

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA
DEVRALMALAR BAĞLAMINDA
HAKİMİYET VE KONTROL KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Gölce Korkmaz

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Eylül 2022

GÖLCE KORKMAZ
ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA
DEVRALMALAR BAĞLAMINDA HAKİMİYET VE KONTROL KAVRAMI

Bilkent Üniversitesi 2022

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA
DEVRALMALAR BAĞLAMINDA
HAKİMİYET VE KONTROL KAVRAMI

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

GÜLCE KORKMAZ

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Eylül 2022

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DEVRALMALAR BAĞLAMINDA HAKİMİYET VE KONTROL KAVRAMI

Gölce Korkmaz

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Süleyman Zühtü Aytaç
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Çağlar Manavgat
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Şirin Güven
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün Onayı

Refet Soykan Gürkaynak
Müdür

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı 2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında 2019-2021 yıllarında bursiyeri olduğum TÜBİTAK tarafından desteklenmiştir. Tez çalışmama verdiği destekten ötürü TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı'na teşekkür ederim.

Gölce Korkmaz

ABSTRACT

THE CONCEPT OF CONTROL IN THE SCOPE OF ACQUISITIONS REALIZED IN CORPORATE GROUPS

Korkmaz, Gülce

LL. M. in Private Law Program

Supervisor: Prof. Dr. Zühtü Aytac

September 2022

In this thesis, acquisitions realized in corporate groups (either within corporate groups or by the actors of corporate groups) have been examined in the context of the concept of control. In the first section, the "corporate group" concept has been examined along with its elements and is compared with similar concepts. Second chapter examines the specialties of acquisitions realized in corporate groups with its consequences within the frames of corporate law, competition law, and capital market law. Different aspects of the concept of control in corporate law, competition law, capital market law, banking law, and financial reporting standards are examined in the third chapter.

Keywords: Corporate Groups, Acquisitions, Control

ÖZET

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DEVRALMALAR BAĞLAMINDA HAKİMİYET VE KONTROL KAVRAMI

Korkmaz, Gülce

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zühtü Aytaç

Eylül 2022

Bu tezde, şirketler topluluğunda (topluluk içinde gerçekleşen veya topluluk süjelerinin gerçekleştirdiği) devralma işlemleri, hakimiyet – kontrol kavramı ekseninde incelenmiştir. İlk bölümde, şirketler topluluğu kavramı ile topluluğun unsurları incelenmiş, şirketler topluluğu benzer kavramlarla karşılaştırılmıştır. İkinci bölümde şirketler topluluğunda devralmaların hakimiyet ve kontrol kavramına dayalı olarak özellik gösterdiği hususlar olan kolaylaştırılmış birleşme, rekabet hukukunda grup içi işlemler ve ciro hesabı ile pay alım teklifi zorunluluğunun doğmadığı durumlar ile zorunlu pay alım teklifinden muafiyet incelenmiştir. Üçüncü bölümde, şirketler hukukunda, rekabet hukukunda, sermaye piyasası hukukunda, banka hukukunda ve finansal raporlama standartlarında kontrol kavramının farklı görünümüne değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Topluluğu, Hakimiyet, Kontrol, Devralma

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	i
ÖZET	ii
KISALTMALAR CETVELİ	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMI VE ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	4
1. Şirketler Topluluğu Kavramı	4
2. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesi	11
2.1. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesinin Amacı	11
2.2. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesinin Kaynakları	14
3. Şirketler Topluluğunun Unsurları	18
3.1. Genel Olarak	18
3.2. Topluluğun Søjeleri	19
3.2.1. Hakim Şirket (veya Teşebbüs) ve Bağlı Şirket(ler)	19
3.2.2. Topluluk Søjelerinin Hukuki Niteliği	20
3.2.2.1. Kural: Topluluk Søjelerinin “Ticaret Şirketi” Olması	20
3.2.2.2. İstisna: Topluluk Hakiminin “Teşebbüs” Olabilmesi	22
3.2.3. Topluluk Oluşumu için Gereken Asgari Şirket Sayısı	24
3.3. Hakim Şirket ve Bağlı Şirket(ler) Arasında Hakimiyet İlişkisi	26

4. Şirketler Topluluğu Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	29
4.1. Şirketler Topluluğunun “Konzern” ile Karşılaştırılması	29
4.2. Şirketler Topluluğunun “Holding” ile Karşılaştırılması	30
4.3. Şirketler Topluluğunun “Kartel” ile Karşılaştırılması	33
4.4. Şirketler Topluluğunun “Konsorsiyum” ile Karşılaştırılması	36
4.5. Şirketler Topluluğunun “Ortak Girişim (Joint Venture)” ile Karşılaştırılması	

37

İKİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DEVRALMALARIN HAKİMİYET VE KONTROL BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ HALLERİ	39
1. Genel Olarak	39
2. Şirketler Topluluğunda Devralmaların Şirketler Hukuku Bakımından Özellikli Bir Hali: Kolaylaştırılmış Birleşme	41
2.1. Genel Olarak	41
2.2. Kolaylaştırılmış Birleşme Türleri	45
2.2.1. Tam Hakimiyet Durumunda Ana Şirket – Yavru Şirket Birleşmesi (%100 İştirak İlişkisi)	45
2.2.2. Azınlık Pay Sahiplerinin Bulunduğu Ana Şirket – Yavru Şirket Birleşmesi (%90 İştirak İlişkisi)	47
2.2.3. Kardeş Şirketlerin Birleşmesi	48
2.3. Kolaylaştırılmış Birleşmede Usul	50
2.3.1. Genel Olarak	50

2.3.2.	TTK m. 156/1: Tam Hakimiyet Durumunda Ana Şirket - Yavru Şirket Birleşmesi ve Kardeş Şirketlerin Birleşmesinde Kolaylaştırılmış Birleşme Usulü	51
2.3.3.	TTK m. 156/2: Azınlık Pay Sahiplerinin Bulunduğu Kolaylaştırılmış Birleşmede Usul	53
2.4.	Halka Açık Anonim Şirketlerin Kolaylaştırılmış Birleşmesi	54
3.	Şirketler Topluluğunda Devralmaların Rekabet Hukuku Bakımından	
	Özellikli Halleri: Grup İçi İşlemler ve Ciro Hesabı	56
3.1.	Genel Olarak	56
3.2.	Yoğunlaşma Teşkil Etmeyen Grup İçi İşlemler	58
3.3.	Ciro Hesabı	63
4.	Şirketler Topluluğunda Devralmaları Sermaye Piyasası Hukuku	
	Bakımından Özellikli Halleri: Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğmaması ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet	66
4.1.	Genel Olarak Pay Alım Teklifi Zorunluluğu	66
4.2.	Şirketler Topluluğunda Devralmalarda Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun İstisnaları	69
4.3.	Şirketler Topluluğunda Devralmalarda Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: “HAKİMİYET” VE “KONTROL” KAVRAMLARI 75

