şirkete Borçlanma Yasağı”, **MÜHF HAD**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), C. 18, S. 2, 2012, s. 659-670.
- Çelik, Orhan: “Avrupa Birliği’nde Sermaye Piyasalarının Entegrasyonu Ve Muhasebe Uygulamalarının Uyumlaştırılması Süreci: Türkiye’nin Uyumlaştırma Surecindeki Konumu”, **Ankara**

Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2005, s. 89-119.

Çoştan, Hülya:

“Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 3, Eylül 2012, Sayfa: 155-190.

Davies, Paul:

“Related Party Transactions: UK Model”, **The Law and Finance of Related Party Transactions**, Eds. Luca Enriques, Tobiash H. Tröger, United Kingdom, Cambridge University Press, 2019, s. 361-399.

Dayınlarlı, Kemal:

Joint Venture Sözleşmeleri, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2007.

Değirmencioğlu Aydın, Nihan:

Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Demir, H. Erdal:

Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Demir, Koray:

Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması, **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, Eds: Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 257-259.

Djankova, Simeon;

La Portab, Rafael;

Lopez-de-Silanes, Florencio;

Shleifer, Andrei:

“The law and economics of self-dealing”, **Journal of Financial Economics** 88 (2008), s. 430–465.

Doğan, Beşir Fatih:

Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Doğan, Hasan:

“6102 Sayılı T. Ticaret Kanununda Yer Alan Türkiye Muhasebe Standartları Ve Uygulanabilirliği”, 02 Aralık 2013, (Çevrimiçi), <https://maliyepostasi.com/turkiye-muhasebe-standartlari-ve-uygulanabilirligi-hasan-dogan#>, Erişim Tarihi: 12.12.2020.

- Doğu, Murat: “Sermaye Piyasası Mevzuatında Kurumsal Yönetim ve İlişkili Taraf İşlemleri Düzenlemeleri”, **TKYD -Kurumsal Yönetim Tebliğı Özel Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 36-39, (çevrimiçi), http://www.tkyd.org/files/downloads/faaliyet_alanlari/yayinlarimiz/kurumsal_yonetim_derigisi/kyd_derig_sayi_23.pdf, Erişim Tarihi: 11.03.2021.
- Domaniç, Hayri: **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, TTK Şerhi C. II, İstanbul, Yayılcık Matbaası, 1988.
- Domaniç, Hayri: “Bankaların Hortumlanması Önleyecek Yasa Değişiklikleri İçin Devlete Müracaat Dilekçesi”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 475-506.
- Duran, Arif: **Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Dursun, Selman: **Sermaye Piyasalarında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- ECLE: “Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions”, **ECGI Working Paper Series in Law**, Law Working Paper 543/2020, September 2020, (Çevrimiçi), www.ecgi.global/content/working-papers, 25.12.2020.
- Ehrhardt, Olaf;
Nowak, Eric: “Private benefits and minority shareholder expropriation: Empirical evidence from IPOs of German family-owned firm”, **CFS Working Paper**, No. 10, 2001, s. 1 vd.
- Elhelaly, Moataz: “Corporate Governance and Related Party Transactions Research: An Assessment Of Theories And Methodologies”, **Corporate Ownership & Control**, Vol. 11, Issue: 2, 2014, s. 578-582.
- Elitaş, Cemal;
Elitaş, Bilge Leyli: “Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık Bağlamında Hukuki Düzenlemelerin Yapıları: Sarbanes- Oxley Yasası ve Alman 10 Adım Programının Karşılaştırılması”, **Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, 2011, C. 13, s. 119–141.
- Eminoğlu, Cafer: “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, **TFM** 2015/1, s. 79- 88.