1. TTK’nın Şirketler Topluluğu Hükümleri Kapsamında “Hakimiyet”

Kavramı 75

1.1. Hakimiyetin Belirlenmesinde Uygulanan Sistemler ve Türk Hukukunun

Tercihi 75

1.1.1. Genel Olarak 75

1.1.2. Kontrol Kavramına Dayalı Sistem 76

1.1.3. Tek Elden Yönetim Kavramına Dayalı Sistem 77

1.1.4. TTK’nın Benimsediği Sistem 80

1.2. TTK Sisteminde Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Sağlanması

Yöntemleri 82

1.2.1. Pay Sahipliği ya da Pay Sahipliğinden Doğan Haklarla Hakimiyet 82

1.2.1.1. Oy Hakkından Doğan Hakimiyet 82

1.2.1.1.1. Oy Haklarında “Çoğunluk” Kavramı Üzerine 83

1.2.1.1.2. Oy Haklarının Hesaplanması 86

1.2.1.1.3. Oydan Yoksunluk 88

1.2.1.1.4. Oy Hakkının Donması 89

1.2.1.1.5. Oy Hakkına İlişkin Diğer TTK Düzenlemeleri ve Sınırlamaları 90

1.2.1.1.6. Özel Durumlar 91

1.2.1.1.6.1. Genel Olarak 91

1.2.1.1.6.2. Önleyici Azınlık 92

1.2.1.1.6.3. Oy Sözleşmesi 93

1.2.1.2. Şirket Ana Sözleşmesi Uyarınca Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunlukta Üyenin Seçimini Sağlayabilme Hakkından Doğan Hakimiyet	97
1.2.1.3. Payların Çoğunluğundan Doğan Hakimiyet	99
1.2.2. Sözleşmeden Doğan Hakimiyet	100
1.2.2.1. Hakimiyet Sözleşmesi	100
1.2.2.1. Diğer Sözleşmeler	104
1.2.2.1.1. Genel Olarak	104
1.2.2.1.2. Kazanç Devri Sözleşmesi	105
1.2.2.1.3. İşletme Yönetimi Sözleşmesi	107
1.2.3. Diğer Yollarla Kurulan Hakimiyet	109
2. Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda “Kontrol” Kavramı	111
2.1. Genel Olarak	111
2.2. Maddi Anlamda Kontrol Kavramı	112
2.3. Kontrol Tanımının Merkez Unsuru: Belirleyici Etki	114
2.3.1. Etkide Bulunma Olanağı	116
2.3.1.1. Genel Olarak	116
2.3.1.2. Kasıtsız ve/veya Pasif Olarak Etki Olanağına Sahip Olunması	117
2.3.1.3. Pozitif ve Negatif Etkide Bulunma Olanağı	118
2.3.2. Etkide Bulunma Olanağına İlişkin Örnekler	120
2.4. Kontrol Araçları	121
2.5. Kontrol Aracının Yöneldiği Hedef	126
2.6. Kontrolde “Kalıcı” Değişiklik Unsuru	128
2.6.1. Genel Olarak	128

2.6.2.	Payların ya da Malvarlığı Değerlerinin Devralınmasında Kalıcılık	129
2.6.3.	Sözleşmeye Dayalı Anlaşmalarda Kalıcılık	130
2.7.	Kontrolü Devralanlar	130
2.7.1.	Genel Olarak	130
2.7.2.	Doğrudan ve Dolaylı Devralanlar	131
2.8.	Kontrol İlişkisine Dair Değişiklikler	132
2.8.1.	Genel Olarak	132
2.8.2.	Hâlihazırda Var Olan Kontrolün İçeriğinin Değiştirilmesi	133
2.8.3.	Kontrol Sahibinde Değişiklik	135
2.9.	Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 Bakımından Kontrol Kavramı	136
2.9.1.	Genel Olarak	136
2.9.2.	Rekabet Hukuku İhlalinde Kontrol Karinesi	140
2.9.3.	Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 Anlamında Kontrol ile Birleşme Tüzüğü m. 3'te Tanımlanan Kontrol Kavramının Karşılaştırılması	142
2.10.	Rekabet Hukukunun “Kontrol” Kavramı ile Hakimiyet Kavramının Karşılaştırılması	144
3.	Sermaye Piyasası Hukukunda “Yönetim Kontrolü” Kavramı	145
3.1.	Sermaye Piyasası Hukukunda “Yönetim Kontrolü” Kavramının İşlevi	145
3.2.	Sermaye Piyasası Mevzuatının “Yönetim Kontrolü” Düzenlemesi	147
3.3.	Sermaye Piyasası Hukukunun “Yönetim Kontrolü” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması	151
4.	Banka Hukukunda “Kontrol” Kavramı	152
4.1.	Banka Hukukunda “Kontrol” Kavramının İşlevi	152

4.2.	Bankacılık Kanunu’nun “Kontrol” Düzenlemesi	154
4.3.	Bankacılık Hukukunun “Yönetim Kontrolü” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması	158
5.	Finansal Raporlama Standartlarında “Kontrol” Kavramı	159
5.1.	Finansal Raporlama Standartlarında “Kontrol” Kavramının İşlevi	159
5.2.	TFRS 10 Standardında “Kontrol” Düzenlemeleri	163
5.3.	Finansal Raporlama Standartlarının “Kontrol” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması	168
SONUÇ		171
KAYNAKÇA		183

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
AktG	: Aktiengesetz
APOK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz)
Aufl	: Auflage
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz	: Bakınız
BörsG	: Börsengesetz
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BKartA	: Bundeskartellamt
C.	: Cilt
Ceza Yönetmeliği	: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyenler
Dn.	: Dipnot

E	: Esas
EuG	: das Gericht der Europäischen Union
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
Ed.	: Editor
FKVO	: Fusionskontrollverordnung
FusG	: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HGB	: Handelsgesetzbuch
Hrsg	: Herausgeber
I	: Issue
İBirK	: İsviçre Birleşme Kanunu (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung)
J	: Journal
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar numarası
KOMM	: Europäische Kommission

Kontrol Kılavuzu	: Rekabet Kurumu’nun Birleşme veya Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz
m.	: Madde
MüKo	: Münchener Kommentar
Nr/ N	: Numara/Number/Nummer
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Pişmanlık Yönetmeliği	: Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik
Res	: Research
Rev	: Review
RG	: Resmi Gazete
RHKH	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TMS	: Türk Muhasebe Standartları
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

ZGR : Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht



GİRİŞ

İşletmeler arası merkezi yoğunlaşmaların en yaygın iki şekli, şirketlerin “birleşmeler” veya “şirketler topluluğu biçiminde bir araya gelmeleri”dir. Şirketler, çeşitli teknik, ekonomik ve hukuki nedenlerle ekonomik bir bütünlük oluşturarak bir topluluk bünyesinde bir araya gelmekte ve “hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan şirketler ve hakim şirketin birlikte oluşturduğu bir yapı” olan şirketler topluluğunu oluşturmaktadırlar. Şirketler topluluğunun kanuni bir düzenlemeye kavuşması, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (“TTK”) önemli yeniliklerindendir. TTK, şirket ve işletme birlikteliklerinde ekonomik bağımlılığın hukuki bağımsızlığın önüne geçeceği gerçeğini dikkate alarak şirketler topluluğunu düzenlemiş ve böylece büyük bir boşluğu doldurmuştur. Çalışmamızda da öncelikle şirketler topluluğu kavramı ele alınacak, TTK düzenlemesinin amacına ve kaynaklarına ilişkin açıklamalar sunulduktan sonra şirketler topluluğunun unsurları incelenecektir. Ardından, şirketler topluluğu benzer kavramlarla (konzern, holding, kartel, konsorsiyum, ortak girişim) ile karşılaştırılacaktır.

Şirketler topluluğunun sùjeleri, topluluk dışı bir şirketi devralmak suretiyle veya topluluk sùjesi şirketlerin aralarında gerçekleştirdikleri devralma işlemleriyle yeniden yapılanabilmektedirler. Şirketler topluluğunda özellikle topluluk içi devralmalar, hakimiyet ve kontrol durumlarında bir değişikliğe yol açmamaları nedeniyle, özellikli hallere vücut vermektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, şirketler topluluğunda gerçekleşen devralmalarda hakimiyet ve kontrol kavramı dolayısıyla ortaya çıkan bu özellikli hallere değinilecektir. Bu bölümde, ilk olarak, topluluk içi devralmaların şirketler hukuku alanındaki özellikli bir görünümü olan

“kolaylaştırılmış birleşme” ele alınacaktır. Bölümün ikinci başlığında, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleştirilecek devralmaların rekabet hukuku bağlamında yoğunlaşmaların denetlenmesi bakımından nasıl incelendiği aktararak “grup içi işlem” kavramına değinilecektir. Buna ek olarak, şirketler topluluğunun bir süjesinin gerçekleştireceği bir yoğunlaşma işleminde yoğunlaşma denetiminin incelenmesinde esas alınacak cironun nasıl belirleneceği açıklanacak, bu itibarla kontrol kavramının şirketler topluluğunda devralmalar bakımından belirleyici olduğu iki husus sunulmuş olacaktır. Üçüncü ve son başlıkta ise, topluluk içi devralmaların sermaye piyasası hukukundaki özellik gösterdiği hususlar olan pay alım teklifi zorunluluğundan istisna olma ve pay alım teklifini zorunluluğundan muafiyet durumları incelenecektir. Ayrıca bu özellikli hallerin hakimiyet ve kontrol kavramıyla bağlantıları da sunulacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, hakimiyet ve kontrol kavramları ele alınacaktır. Şirketler topluluğunda hakimiyetin oluşumu bakımından genişletilmiş kontrole dayalı TTK sistemi hem matematiksel ölçütler sunmakta hem fiili olguların da şirketler topluluğu oluşturabileceğini hükme bağlamakta ve karinelere yer vermektedir. Kontrol kavramı, sadece TTK’da değil, birçok kanuni düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü bölümde, TTK’nın şirketler topluluğunda öngördüğü hakimiyet sistemi ele alınacak; ardından genişletilmiş kontrol üzerine kurulu hakimiyete paralel olarak rekabet, bankacılık, sermaye piyasası hukuku ve muhasebe standartlarında kontrol kavramları çözümlenecektir.

Çalışmamızda sunduğumuz çözümlemenin asli hedefi, özellikle şirketler, rekabet ve sermaye piyasası hukukunda devralma yoluyla birleşmeye, ilgili hukuk dallarına egemen olan kontrol kavramının nasıl etkili olduğunu ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle, çalışma, devralma yoluyla birleşme hukuki rejimi ile şirketler topluluğunun

hukuki rejiminin kesişim alanında araştırma yapacaktır. Bu alanda özellikle kontrol araçlarının tek tek irdelenmesi, ilgili hukuk dalları arasındaki paralellik ile farklılıkların gösterilmesi hedeflenmektedir.



BİRİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMI VE ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Şirketler Topluluğu Kavramı

İşletmeler arası merkezi yoğunlaşma olgusu (*Konzentration*), özellikle yirminci yüzyılın başlarından itibaren ekonomik hayata ve dolayısıyla hukuk dünyasına yön vermiştir¹. Çeşitli yoğunlaşma biçimleri olmakla birlikte, yoğunlaşmanın en yaygın iki şekli şirketlerin “birleşmeleri” veya “şirketler topluluğu (veya öğretideki bir başka adlandırma tercihi ile “ortaklıklar topluluğu”²) biçiminde bir araya gelmeleri”dir³. Farklı yoğunlaşma modelleri arasında, özellikle Kıta Avrupası’nda şirketler topluluğu oluşumları öne çıkmaktadır⁴.

¹ Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi - Cilt I, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 514; Aytac, Z.: “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, BATİDER 1976, C. 8, S. 4, s. 97; Tekinalp, Ü. (Poroy, R./Çamoğlu, E.), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 700.

² “Ortaklıklar topluluğu” adlandırmasını tercih eden yazarlar için bkz. Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 623 (Yazar, TTK’da “şirketler topluluğu” terimi kullanılmış olmasına rağmen eserinde “Şirket ve ortaklık terimlerinin kanuniliği” başlıklı TTK’nın 1531. maddesine dayanarak gene kanuni olan “ortaklıklar topluluğu” terimini tercih ettiğini ifade etmektedir.); Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 172 vd.; Manavgat, Ç.: “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları”, BATİDER 2015, C. 31, S. 1; Tarhan, D. G.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul 2018, s. 115; Karakılıç, H.: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, İstanbul 2019, s. 379 vd.; Aksoy, M. A.: “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2.; Sumer, A.: Ticaret Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2020, s. 145 vd.

³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 700; von Laufenberg, C.: Kartellrechtliche Konzernhaftung, Berlin 2018, s. 28; Eminoğlu, C.: Konzern/Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU Ein Rechtsvergleich, İstanbul 2013, s. 1.

⁴ Forum Europaeum Konzernrecht: “Konzernrecht für Europa”, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht 1998, s. 674; Eminoğlu, C.: Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, İstanbul 2014, s. 65.

Şirketlerin, bir topluluk bünyesinde bir araya gelmelerinin ana gerekçeleri, öğretide aşağıdaki başlıklar altında toplanmaktadır:

- (i) *Teknik nedenler*: Üretim için kritik niteliği haiz patentlerin, faydalı buluşların, üretime dair *know-how*'ın, markaların⁵, teknik üretim usullerinin ve hizmet sektöründeki işleyişe dair teknik bilgilerin şirketler arasında paylaşılması veya ortak olarak geliştirilmesi ihtiyacı, şirketleri bir topluluk bünyesinde bir araya gelmeye itmektir⁶.
- (ii) *Ekonomik nedenler*: Şirketlerin ekonomik güçlerinin ortak bir politika dahilinde bir araya getirilmesi ile finansman yaratmada sağlanan kolaylık, şirketlerin bir araya gelmesinin en önemli gerekçelerinden biridir⁷. Şirketlerin birleşme yoluyla değil de bir topluluk bünyesinde bir araya gelme yoluyla ortak finansman sağlamayı tercih etmeleri ise, bir şirkete onu yönlendirebilecek sermaye veya oy çoğunluğuyla hakim olarak o şirketi topluluk bünyesine dahil etmenin maliyetinin o şirketi devralmaya kıyasla (kural olarak) daha düşük olmasından kaynaklanmaktadır⁸. İlaveten, (dikey veya yatay) ekonomik entegrasyon, şirketlerin giderlerini azaltarak (ve riskleri de paylaşarak) kârlarını ençoklaştırmalarına hizmet etmektedir. Ayrıca, kurulacak

⁵ Tanınmış ve güvenilir markaların piyasa ve toplum nezdinde uyandırdığı güvenin şirketler topluluğuna dahil tüm şirketlere sirayet etme imkanı da şirketlerin topluluk bünyesinde bir araya gelmelerini cazip kılmaktadır. Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 98, dn. 4; Boyacıoğlu, C.: Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 40.

⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 700.

⁷ Özsu, G.: Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk - Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden, Ankara 2021, s. 30.

⁸ Zira, üzerinde hakimiyet kurulacak şirketin pay sahipliği yapısına da bağlı olmak üzere, payların %51'i (veya daha azı) ile şirket üzerinde etkide bulunmak mümkündür. Boyacıoğlu, s. 33; Çebi, H.: "Hakimiyet Sözleşmesi", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, S. 19/20, s. 84.

Ayrıca, birleşme yerine şirketler topluluğu biçiminde merkezileşmenin tercih edilebilmesinin muhtemel sebepleri hakkında bkz. Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 97-98.

çokuluslu bir yapı sayesinde ithalat sınırlamaları ve bürokratik engellerin aşılması, ortak pazarlama stratejisi ile marka sinerjisi yaratılması şirketlerin uluslararası arenada rekabet güçlerini artırmaktadır⁹. Buna ek olarak, topluluk bünyesindeki şirketlerin yönetiminde merkezi bir strateji izlenerek küresel gelişmelere hızlı biçimde yeknesak tepkilerin verilebilmesi de işletme ekonomisine ilişkin bir nedendir¹⁰.

(iii) *Hukuki nedenler:*

a. *Şirketler hukukuna ilişkin nedenler:* Hakim şirketin sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmak istemesi de şirketler topluluğunun ortaya çıkış nedenlerinden biridir¹¹. Şirketler topluluğu içinde yer alan hakim şirket ve bağlı şirketler ayrı hukuk özneleri olarak varlıklarını devam ettirdiklerinden, şirketler topluluğunun bütün bileşenleri bizzat ve yalnızca kendi borçlarından sorumludurlar¹². Şirketler topluluğunun hukuken bağımsız ancak ekonomik olarak bütünlük teşkil eden şirketlerden oluşan doğası ve sınırlı sorumluluk ilkesi birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sakıncalar da konzern¹³ ve şirketler topluluğu düzenlemelerinin varlık nedeni olmuştur.

⁹ Boyacıoğlu, s. 31.

¹⁰ Boyacıoğlu, s. 33.

¹¹ Özsü, s. 30; von Laufenberg, s. 28.

¹² Boyacıoğlu, s. 37.