- Eminoğlu, Cafer: **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Emmerich, Volker;
Habersack, Mathias: **Aktien- und GmbH-Konzernrecht**, 9. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Enriques, Luca: “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)”, **European Business Organization Law Review**, Vol. 16:1, 2015, s. 1-37. (RPT: Policy Options).
- Enriques, Luca: “The Law on Company Directors’ Self-Dealing: A Comparative Analysis”, **International And Comparative Corporate Law Journal**, Vol. 2 Issue: 3, 2000, s. 297-333. (Self-Dealing)
- Enriques, Luca;
Tröger, Tobias H.: “The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions An Introduction”, **The Law And Finance Of Related Party Transaction**, Eds. Luca Enriques, Tobiash H. Tröger, United Kingdom, Cambridge University Press, 2019, s. 1-20.
- Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 7. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020.
- Ernst & Young LLP, **International GAAP 2019 Generally Accepted Accounting Practice under International Financial Reporting Standards**, GAAP 2019, Global Edition 14, London, John Wiley & Sons, Inc., 2019. (GAAP 2019).
- Ernst & Young LLP: **International GAAP 2008: Generally Accepted Accounting Practice under International Financial Reporting Standards**, (Editor), Vol. 2, John Wiley & Sons, 2008. (GAAP 2008).
- Evlek, Müge: İlişkili Taraf İşlemleri, **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, Eds: Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Pashı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 434-456.

- Farrar, John H.; Watson, Susan: “Self Dealing, Fair Dealing And Related Party Transactions –History, Policy And Reform”, **Journal of Corporate Law Studies**, Vol. 11:2, 2011, s. 495-524.
- Forstmoser Peter, Meier-Hayoz Arthur, Nobel Peter: **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern, 1996, (Çevrimiçi), <https://www.swisslex.ch/de/>, Erişim Tarihi 7.12.2020.
- Gonenc, Halit;
Hermes, Niels: “Propping: Evidence From New Share Issues of Turkish Business Group Firms”, **Journal of Multinational Financial Management**, Vol. 18, 2008, s. 261–275.
- Gordon, Elizabeth A.;
Henry, Elaine;
Palia, Darius: “Related Party Transactions and Corporate Governance”, **Advances in Financial Economics**, Vol. 9, Issue: 1, 2004, s. 1-27.
- Goshen, Zohar: “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality”, **California Law Review**, Vol. 91, No. 393, 2003, s. 396, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229273, Erişim Tarihi: 12.10.2021.
- Gökçen, Gürbüz;
Ataman, Başak;
Çakıcı, Cemal: **Türkiye Finansal Raporlama Standartları Uygulamaları**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2016.
- Göktürk, Kürşat: **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Görmez, Onur: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- Grigoleit, Hans Christoph: **Aktiengesetz Kommentar**, 2. Auflage, Deutschland, C. H. Beck 2020.
- Güdelci, Erkin Nevzat: “Uluslararası Muhasebe Standartlarının Tarihi Gelişim Sürecinde Etkili Olan Uluslararası ve Ulusal Kuruluşlar”, **International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciencess**, Vol. 2, Issue: 3, Summer 2019, s. 199-214.

- Günay, Ece Deniz: **Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Gündoğdu, Gökmen: “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, **LHD**, C. 12, S. 133, 2014, s. 107-126.
- Gürbüz Usluel, Aslı E.: “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), C. 18, S. 2, 2012, s. 281-308.
- Hallemeesch, Nick: “Self-Dealing by Controlling Shareholders: Improving Minority Protection in Light of Article 9c SRD”, **ECFR**, Vol. 2, 2018, s. 197–235.
- Helleringer, Geneviève: **Related Party Transactions in France - A Critical Assessment**, ECGI Working Paper Series in Law, Law Working Paper N° 474/2019, August 2019, s. 1 vd.
- Helvacı, Mehmet: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2001.
- Hennrichs, Joachim; Schubert, Wolfgang J.: “IAS 24. Angaben über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen (Related Party Disclosures)”, **Münchener Kommentar zum Bilanzrecht**, 5. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, (Çevrimiçi), <https://beck-online.beck.de>, Erişim Tarihi: 01.11.2019.
- Henry, Elaine;
Gordon, Elizabeth A.;
Reed, Brad; Louwers, Tim: “The Role of Related Party Transactions in Fraudulent Financial Reporting”, **Journal of Forensic & Investigative Accounting**, Vol. 4, Issue: 1, 2012, s. 186-213, http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2012-1_7.pdf, (Çevrimiçi), 20.04.2020.
- Henssler, Martin;
Strohn, Lutz;
Paschos, Nikolaos K.: **Gesellschaftrecht**, 5. Auflage, München, Verlag C.H. Beck OHG, 2021.

- Hızır, Serdar: “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, **BATİDER**, C. 29, S. 2, Haziran 2013, s. 227-289.
- Hüffer, Uwe;
Koch, Jens: **Aktiengesetz**, 14. Auflage, C. H. Beck 2020.
- IFRS Foundation: **Use of IFRS Standards around the World 2018**, (Çevrimiçi), <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/around-the-world/adoption/use-of-ifrs-around-the-world-overview-sept-2018.pdf>, Erişim Tarihi: 27.11.2021.
- Işık, Hüseyin: **Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:2005/370, Ankara, Ümit Ofset Matbaacılık, 2005.
- Işıktaç, Yasemin;
Metin, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003.
- İhtiyar, Mustafa: **Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul, Beta Basım, 2006.
- İmregün, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul Yasa Yayınları, 1989.
- Johnson, Simon; Florencio Lopez-de-Silanes, Rafael La Porta; Shleifer, Andrei: “Tunneling”, **American Economic Review**, Vol. 90, No. 2, 2000, s. 22–27.
- Kabukçuoğlu Özer,
Fatma Dilek: **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kalpsüz, Turgut: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Eden Davranışları, **Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 347-385.
- Kang, Sang Yop: “Optimally Restrained Tunneling: The Puzzle of Controlling Shareholders’ “Generous” Exploitation in Bad-Law Jurisdictions”, **The Law and Finance of Related Party Transactions**, Eds: Luca Enriques, Tobias H. Trögers, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 53-78.

Kaplan Dönmez,
Nergis Feride:

“Transfer Fiyatlandırma Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, C. 12, S. 23, Temmuz 2020, s. 403-425.

Kaplan, Nergis Feride:

Kurumlar Vergisi’nde Örtülü Sermaye Faizi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2013.

Kara, Adem:

“Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetiminde Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizması”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, 2020.

Karacan, Ali İhsan:

Bankacılık Kurumları Hukuku, C. I, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

Karacan, Ali İhsan:

Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, C. I, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

Karahanogulları, Onur:

İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Bası, Ankara, Güncelleştirilmiş Turhan Kitapevi, 2015.

Karapınar Aydın;
Örten Remzi;
Kaval Hasan:

Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları Uygulama ve Yorumları, Ankara, 13. Baskı, Gazi Kitapevi, 2020.

Karasu, Rauf:

“Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C. I, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 1239-1262. (Genel Kurul Kararlarının Butlanı)

Karasu, Rauf:

Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015. (Emredici Hükümler)

Karğın, Sibel:

TMS/TFRS Kapsamında İşletmelerde İlişkili Taraflar, Ankara, Gazi Kitapevi, 2013. (İlişkili Taraflar)

Karğın, Sibel:

“TFRS 11 Kapsamında Müşterek Anlaşmaların Değerlendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi”, **SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2013, C.18, S.1, s. 305-321. (Müşterek Anlaşma)

- Kaya, Arslan: “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı”, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 149-162. (Örtülü Kazanç Aktarımı (2019))
- Kaya, Arslan: “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)”, **İÜHF**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 193-204. (Örtülü Kazanç Aktarımı (2013)).
- Kaya, Arslan: “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK’ya Tabi Şirketler/Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi”, Cevdet Yavuz’a Armağan II. Cilt, **MÜHF HAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1517-1533. (Topluluk)
- Kaya, Arslan: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma hakkı**, Ankara, BTHAE, 2001.
- Kaya, Asım: “Amaçsal Yorum”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s. 363-383. (Kaya Asım)
- Kendigelen, Abuzer: Şirkete Borçlanma Yasağı (Pay Sahibinin/ Şirketler Topluluğunda), **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte)**, C. XII: 2012-2013/1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 45-48. (Şirkete Borçlanma Yasağı (Pay Sahibinin))
- Kendigelen, Abuzer: “Şirkete Borçlanma Yasağı (Yönetim Kurulu Üyelerinin)”, **Hukuki Mütalâalar**, C. XII: 2012-2013/1, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 49-54. (Şirkete Borçlanma Yasağı (YK Üyelerinin))
- Kendigelen, Abuzer: **Yeni Türk ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016. (İlk Tespitler)
- Kırca, İsmail: “Türk Ticaret Kanunu’nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri ile İptal Davası Açabilecek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **BATİDER**, C. 31, S. 4, Aralık 2015, s. 5-11. (İptal Davası Açabilecek Kişiler)