¹³ Çalışma kapsamında, Türk hukukunda şirketler topluluğundan bahsedilirken “şirketler topluluğu”, Alman ve İsviçre hukukundaki topluluk olgusuna değinilirken ise, özgün kavram olan “konzern” terimleri kullanılacaktır.

b. *Vergi hukukuna ilişkin nedenler:* Vergisel avantajlardan yararlanılmak istenmesi de topluluk yapısının ortaya çıkmasındaki etkenlerden biridir¹⁴. Özellikle çokuluslu bir yapı sergileyen şirketler topluluklarında, hakim şirkete merkez olarak vergisel avantajları bulunan bir ülkenin seçilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁵.

c. *Rekabet hukukuna ilişkin nedenler:* Şirketler topluluğu bünyesinde bulunan şirketlerin birbirleri ile yaptıkları yatay veya dikey anlaşmalar (aynı ekonomik bütünlük içerisinde gerçekleştirildiği için bağımsız teşebbüslerin arasında yapılan anlaşmalar olarak değerlendirilmediklerinden) doğaları gereği “rekabeti sınırlayıcı” bir nitelik teşkil etmemektedirler¹⁶. İlâveten, aynı ekonomik bütünlük içerisinde gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemleri de rekabet otoritelerinin iznini gerektirmemektedir. Rekabet hukukuna ilişkin bu nedenler de şirketlerin bir topluluk içinde bir araya gelmelerini teşvik etmektedir.

¹⁴ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 675; Eminoğlu, C.: “Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hakimiyet İlişkileri - TTK’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme-”, XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (22 Aralık 2017), Ankara 2018, s. 17.

¹⁵ Boyacıoğlu, s. 36.

Ayrıca, şirketler topluluğunun vergi hukuku bakımından ele alındığı bir çalışma için bkz. Karataş Durmuş, N.: “Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2015, C. 1, S. 2, s. 71-84.

¹⁶ Alman hukukunda konzernele ilişkin düzenleme yapılmadan önce konzernele, (konzernde yer alan şirketlerin arasında doğası gereği rekabet olamayacağından) tipik bir kartel olarak değerlendirildiği ve rekabet hukukuyla doğrudan bağlantılı olarak ele alındığı görülmektedir. Bkz. Von Laufenberg, s. 28 ve dn. 2, 3’te yer verilen görüşler.

Açıklanan bu nedenlerle, bağımsız hukuk öznelere olan şirketler, ekonomik bir bütünlük içerisinde girerek bir topluluk çatısı altında birleşmektedirler. Bu itibarla “hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan şirketler ve hakim şirketin birlikte oluşturduğu bir yapı” (TTK m. 195/4¹⁷) olan şirketler topluluğu karşımıza çıkmaktadır.

Şirketler topluluğunun öğretideki başlıca tanımları incelendiğinde, Okutan Nilsson, bir ticaret şirketinin, TTK’nın 195. maddesindeki kriterler çerçevesinde diğer bir şirketi doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyeti altında bulundurması durumunda, bu şirketlerin şirketler topluluğu oluşturacağını belirtmiştir¹⁸.

Pulaşlı ise şirketler topluluğunu “bir veya birden fazla şirketin doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun olarak hakim şirketle birlikte oluşturduğu topluluk” olarak tanımlamıştır¹⁹.

Tekinalp, “ortaklıklar topluluğu, birden çok birbirine bağlı sermaye ve/veya oy hakimiyeti nedeniyle ya da bir sözleşme hükümleri dolayısıyla bağlı bulunan ve tek elden yönetilen ortaklıkları ifade eder.” biçiminde bir tanım getirmektedir²⁰.

Şirketler topluluğunun öğretideki diğer tanımları incelendiğinde de, özellikle 6102 sayılı Kanun Tasarısı’ndan sonra yapılan tanımların²¹, şirketler topluluğunun

¹⁷ Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, şirketler topluluğu düzenlemeleri Türk hukukuna 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiş olup, Kanun şirketler topluluğunu 195-209. maddeleri arasında bağımsız bir bölümde düzenlemektedir.

¹⁸ Okutan Nilsson, G.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 67.

¹⁹ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 522.

²⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 701.

²¹ 6102 s. TTK’dan evvel yapılan tanımlar ise, genel olarak aşağıda detaylı olarak değinilecek olan Alman hukuku kavramı “Konzern”in tanımından yola çıkarak yapılmıştır:

Altay, şirketler topluluğunu “bir hakim ortaklık ve ona bağlı en az bir bağlı ortaklıktan oluşan birden fazla şirketin, hakimiyete yol açan araçlar marifetiyle tekil bir yönetim anlayışı ekseninde ekonomik bir bütün haline getirilmesini öngören bir yoğunlaşma modeli” olarak tanımlamaktadır. Altay, S. A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul 2009, s. 362.

“şirketlerin TTK’da öngörülen kriterler ile birbirine bağlı oldukları” topluluk olma niteliğine vurgu yapan tanımlar sundukları söylenebilecektir²².

Aytaç ise, “hukuken bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün, çoğunluk iştiraki (ile) bağımlılık konzern ilişkisi, karşılıklı iştirak veya bir işletme sözleşmesine dayanarak meydana getirdikleri işletmeler grubu” biçiminde bir tanım getirmiştir. Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 99.

Barlas, “hukuken bağımsız konumda bulunan teşebbüslerin ortak bir yönetim gücü gereğince birleşerek oluşturdukları ekonomik bütünlük” olarak tanımlamıştır. Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 207.

Boyacıoğlu, konzern üzerinden bir tanım getirerek, “hukuken birbirinden bağımsız birden fazla işletmenin, merkezi sevk ve idare altında toplanması” halinde şirketler topluluğu oluşacağına işaret etmiştir. Buna ek olarak Boyacıoğlu daha geniş bir tanım da getirerek “bir veya birden çok işletmenin, doğrudan veya dolaylı surette, diğer bir veya birden çok şirketi (işletmeyi), oy ya da sermaye çoğunluğuna veya yönetim organında ekseriyeti oluşturan sayıda üyeyi seçtirme hakkına dayalı olarak yahut diğer şekillerde, merkezi sevk ve idare altında toplanması halinde” şirketler topluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir.

Karayalçın ise “bir sermaye grubunun birden fazla şirkete kısmen veya tamamen hakim olması durumunda ekonomik açıdan şirketler grupları ortaya çıkmaktadır” demektedir. Karayalçın, Y.: “Üst Kuruluşlar Hukuku”, BATİDER 1991, C. 16, S. 1, s. 10.

Moroğlu da konzern tanımından hareket ederek hukuken birbirinden bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün ekonomik faaliyetlerinin ortak bir yönetim doğrultusunda toplanmasıyla şirketler topluluğunun oluşacağını ifade etmiştir. Moroğlu, E.: Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 16, dn. 28.

Yılmaz, öğretinin büyük çoğunluğunun aksine, “şirketler topluluğu” ve “konzern” kavramlarını eş anlamlı kullanmış, ekonomik amaçlarla tek elden yönetim altında toplanan hukuken bağımsız teşebbüslerin konzern oluşturduğunu ifade etmiştir. Yılmaz, A.: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010, s. 121.

²² Aker; Ayhan, Çağlar ve Özdamar; Bahtiyar; Çamoğlu; Göktürk ve Özcanlı, Ticaret Kanunu’ndaki tanımı takip ederek, “hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturduğunu” belirtmiştir. Aker, H.: Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı M. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57, S. 4, s. 4; Ayhan, R./Çağlar, H./Özdamar, M.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 539; Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2021, s. 74; Çamoğlu, E.: “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 12, S. 2, s. 19; Göktürk, K.: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), 2. Baskı, Ankara 2022, s. 8; Özcanlı, F. B.: Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, İstanbul 2021, s. 85.

Ayrıca, öğretideki diğer başlıca şirketler topluluğu tanımlarına aşağıda yer verilmektedir:

Akın, “Şirketler topluluğu, tüzel kişiliği bulunmayan ve şirketler hukukuna tabi özel bir kişi birliğidir.” biçiminde bir tanım getirmektedir. Akın, İ.: Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014, s. 31.