- Kırca, İsmail: **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022. (Hükümsüzlük)
- Kırca, İsmail;
Şehirali Çelik, Feyzan Hayal;
Manavgat, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kırca, İsmail;
Şehirali Çelik, Feyzan Hayal;
Manavgat, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Ankara, BTHAE, 2016.
- Kırca, İsmail;
Gürel, Murat: “Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı”, **BATİDER**, C. 30, S. 2, Haziran 2014, s. 5-19.
- Kızılot, Şükrü: **Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2002.
- Klene, Victor: **Related Party Transactions - Europaeische Hochschulschriften Recht**, Bern, Switzerland, Peter Lang AG, 2017.
- Korkut, Ömer: 7099 Sayılı Kanun İle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 4, 2018, s.13-24.
- Köse, Tunç;
Bulut, Mehmet Akif: “İlişkili Taraf Kavramının Vergi Mevzuatı ve Türkiye Muhasebe Standartları Açısından Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 324, Eylül 2015, s. 76-85.
- Krieger, Gerd: **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktiengesellschaft**, Eds.: Michael Hoffmann-Becking, Rechtsanwalt, 5. neubearbeitete Auflage, München, C.H.Beck, 2020. (MünchHdb GesR IV/Krieger)
- Kumpan, Christoph: EU Vorgaben für related party transactions – Eine kritische Analyse der vorgeschlagenen Regelungen nach der Abänderung durch das Europäische Parlament, **Referate im**

- Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2015.**
- Kurtay, Selma: “Kurumsal Yönetim İlkelerinde Neler Değişti?”, **TKYD - Kurumsal Yönetim Tebliği Özel Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 21-35.
- Kurtulmaz, Nihan: **Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Hukukunda Geçerliliği**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.
- Manavgat, Çağlar: “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurulunda Yetki Devri Zorunlu mudur? Sorumluluk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 31-37. (Yetki Devri).
- Manavgat, Çağlar: **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016. (Halka Arz)
- Manavgat, Çağlar: “Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. 1.C. Hükmü Çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun Hukuka Aykırılığın Tespiti veya İptal Davası Açma Yetkisinin Kapsamı”, **BATİDER**, C. 27, S. 3, Eylül 2011, s. 43-61.
- Manavgat, Çağlar: “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler”, **BATİDER**, C. 30, S. 1, 2014, s. 35-75. (Bağımsız YK Üyeleri)
- Manavgat, Çağlar: “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları”, **BATİDER**, C. 31, S. 1, 2015, s. 87-105. (Örtülü Kazanç Aktatımı)
- Mano, Ronald M.; Mouritsen, Matthew; Pace, Ryan: “Principles-Based Accounting It’s Not New, It’s Not the Rule, It’s the Law” , **The CPA Journal**, 2006, sy., <http://archives.cpajournal.com/2006/206/essentials/p60.htm> Erişim Tarihi: 29.10.2021.
- Memiş, Tekin: “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır Mı?”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (DEÜHF Dergisi Özel Sayı 2014)**, 2015, C. 16, 2014, s. 3105-3121.

- Memiş, Tekin: “Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu Üyeliği ve Sorumluluk Haller”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 38-45.
- Memiş, Tekin: Şirketler Topluluğu Uygulamasında Şirket Sayısı Sorunu ve Temel İlkeler Bakımından Değerlendirmeler, **Ticaret Hukuku Günleri Sempozyum Dizisi (Bildiri Özetleri Kitabı)**, Eds: İsmail Kayar/Tekin Memiş, Arista Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 35-40.
- Memiş, Tekin;
Turan, Gökçen: **Sermaye Piyasası Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Memiş, Tekin;
Kervankıran, Emrullah: “Sermaye Piyasası Kanununda Pay Sahibinin Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılması”, (Çevrimiçi), <https://slideplayer.biz.tr/slide/2731899/>, Erişim Tarihi: 26.03.2021.
- Milhaupt, Curtis J.;
Pargendler, Mariana: “RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling”, **ECGI**, Working Paper No: 386, 2018.
- Moroğlu, Erdoğan: **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Moroğlu, Erdoğan: **Notlu- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2001.
- Müller, Hans-Friedrich: **beck-online.GROSSKOMMENTAR Aktienrecht**, Eds: Gerald Spindler, Eberhard Stolz, 4. Auflage, München, Verlag C.H.BECK, 2019. (Müller (Spindler/Stolz).
- Nomer Ertan, N. Füsün: Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yayını, 1998, s. 469-490. (Eşit İşlem İlkesi)
- Nomer Ertan, N. Füsün: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, “Yayımlanmamış Doktora Tezi”, İÜ SBE, 1998. (Sadakat Yükümlülüğü)
- Nomer, Haluk Nami: **Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta, 2008.
- Odman Boztosun, Ayşe: “Yeni Kurumsal Yönetim Tebliği: Olağan Muhataplar, Yeni Yaklaşımlar”, **TKYD -Kurumsal Yönetim Tebliği Özel**