Atakan, şirketler topluluğunun şirketlere ilişkin bir yoğunlaşma modeli olduğunu belirtmekte ve şirketler topluluğunu “ekonomik açıdan bağımlı ancak hukuken bağımsız olan yavru (bağlı) şirketin hakim şirket ile oluşturduğu birliktelik” olarak tanımlamaktadır. Atakan, M.: Şirketler Topluluğunda Hakimiyet, İstanbul 2021, s. 23.

Aydın’a göre, şirketler topluluğu “bir teşebbüs veya şirket ile bunlara belirli hakimiyet araçları ile doğrudan bağlı hukuki yapı”dır. Aydın, F.: Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirketler – Limited Şirketler ve Şirketler Topluluğu, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 7.

Bozkurt ise, “bir veya birden fazla (ticaret) şirketin(in) bir hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütleri veya bir sözleşme vasıtası ile bağlanması sonucu,

Bu tanımlardan hareketle, şirketler topluluğu hukukunun ana konusunun “hakim şirket ile bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi” olduğu söylenebilir²³. İlâveten, ortakların, pay sahiplerinin ve alacaklıların özel dava haklarıyla korunması, bu bağlamda özel sorumluluk kuralları öngörülmesi ve böylece şeffaflığın sağlanması, şirketler topluluğu hukukunun konusudur²⁴. Öğretide; karşılaştırmalı hukukta şirketler topluluğu hukukunun “menfaat çatışmasını çözmek” ve “organizasyonel açıdan grup yönetimini kolaylaştırmak” temel hedeflerine yöneldiği, TTK’nın her iki hedefe de yönelik çözümler getirdiği ifade edilmektedir²⁵. Aşağıdaki başlıklarda, TTK’nın şirketler topluluğu düzenlemesinin amacı ve kaynakları detaylı olarak açıklanacaktır.

hakim şirketle birlikte oluşan topluluk” tanımını getirmektedir. Bozkurt, T.: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2022, s. 643.

Bilgili ve Demirkapı, şirketler topluluğunu “*bir veya birden fazla şirketin bir hakim şirketle doğrudan veya dolaylı olarak kanunda öngörülen kontrol (hakimiyet) ölçütü veya bir sözleşmeye uygun olarak oluşturduğu topluluk*” olarak tanımlamaktadır. Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2021, s. 89.

Eminoğlu, şirketler topluluğunun “*en geniş tanımıyla hukuki bağımsızlığını koruyan şirketlerin meydana getirdikleri ekonomik bütünlüğü ifade ettiğini*” ve şirketlere ilişkin bir yoğunlaşma modeli olduğunu belirtmiştir. Eminoğlu, Kuram-Uygulama, s. 12. Ayrıca Eminoğlu, kavram olarak konzerne/şirketler topluluğunun üç öğeden oluştuğunu kabul etmektedir. (i) en az iki işletmenin bir arada bulunması, (ii) bütünlük içinde yer alan süjelerin kendi bağımsız kişiliklerini muhafaza etmesi ve (iii) tek elden yönetim ve/veya kontrol olanağı bulunması. Eminoğlu, Konzern, s. 7.

Şener’in tanımı ise şu şekildedir: “*Bir teşebbüs veya ticaret ortaklığının, hukuki bakımdan bağımsız bir veya birden fazla ortaklık üzerinde kanuni koşullara uygun şekilde doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyet kurmasıyla oluşturulan birlik.*” Şener, s. 180.

Öğretideki diğer tanımlar için bkz. Özsu, s. 34; Karakılıç, s. 381; Özdin, F.: “Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C. 16, S. 197-198, s. 321; Gürpınar, B.: “Banka Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü - Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (Ed. Topaloğlu, M./Özer, I.), Ankara 2019, s. 149; Ünlü, U.: “Şirketler Topluluğunda Hakimiyet ve Sorumluluk İlişkisi”, Terazi Hukuk Dergisi 2016, C. 11, S. 122, s. 102.

²³ Tekinalp ve Yasaman, hakim ortaklık ile bağlı ortaklık arasındaki ilişkiye ek olarak, “ara ana (hakim) ortaklığın, ana (hakim) ortaklık ve bağlı ortaklık ile ilişkisini” de şirketler topluluğu hukukunun kapsamında özellikle belirtmişlerdir. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 624; Yasaman, H.: “Şirketler Topluluğu Hukukunun Sermaye Piyasası Hukukuna Yansımaları”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı, İstanbul 2018, s. 141.

²⁴ Yasaman, Sermaye Piyasası Yansımaları, s. 141.

²⁵ Okutan Nilsson, G.: “Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hakim Şirketin Bilgi Alma Hakkı”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı (Ed. Okutan Nilsson, G.), İstanbul 2018, s. 49.

2. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesi

2.1. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesinin Amacı

Öğretide, şirketler topluluğunun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") ile getirdiği en önemli yeniliklerden olduğu ifade edilmektedir²⁶. TTK, şirket ve işletme birlikteliklerinde ekonomik bağımlılığın hukuki bağımsızlığın önüne geçeceği gerçeğini dikkate alarak "ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesine ağırlık tanımış²⁷", böylece şirketler topluluğunu düzenleyerek büyük bir boşluğu doldurmuştur²⁸. Zira, 6102 sayılı TTK'nın şirketler topluluğu düzenlemelerinden önce²⁹, "bağımsız şirketler (veya işletmeler) varsayımı³⁰" ile hareket edilmiş, şirket (veya işletme) birlikteliklerinin tüzel kişilik olarak birbirlerinden hukuken bağımsız ancak ekonomik olarak birbirlerine bağımlı

²⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. vii; Aydın, s. 7, 205; Karakılıç, s. 379 vd.; Uygun, İ. D.: Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet, İstanbul 2015, s. 1; Bora, S.: "Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hakim Şirket Raporları", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 5, S. 9, s. 93.

²⁷ Bkz. 6102 sayılı TTK Gerekçesi (Çalışma kapsamında, 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin TBMM 96 S. Sayılı genel gerekçe ile madde gerekçeleri, "Gerekçe" olarak anılacaktır), Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), para. 3.

²⁸ Aytaç, Z.: "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu", BATİDER 2013, C. 29, S. 4, s. 5-6.

²⁹ 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda, şirketler topluluğu kavramı düzenlenmemiş olmakla birlikte, kanun koyucu bir topluluğa bağlı bulunan şirketin menfaati ile hakim şirketin menfaatinin çatışması riskinin olumsuz sonuçlarını göz önünde bulundurarak birtakım düzenlemeler de getirmiştir. Vergi mevzuatında yer alan transfer fiyatlandırması ve sermaye piyasası mevzuatındaki örtülü kazanç aktarımı yasağı, bu menfaat çatışması riskini farklı açılardan ele alarak şirketlerin kârının örtülü yollardan ilişkili kişilere aktarılmasını engelleme amacını gütmektedir. Ancak elbette 6102 s. TTK'nın şirketler topluluğu hükümleri, örtülü kazanç aktarımı sorunundan daha başka sorunları da ilgilendiren daha geniş kapsamlı hükümlerdir. Bkz. Okutan Nilsson, G.: "Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketler Topluluğunun Anahatları", Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları (15-16 Mayıs 2014), İstanbul 2015 (Der. Şenocak, K./Rohe, M./Yarayan, A./Ay, B.), s. 240; Okutan Nilsson, G.: "Şirketler Topluluğu", Bankacılar Dergisi 2011, S. 79, s. 91.