- Dosya**, S. 23, Kurumsal Yönetim Özel Sayı, 2014, s. 40-43. (KYT)
- Odman Boztosun, Ayşe **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2013. (Bağımsız YK Üyeliği)
- OECD: **Flexibility and Proportionality in Corporate Governance**, Paris, OECD Publishing, 2018, s. 119, (Çevrimiçi), <https://doi.org/10.1787/9789264307490-en>, Erişim Tarihi: 22.03.2020. (CG 2018)
- OECD: **Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights**, OECD Publishing, 2012. (RPT)
- OECD: **OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance (Turkish version)**, Paris, OECD Publishing, 2016, s. 26-27, (Çevrimiçi), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257443-tr>, 19.03.2020. (CG 2016)
- OECD: **OECD Corporate Governance Factbook 2021**, 2021, s. 78, (Çevrimiçi), <https://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm>, Erişim Tarihi: 01.11.2021 (CG 2021)
- OECD: **G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri**, (OECD'nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu), Eylül 2015.
- OECD: **Corporate Governance In Turkey: A Pilot Study**, Paris, OECD Publishing, 2006. (CG In Turkey)
- OECD **Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations**, 2010. (Transfer Pricing)
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, Kemal M.; Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Okutan Nilsson, Gül: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

- Oran, Ozan: “Halka Açık Anonim Şirketlerde Zorunlu Pay Alım Teklifi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, s. 409-461.
- Özbek, Yiğit: “TMS 24: İlişkili Taraf Açıklamaları”, **Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, C. 11, S. 4, 2009, s. 147-182.
- Özcanlı, Fatma Beril: “**Sermaye Piyasası Kurulunun Yatırımcıları Korumaya Yönelik Dava Açma Yetkisi**”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ SBE, 2010.
- Özcanlı, Fatma Beril: **Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, İÜHF Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özdamar, Mehmet; Doğan, İlker: “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, S. 86, 2013, s. 3-26.
- Özdin, Funda: “Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 19 Haziran 2019**, MÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Editörler: Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin, Sinan Sarıkaya, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 51-118. (Cash Pooling Uygulamasında Bağlı Şirket YK Sorumluluğu).
- Özdin, Funda: **Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung**, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Humboldt-Universität zu Berlin, Yurtdışı Enstitü (Gradverleihende Institution), 2019. (Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht)
- 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**, 04.06.2012, s. 1 vd., (Çevrimiçi), <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Funda-ozdin-CashPooling-Nakit-Havuzu.pdf>, Erişim Tarihi: 07.06.2021. (Cash Pooling ve Alman Hukukundaki Değişiklikler)

- Özer, Işık: **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Özkorkut, Korkut: **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, BTHAE, 2007.
- Öztekin, Selçuk;
Memiş, Tekin: “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler Sempozyum**, Ed: Erol Ulusoy, MÜHF Sempozyum No: 1, 2008, s. 195-216.
- Öztürk, Seçil: “İşletmeler Arasındaki İttifakların TFRS-11 Müşterek Anlaşmalar Standardına Göre Raporlanması”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, Ocak 2017, s. 113-136.
- Paccès, Alessio M.: Controlling The Corporate Controller’s Misbehaviour, **RILE Working Paper Series**, No. 2009/01, 2009, s. 1-49. (Controlling)
- Paslı, Ali: **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Ortaklığın Devralınması)
- Paslı, Ali: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm I Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, **BATİDER**, C. 27, S. 3, Eylül 2011, s. 137-167. (TTK Genel Hükümler)
- Paslı, Ali: “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, **İÜHF**, 2008, C. 66, S. 2, s. 345-357. (Anonim Ortaklıkta Kontrol).
- Paslı, Ali: “Kurumsal Yönetim”, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Editörler: Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet Özsoy, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 289-301. (Kurumsal Yönetim)
- Paslı, Ali: “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler”, **Yeni Türk Ticaret Kanununun İş Dünyasına Etkileri**, (Eds.: Ayşegül Altınbaş, Yurdal Özatlan), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014. (Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler)

- Paslı, Ali: **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004. (Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi)
- Paslı, Ali;
Yaralı, Levent: “10 Soruda Bağlılık Raporu”, (Çevrimiçi), [10 soruda bağlılık raporu \(dunya.com\)](https://www.dunya.com/baglilik-raporu), Erişim Tarihi: 03.08.2021. (Bağlılık Raporu)
- Pehlivanoglu, Murat Can: **“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 SBE, 2015.
- Pirgaip, Burak: **Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartlarının Uluslararası Denetim Standartları İle Harmonizasyonu, SPK Muhasebe Standartları Dairesi Yeterlik Etüdü**, Mayıs 2004, (Çevrimiçi), <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/387>, Erişim Tarihi: 03.11.2021.
- Pizzo, Michele: “Related Party Transactions Under A Contingency Perspective”, **Journal of Management & Governance**, Vol. 17, 2013, s. 309-330.
- Poroy, Reha;
Ünal, Tekinalp;
Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku – II**, İstanbul, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017. (Ortaklıklar Hukuku- II)
- Poroy, Reha;
Ünal, Tekinalp;
Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku - I**, İstanbul, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017. (Ortaklıklar Hukuku- I)
Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Güncelleştirilmiş 2. Baskı,
- Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi, C. II**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015 (C. II)
- Reisoğlu, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2015.

- Rhiel, Jörg: **Related-Party Transactions im deutschen und US-amerikanischen Recht der Aktiengesellschaft**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.
- Riyanto, Yohanes E.; Toolsema, Linda A.: “Tunneling and Propping: A Justification For Pyramidal Ownership”, **Journal of Banking and Finance**, Vol. 31 (10), October 2008, s. 2178-2187.
- Rodgers, Paul: **International Accounting Standards From UK Standards to IAS – An Accelerated Route to Understanding the Key Principles**, Oxford, Elsevier /Cima Publishing, 2007.
- Sabuncu, Birsal: **Tms-Tfrs Kapsamında Türev Araçlar**, Ankara, Ekin Yayınevi, 2016.
- Sadak, Murat: **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Saruhan, Gözde: **Transfer Fiyatlandırması**, İstanbul, Nazalı, 2017.
- Savaşkan, Demet Emine: **“Konsolide Finansal Tablolar Standardının (TFRS 10) İncelenmesi”**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, 2015.
- Seidel, Andreas: “Konzerninterne Related Party Transactions nach der Aktionärsrechte-Richtlinie II -Umsetzungsbedarf für das neue Regelungskonzept im Lichte des deutschen Konzernrechts und die Rechtsfolgen bei Missbrauch”, **AG (AG - Die Aktiengesellschaft), (Steuer Journal)**, 12/2018, s. 423-429.
- Senger, Thomas; Prengel, Andre: **Beck'sches IFRS-Handbuch**, 6. Auflage, C. H. Beck, 2020.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, İstanbul, 7. bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sevi, Ali Murat: **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Shamrock, Steven E.: **IFRS and US GAAP A Comprehensive Comparison**, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2012.