³⁰ Yılmaz Asuman, s. ix.

oldukları senaryolar göz ardı edilmiştir³¹. Gerçekten de şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan tüzel kişilerin hukuki bağımsızlığı ilkesi³², günümüz gerçekliğinde yetersiz kalmıştır³³. Günümüz gerçekliği, (başta anonim şirketler olmak üzere) şirketlerin çok geniş ölçüde ve çeşitli şekillerde birbirleri arasında sarmallaşmış ve karşılıklı olarak bağlanmış durumda bulundukları bir tablo sunmaktadır³⁴. Bu tabloda, ulusal ve uluslararası şirketler geniş alanlarda faaliyet göstermeleri nedeniyle kontrolleri altında birçok bağlı şirket bulundurmakta ve bağlı şirketler üzerinde sahip oldukları hakimiyet ile bu şirketleri yönlendirmektedir³⁵. Bu durumda, her ne kadar hukuken bağımsız bir tüzel kişi de olsa, bağlı şirketin kendi başına serbestçe karar

³¹ Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 173; Akın, s. 28; Dündar, E.: Çok Uluslu Şirketlerin Ticaret Hukukundaki Yeri, İstanbul 2019, s. 67; Öztekin, S.: "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 323; Kaya, A.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 242; Kayar, İ./İlbasmış Hızlısoy, Ö.: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Rekabet Kurumu (6 Mayıs 2011), s. 55; Özden, E.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Şirketler Topluluğunda Bağlı Şirket Alacaklılarının Dava Haklarının Değerlendirilmesi", Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (11 – 12 Ekim 2019) (Ed. Orhan, U./Göka, M. E./Göztepe, E.), Ankara 2020, s. 591.

Geçgel, E.: "Şirketler Topluluğunda Tam Hakimiyet ve Hakim Şirketin Sorumluluğu", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, s. 74, dn. 1.

³² Tüzel kişilerin hukuki bağımsızlığı için bkz. Köprülü, B.: Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 1984; Serozan, R.: Medeni Hukuk, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 491 vd.; Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2018, s. 275 vd.; Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 15 Baskı, İstanbul 2014, s. 209 vd.; Akipek, J. G./Akıntürk, T./Ateş, D.: Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 229 vd.; Hatemi, H.: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2021, s. 91 vd.; Öztan, B.: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 45. Baskı, Ankara 2020, s. 335 vd.; Kaplan, İ.: Şirketler Hukuku - Şirketlerde Yapı Değişikliği, Ankara 2021, s. 2-6. Özsu, s. 23 vd.

³³ Karayalçın, Y.: "Üst Kuruluşlar Hukuku", BATİDER 1991, C. 16, S. 1, s. 10; Özsu, s. 17, Çelebi, A. E.: "Şirketler Topluluğunda Hakim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C. 17, S. 2, s. 518; Yazıcı, A. H.: "Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent?", Law and Justice Review 2014, C. 5, S. 9, s. 127.

³⁴ Pulaşlı, H.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 11, S. 1-2, s. 261.

³⁵ Hatta öğretide, şirket topluluklarının "tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmanın en elverişli araçları arasında sayılabileceği" belirtilmiştir. Eminoglu, Kuram-Uygulanma, s. 13.

alabilme iradesi sınırlandırılmış olduğundan³⁶, belirli durumlara özgü olmak üzere bağlı şirketi talimatları doğrultusunda yönlendiren hakim yapılara da hukuki sorumluluk yüklenmesi ihtiyacı doğmuştur³⁷. Bu ihtiyaca binaen, ekonomik bütünlük yaklaşımının esas alınması ile topluluk menfaatlerinin yanı sıra azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları da korumayı amaçlayan düzenlemeler yapılmıştır³⁸. TTK'nın gerekçesinde de ifade olunduğu üzere, şirketler topluluğu düzenlemelerinden önce, “hukuki bağımsızlık” gerekçesi ile, bağlı şirketin pay sahiplerinin ve/veya alacaklılarının uğradığı zararlardan salt bağımlı şirket yöneticileri (haksız biçimde) sorumlu tutulmuş, çoğunluk dışı pay sahipleri ve/veya alacaklılar da kayba uğramıştır³⁹. Şirketler topluluğu düzenlemeleri ile, ekonomik yaşamda süregelen fiili durum hukuk dünyasında da tanınmış, şirketler arasındaki “hakimiyet” ilişkisine hukuki sonuçlar bağlanmıştır⁴⁰. Zira, uygulamada ortaya çıkan sorunlar genel hükümlerle yeterli ve tatmin edici biçimde çözülememiştir⁴¹. Buradan hareketle, hakim ve bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verebilirlik ve menfaat dengesi temelinde kurallara bağlanması, bağlı şirketlerin, pay sahiplerinin ve

³⁶ Zira, bir şirket başka bir şirketin hakimiyeti altındaysa hakim şirketin talimatları kendi menfaatlerine aykırı olsa, hatta kayba yol açacak olsa bile talimatları yerine getirmek zorundadır. Gürbüz Usluel, A. E.: “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2012, C. 18, S. 2, s. 282.

Bozkurt da, yavru şirketlerin ekonomik bağımsızlık ve kendi karar alma mekanizmaları içinde serbestçe hareket ettiğini düşünmenin “körlük” olduğunu belirtmektedir. Bozkurt, s. 644.

³⁷ Özsu, s. 28-29; Okutan, “Şirketler Topluluğu”, s. 90-91.

Vekalet sorunları hakkında detaylı açıklama için bkz. Hopt, K. J. (Çev. Çelikboya, K.): “Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller, Yasal Stratejiler”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku: 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı (Ed. Gül Okutan Nilsson), İstanbul 2018, s. 15-34; Okutan Nilsson, Hakim Şirketin Bilgi Alma Hakkı, s. 36.

³⁸ Özsu, s. 17.

³⁹ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 70; Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 6.

⁴⁰ Özsu, s. 29.

⁴¹ Aytaç, Z.: “Vakıflar ve Şirketler Topluluğu Hukuku”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ekim 2017, s. 123; Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 100.

alacaklıların korunması amacıyla, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır⁴².

2.2. TTK'nın Şirketler Topluluğu Düzenlemesinin Kaynakları

Gerekçe'de de ifade olunduğu üzere, 6102 sayılı TTK'nın şirketler topluluğu düzenlemeleri çoğunlukla Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'ndan⁴³ ("APOK" – *Aktiengesetz*, "*AktG*") alınmış olup TTK düzenlemesi özgün hükümler de içermektedir⁴⁴. İlaveten, Gerekçe'de, Avrupa'da şirketler topluluğu hukuku alanında çalışan akademisyenlerin yer aldığı "Forum Europeum" adlı grubun Avrupa konzern hukukuna ilişkin bağımsız önerilerini sundukları "Avrupa İçin Şirketler Topluluğu

⁴² Aytaç, Z.: "Grup Bankaları- Finansal Holdingler ve Şirketler Topluluğu Hükümlerinin Uygulanabilirliği", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, Banka Hukukuna Genel Yaklaşım, Teori-Uygulama, Nisan 2017, s. 67; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 13-15.

İlaveten, şirketler topluluğu hukukuna ilişkin pozitif bir düzenleme yapılmasını gerekli kılan nedenler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 30-33; Eminoğlu, Kuram-Uygulama, s. 15-16; Atakan, s. 23, 323.

Bu açıklamalara ek olarak, şirketler topluluğu hükümlerinin ihdas amaçları değerlendirildiğinde, (portföyünün Ağustos 2022'deki durumuyla) topluluk hakimî niteliğini haiz Türkiye Varlık Fonu A.Ş.'nin 7244 sayılı Kanun'la (hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını ve sonuçlarını düzenleyen) TTK m. 202 hükmünün uygulama alanı dışında bırakılmasının hukukun temel ilkelerine uygun olmadığı açıktır.

⁴³ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ile anonim şirket ve paylı komandit şirketler hukuku Alman Ticaret Kanunu'ndan tamamen çıkartılmış ve özel bir kanunla düzenlenmiştir. Karayalçın, s. 13-14.

⁴⁴ Gerekçe, bu hususta şu açıklamaları sunmaktadır: "*Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri, Alm. POK'un 17-21 inci maddelerinden bazı değişikliklerle alınmıştır. Bir kısım hükümlere de aynı Kanunun bağlı işletmeler hakkındaki hükümleri (291 ilâ 337 nci paragraflar) esin vermiştir. Ancak Tasarının sistemi, özellikle sorumluluğa ilişkin kuralları özgündür.*" Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s.70. İlaveten bkz. Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 5, 7; Aytaç, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 100. Tekinalp, Ü.: "Inspired by German Konzern Law, but of a Different Breed: Turkey's Şirketler Topluluğu", Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag, München 2015, s. 548; Eminoğlu, C. "Schutzmechanismen Des Neuen Türkischen Konzernrechts (Yeni Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Koruyucu Mekanizmaları)", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 2, S. 1, s. 38.

Hukuku” (*Konzernrecht für Europa*) çalışmasındaki önerilerin de dikkate alındığı belirtilmiştir⁴⁵.

TTK’nın şirketler topluluğu düzenlemelerinin ana esin kaynağı olan⁴⁶ AktG düzenlemeleri, yapılmış ilk “şirketler topluluğu” veya “bağlı işletmeler” düzenlemeleridir⁴⁷. 1937 tarihli AktG’nin 15. paragrafında konzern, “ekonomik amaçlarla tek elden yönetim altında toplanmış şirketler” olarak tanımlanmıştır⁴⁸. 1937 tarihli kanunun bu yaklaşımı, daha ayrıntılı ve kapsamlı bir sistematik ile konzerni düzenleyen 1965 tarihli kanunda da korunmuştur⁴⁹. 1965 tarihli AktG’de 15 ila 22 ve 291 ila 328 arası maddelerde yer alan şirketler topluluğu düzenlemeleri, 2001 yılında 327. maddeye yapılan eklemelerle son halini almıştır⁵⁰. Şirketler topluluğu hukukunu düzenleyen ilk ülke olan Almanya’da hukuk öğretisi, konzerni tarihsel olarak hukukun

⁴⁵ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 70; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 705; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 61. Forum Europaeum’un Almanca metni için bkz. Forum Europaeum Konzernrecht: “Konzernrecht für Europa”, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht 1998, s. 672-772.

Forum Europaeum’un önerileri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Özcanlı, B.: “Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa’da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, S. 2, s. 30-31; Dinç, S.: “6102 Sayılı Kanun’un Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ile Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk (TTK m.209) Kavramının İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi 2017, C. 12, S. 126, s. 15.

Okutan Nilsson, topluluk dışı pay sahiplerinin paylarını satarak çıkma hakkının, Forum Europaeum önerilerinden esinlenilmiş bir çözüm olduğunu belirtmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 15. Atakan ise, sorumlulğa ilişkin kurallar bakımından Forum Europeum’un tavsiyelerinin dikkate alındığını ifade etmektedir. Bkz. Atakan, s. 40.

⁴⁶ Tekinalp, Konzern’in APOK’ta 46 madde ile düzenlenirken TTK’da 15 maddede düzenlendiğini, bu nedenle madde temelinde APOK ile TTK benzerliğinin az olduğunu, ancak Alman düzenlemesinin ana fikir, bakış açısı ve hukuki sorumluluğun yöneltildiği kişi bakımından TTK’ya etkisinin inkâr edilemeyeceğini belirtmiştir. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 705.

⁴⁷ Yılmaz Asuman, s. 121; Aytaç, Z.: “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, BATİDER 1976, C. 8, S. 4, s. 101; Atakan, s. 31; Akın, s. 34 vd.

⁴⁸ Boyacıoğlu, s. 115

⁴⁹ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 1; Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 2; Boyacıoğlu, s. 116. AktG §18 tarihsel olarak, 1937 tarihli AktG §15’e dayanmaktadır. Ancak 18. paragrafta yapılan tanım (hukuken bağımsız birden çok şirketin tek elden yönetim altında toplanması, bir araya gelmesi) pratik yönden anlamlı değildir; çünkü AktG, hukuki sonuç yönünden, § 17 anlamında potansiyel konzerni (*potentieller Konzern*) yeterli görmektedir. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG 17, Rn. 2.

⁵⁰ Atakan, s. 33.

yaratımı değil ekonomik “pratiğin çocuğu” (*Kind der Praxis*⁵¹) olarak kabul etmektedir⁵². Alman kanun koyucusunun “yaşam gerçeğine uyumlanarak⁵³” yaptığı bu ilk ve ayrıntılı düzenleme pek çok ülkenin şirketler topluluğu düzenlemelerinin esin kaynağı olmuştur⁵⁴.

Türk şirketler topluluğu hukuku, Alman hukukunun konzern düzenlemelerinden esinlenmesine karşın, TTK düzenlemesi Almanya’nın, İtalya’nın, Brezilya’nın ve İsveç’in benimsediği sistemden birçok noktada ayrılmaktadır. Bu farklılıklar şöyle sıralanabilir⁵⁵:

- TTK adlandırma tercihinde “konzern” ya da “grup” terimlerini değil, “şirketler topluluğu” terimini benimsemiştir (çeşitli hükümlerde ise aynı kavramı ifade etmek üzere sadece "topluluk" sözcüğü de kullanılmıştır). Kavram, Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre’de “konzern” olarak adlandırılmakta; İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya’da "grup/topluluk"; Amerika Birleşik Devletleri’nde ise "bağlı şirketler/bağlı topluluk" (*affiliated company/affiliated group*) ifadeleri tercih edilmektedir⁵⁶.

⁵¹ Bu ifadenin kullanımı için ayrıca bkz. Büren, R.: Der Konzern, Basel 2005, s. 1.

⁵² Von Laufenberg, s. 29.

⁵³ Theusinger, I.: “Das deutsche Konzernrecht - Grundlagen und aktuelle praktische Fragestellungen”, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları (15-16 Mayıs 2014), İstanbul 2015 (Der. Şenocak, K./Rohe, M./Yarayan, A./Ay, B.), s. 270.

⁵⁴ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 6-7; Özsu, s. 34.

⁵⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 630-631; Eminoğlu, Konzern, s. 139 vd.

⁵⁶ Gerekçe’de, Forum Europaeum’un da "konzern" sözcüğü yerine "group" terimini önerdiği, bunun sebebinin de konzern sözcüğünün Almanya’nın çok güçlü olan “konzern hukuku” düzenlemesinin hakimiyeti altında bulunması olduğu açıklanmaktadır. Gerekçe’ye göre TTK’da "şirketler topluluğu" teriminin tercih edilmesinin sebepleri, “bu terimin hem hukuki olması, hem kavramı tanıtmaya gücünün bulunması, hem de toplumda yaygınlık kazanmış olması”dır. Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 70.

- TTK, Alman konzern hukukunun aksine “tek elden yönetim” değil, “geniş anlamda kontrol” sistemi üzerine kuruludur.
- TTK’da yalnızca, (bir sözleşmeye dayanmadan şirketlerin birbirine iştirak etmesi yoluyla meydana gelen) fiili topluluk düzenlemiştir. Kanunumuzda hakimiyetin bir “hakimiyet sözleşmesi”nden doğduğu sözleşmesel topluluk düzenlenmemekle birlikte tanınmış ve geçerli sayılmıştır. Alman konzern hukukunda kanuni ağırlık noktası ise sözleşmesel topluluktur. Bir diğer ifadeyle TTK’da temel şirketler topluluğu tipi fiili topluluk iken, Alman hukukunda sözleşmesel topluluk temel konzern tipidir⁵⁷.
- TTK, şirketler topluluğuna dahil olabilecek süjelerin niteliğini belirlerken, Alman hukukunun ve AT’nin şirketler hukukuna ilişkin Yedinci Yönergesi’nin aksine, “işletme” kavramı yerine “ticaret şirketleri” kavramını tercih etmiştir.

⁵⁷ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 36. Bununla birlikte konzernlerin Alman hukuku yönünden, sözleşmesel ve fiili olarak sınıflandırılmasının Türk hukukuna göre daha kolay olduğunu belirtmekte fayda vardır; çünkü “hakimiyet sözleşmesi” § 291 Abs. 1 S. 1’de düzenlenmiş ve § 18 Abs. 1 S. 2 ve AktG atfıyla “dahil etme kararı”yla da (“ilhak” ve “katılma” biçiminde çeviri için bkz. Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 110; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 32) bağlantı kurulmuştur. Bunun dışında kalan diğer sözleşmelerle (kâr devri sözleşmesi ve AktG § 292 anlamında diğer işletme sözleşmeleri de dahil) ya da fiili ilişkilerle (her şeyden önce doğrudan ya da dolaylı çoğunluk iştiraki yokuyla) kurulan topluluklar, fiili topluluk olarak kabul edilir. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG 18, Rn. 3. Ancak Avusturya hukukunda herhangi bir sözleşmesel ögenin varlığı, ilgili konzernin sözleşmesel konzern olarak sınıflandırılması için yeterli görülmektedir. Eminoğlu, Konzern, s. 9.