- Sönmez, Yusuf Ziyaeddin: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması Ve Buna Bağlı Sonuçlar”, **TFM**, C. 4, S. 2, 2018, s. 263 - 325. (Kontrol)
- Sönmez, Yusuf Z.: TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO’da Malvarlığının Korunması Sorunu, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eds: Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet Özsoy, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 265-279. (İlişkili Taraf İşlemleri)
- Sönmez, Yusuf Z.: Tartışmalar, **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, Ed. Mehmet Helvacı v.d., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 305-306. (Tartışmalar)
- Spadin, Marco: **Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS (IAS 24)**, Zürich, Dike Verlag, 2008.
- Spaubek, Robert Hermanus Nicolaas: “The supervision of Related Party Transactions organized in the Netherlands, Belgium and the UK”, (Master Thesis), Tilburg University Master Ondernemingsrecht Master International Business Law, 2019, (Çevrimiçi), <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=147515>, Erişim Tarihi: 25.01.2021.
- Spindler, Gerald; Seidel, Andreas: **BeckOGK Aktiengesetz**, München, Verlag C. H. Beck 2020. (BeckOGK/Spindler/Seidel)
- Sürmen, Yusuf; Bayraktar, Yaşar: “Muhasebe ve Denetim Mesleğinde Mesleki Yargı Kullanımının Değerlendirilmesi: Borsa İstanbul (BIST) 100 Endeksi’ndeki Şirketler Üzerine Bir Araştırma”, **Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi**, S. 9, Ocak 2015, s. 108 – 152.
- Şahin, Ali Hamza: “**Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar**”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2010, s. 37.
- Şahin, Dilek;

- Pazarçeviren, Selim Yüksel: “TFRS (TMS 1, TMS 2, TMS 7, TMS 18, TMS 24, TMS 40) ve SPK Muhasebe Standartlarının IFRS ile Karşılaştırılması”, **Akademik İncelemeler**, C. 2, S 2, 2007, s. 129-146.
- Tamer, Ahmet: “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, **TBB Dergisi**, S. 102, 2012, s. 93-114.
- Tarde, Andreas: **Related Party Transactions: Empfehlungen zur Umsetzung der reformierten Aktionsärsrichtlinie vor dem Hintergrund eines englisch-deutschen Rechtsvergleichs**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018.
- Tarhan, Damla Gül: **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Tarhan, Damla Gül: “Önemli Nitelikteki İşlem Uygulamasına İlişkin Yeni Kurallar”, Lexpera Blog, 21.07.2020, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/onemli-nitelikteki-islem-uygulamasina-iliskin-yeni-kurallar/>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.
- Tekil, Müge: “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Sermaye Piyasası Kanunu’na Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararları Aleyhine İptal Davası Açma Yetkisi -4487 Sayılı Kanun ile SerPK m. 46/1.(c)’de Yapılan Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **Prof Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, Beta Basım, 2002, s. 765-793.
- Tekinalp, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku)
- Tekinalp, Ünal: “Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu”, **GSÜHFD- Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu**, S. 2, 2013, s. 13-18. (Emredici Hükümler)
- Tekinalp, Ünal: **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, Es Yayınları, 1982. (Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları)

- Tekinalp, Ünal: **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Banka Hukukunun Esasları)
- Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1543-1556. (Kontrol İlkesi)
- Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: Ifrs/tms-tfrs", **BATİDER**, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 33-36. (Ifrs/tms-tfrs)
- Tekinalp, Ünal;
Çamoğlu, Ersin: **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Açıklamalı Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (Sermaye Piyasası Kanunu)
- Tekinalp, Ünal;
Tekinalp, Gülören: "Joint Venture", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, s. 143-176.
- Teoman, Ömer: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?", **BATİDER**, C. 26, S. 4, Aralık 2010, s. 5-14. (Müzakerelere Katılma Yasağı)
- Teoman, Ömer: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C. 26, S. 3, Eylül 2010, s. 5-16. (Tasarının Değerlendirilmesi)
- Teoman, Ömer: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1983. (Oy Hakkından Yoksunluk)
- Terzi, Serkan: "Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri Ve Kontrol Modeli", **Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. XV, S. I, 2013, s. 255-272.
- The World Bank Group: **Doing Business 2015 Going Beyond Efficiency**, 12. Edition, 2014, (Çevrimiçi), <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-1-4648-0351-2>, Erişim Tarihi: 10.11.2021. (Doing Business 2015)