İlaveten, açıklanan bu farklara ek olarak, öğretilde bazı yazarlarca benimsenen, şirketler topluluğunun oluşumu için en az iki bağlı şirketin varlığını arayan görüşe göre, TTK sistemi ve Alman sistemi arasında şirketler topluluğunun oluşumu için aranan süje sayısı da farklılık göstermektedir. Tekinalp’a göre, TTK sisteminde, şirketler topluluğundan bahsedebilmek için bir “işletmeler topluluğu” bulunmalıdır. Tekinalp, TTK’nın “Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur.” (TTK m. 195/4) diyerek, bir hakim şirket ve “bağlı bulunan şirketler” ifadesiyle en az iki bağlı şirketin varlığını aradığını, Alman konzern düzenlemesinde ise, konzernin oluşumu için bir hakim şirket ve bir bağlı şirketin yeterli olduğunu (AktG § 18 Abs. 1) açıklayarak, bu hususu da TTK düzenlemesinin Alman konzern düzenlemesinden ayrıldığı bir nokta olarak sunmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 630-631.

3. Şirketler Topluluğunun Unsurları

3.1. Genel Olarak

Şirketler topluluğunun “hakim şirketin kontrolü altında, hakim şirket ile bağlı şirketlerin birlikte oluşturdukları, tüzel kişiliği bulunmayan⁵⁸ ekonomik bir bütün⁵⁹” biçimindeki tanımından hareketle, şirketler topluluğunun iki temel unsuru bulunmaktadır: (I) Şirketler topluluğunun sükeleri olan hakim şirket (veya teşebbüs⁶⁰) ve bağlı şirket(ler) ile (II) Hakim şirket ile bağlı şirket(ler) arasında, topluluğun bütünlüğünü sağlayan “hakimiyet” unsuru. Bu iki unsurun kümülatif olarak varlığı aranmaktadır. Bir diğere deyişle, TTK uyarınca bir topluluğun fiilen meydana gelebilmesi (ve TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin öngördüğü özellikli düzenlemelerin uygulanabilmesi) için, yeterli sayıda ticaret ortaklığına ve kontrolü sağlayacak hakim bir yapıya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu itibarla, aşağıda şirketler topluluğunun unsurları incelenecektir.

⁵⁸ Şirketler topluluğunun tüzel kişiliği haiz olmadığı tartışmasız olmakla birlikte, İsviçre öğretisinde, şirketler topluluğunun adı şirket olarak değerlendirilmesinin imkanı olup olmadığı hakkında bir tartışma mevcuttur. Forstmoser ve Kunz, istisnaen şirketler topluluğunun adı şirket olarak değerlendirilebileceği görüşündedirler. Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Baskı, Bern 2007, s. 127; Kunz, P. V.: Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Baskı, Bern 2012, s. 180; Pulaşlı, Şerh C. I, s. 526.

Kunz, özellikle şirketlerin birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı bir amaçla bir araya gelmedikleri sözleşmesel topluluklar açısından bu istisnanın söz konusu olabileceği görüşündedir. Kunz, P. V.: “Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2012, S. 148, s. 358-361.

Ancak, İsviçre öğreti ve uygulamasında hakim görüş, şirketler topluluğunun adı şirket olarak tasnif edilmemesi yönündedir. Türk öğretisinde, Pulaşlı da bu hakim görüşe katılmaktadır. Bu tartışma hakkında daha detaylı açıklamalar ve İsviçre öğretisindeki görüş atıfları için bkz. Pulaşlı, Şerh C. I, s. 526.

⁵⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 708.

⁶⁰ Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, TTK m. 195/5 uyarınca şirketler topluluğunun hakiminin bir “teşebbüs” olması halinde de şirketler topluluğu oluşmakta ve bu hakim teşebbüs tacir sayılmaktadır. Bu itibarla, şirketler topluluğunun hakimi, “hakim şirket” olabileceği gibi, “hakim teşebbüs” de olabilmektedir. Çalışmamız kapsamında, “hakim şirket” unsurundan söz edildiğinde, TTK m. 195/5 uyarınca, bu istisna da akla gelmelidir.

3.2. Topluluğun Sjeleri

3.2.1. Hakim irket (veya Teşebbüs) ve Baēlı irket(ler)

Şirketler topluluēu yapılanması içinde, hakimiyeti elinde bulunduran irket “hakim irket” (veya, bir diēer adlandırma tercihi ile ana irket) olmakta, ona baēlı bulunan irket(ler) ise “baēlı irket(ler)” [veya, yavru irket(ler)] olmaktadır⁶¹. Hakim irket toplulukta yer alan ticaret şirketlerini TTK’nın belirlediēi ölçütler çerçevesinde hakimiyeti altında tutan irket; baēlı irket; TTK m. 195’te ngrlen hakimiyet ltleri ile üzerinde doērudan veya dolaylı olarak hakimiyet kurulan ticaret irketi olarak tanımlanabilir⁶².

TTK m. 195 kapsamında, hakim irket ve baēlı irket ile hakimiyet ilişkisinin tespit edilmesi, hakim şirketin yükümlülükleri ile hakimiyetin kötüye kullanılması durumunun deēerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir⁶³.

⁶¹ TTK’nın 195. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi ve Ticaret Sicil Ynetmeliēi’nin 105. maddesinin son cümlesi “Hakim irket ana irket, baēlı şirketler ise yavru irket konumundadır.” biçimindedir. ēretide, Kanun ve Yönetmelik’in, hakim şirketin ana irket olduēunu, baēlı şirketin ise yavru irket olduēunu belirtmesinin iki sebebi olduēu belirtilmektedir: (i) ēretide, yargı kararlarında ve uygulamada kullanılan ana irket ve yavru irket terimlerinin, hakim irket ve baēlı irket ile kavramsal olarak farklı olmadıēını aıklıēa kavuşturmak ve (ii) Hakim irket ve baēlı irket arasındaki hiyerarşiye, ana irket – yavru irket adlandırması ile gönderme yapmak. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 635.

Ana irket – yavru irket adlandırılması, şirketler topluluēun kaç basamaktan olutuēuna dair bir sınıflandırmaya gidilebilmesini de imkanı kılabilmektedir. Ana irket ile yavru irket denildiēinde akla ilk gelen tek basamaklı şirketler topluluēudur. Bu olasılıkta yavru irket, ana irket karşısında tek bir basamak üzerinden ilişki kurmaktadır. Bununla birlikte, hakim irket tarafından kontrol altına alınan (Alman hukuku yönünden tek elden yönetilen) irketler, birbiri ardına birçok basamakta sıralanmış olabilir. Burada çok basamaklı şirketler topluluēundan bahsedilir. rn. Büyük ana – ana – yavru – torun şirketler arasındaki ilişki. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG 18, Rn. 4.

⁶² Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 96; Gültepe, İ: Baēlı irketi Kayba Uēratma Suretiyle Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 2022, s. 23.

⁶³ Uygun, s. 9.

3.2.2. Topluluk Sjelerinin Hukuki Niteliği

3.2.2.1. Kural: Topluluk Sjelerinin “Ticaret Şirketi” Olması

TTK m. 195/1, bir “ticaret Şirketinin”, diğer bir “ticaret Şirketi” üzerinde (doğrudan veya dolaylı) hakimiyet kurmasını öngörmektedir. Türk Ticaret Kanunu’nun 09.11.2005 tarihli Bakanlar Kurulu Tasarısı’nda (bundan böyle, “Tasarı” olarak anılacaktır) ise, Şirketler topluluğunun kapsamı ticaret Şirketleri olarak belirlenmemiş, sermaye Şirketleri ile sınırlı tutulmuştur. Ancak, sonrasında TBMM Adalet