- The World Bank Group: **Doing Business 2008**, Washington, 2007, (Çevrimiçi), <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB08-FullReport.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2021. (Doing Business 2008).
- Tokcan, F. Pelin: **Limited Ortaklıkta Oy Hakkında Yoksunluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Topçuoğlu, Metin: “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, **AÜHFD**, C. 50, S. 4, Aralık 2001, s. 129-171.
- Topçuoğlu, Metin;
Dolmacı Nilgün: “Yoğunlaşmaların (Birleşme Veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin Ve 2010/4 Sayılı Tebliğ’in Getirdiği Yenilikler”, **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2011, s. 91- 124.
- Toraman Çolgar, Emek: **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Türkyılmaz, İsmail: **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi) Galatasaray Üniversitesi SBE, 2014.
- Ulusoy, Erol: “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler Sempozyum**, Ed: Erol Ulusoy, MÜHF Sempozyum No: 1, 2008, s. 351-400. (Perdenin Aralanması)
- Ulusoy, Erol: **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005. (İşlem Yasağı)
- Ungerer, Felix: **Prozedurale Regulierung und Transparenz von Related Party Transactions in börsennotierten Aktiengesellschaften**, Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht Band 167, Eds: Holger Fleischer, Hanno Merkt, Gerald Spindler, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- Utama, Sidharta;
Utama, Cynthia A.; Yuniasih,
Rafika:

- Ülgen, Hüseyin;
Helvacı, Mehmet;
Kendigelen, Abuzer;
Kaya, Arslan;
Nomer Ertan, N. Füsün:
- “Related Party Transaction - Efficient Or Abusive: Indonesia Evidence”, **Asia Pacific Journal of Accounting and Finance**, Vol. 1 (1), December 2010, s. 77-102.
- Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2015.
- Vetter, Jochen:
- “Regelungsbedarf für Related Party Transactions?”, **ZHR** 179 (2015), s. 273-329, (Çevrimiçi), <https://www.swisslex.ch/>, 20.01.2021.
- Wilkie, J. Scott:
- “Reflecting on the “Arm’s Length Principle”: What is the “Principle”? Where Next?”, **Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics**, Eds.: Kai A. Konrad, Wolfgang Schön, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Munich, Springer-Verlag, 2012, s. 137-159.
- Yağmur, Setenay:
- Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yan, Tong; Huacheng, Wang:
- “Related Party Transactions, Benefits of Control and Earnings Quality”, **Frontiers of Business Research in China**, Vol. 2(2), 2008, 187–203.
- Yanlı, Veliye:
- “Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar İle İlgili Bazı Değerlendirmeler”, **BATİDER**, S. 4, 2017, s. 41-69. (Mali Haklar)
- Yanlı, Veliye:
- “Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında “Yönetici” Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 46-57. (Yönetici Kavramı)
- Yanlı, Veliye:
- “Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015, s. 459- 472. (Önemli Nitelikteki İşlemler)
- Yanlı, Veliye:
- Halka Açık Anonim Şirketler ve Bağlı Şirketlerinin Teminat İşlemleri, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Ankara, BTHAE Yayınları, 2016, s. 353-392. (Teminat İşlemleri)
- Yenidünya, Ahmet

- Caner; Canpolat, Can: “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3)”, **BFHD**, C. 3, S. 9, 2014, s. 109-159.
- Yıldız, Şükrü: **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri açısından Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2004.
- Yılmaz, Asuman: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”, **BATİDER**, C. 31, S. 2, Haziran 2015, s. 99-128.
- Yüce, Aydın Alber: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Yüce, Aydın Alber: “Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Regesta**, C. 2, S. 2, 2012, s. 61-80.
- Yüksel, Murat: **TMS 27 'ye göre Konsolide Finansal Tablolar Ve Düzenlenmesi**, Muğla Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Muğla Üniversitesi SBE, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

Bahar Şimşek 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden yüksek onur derecesiyle mezun olmuştur. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programına kayıt olmuş ve 2015 yılında da “Franchising Sözleşmesi” başlıklı yüksek lisans tezini savunarak mezun olmuştur. 2015 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Doktora Programına kabul edilmiştir. 2019-2020 yılları arasında TÜBİTAK Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu ile bir yıl süre ile Almanya'ya gitmiş, Goethe Üniversitesi bünyesinde yer alan Law and Finance Enstitüsü'nde Prof. Dr. Hans Christian Salger danışmanlığında doktora tezi ile ilgili araştırmalarda bulunmuştur. 2015 yılından itibaren ise Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya devam etmektedir.

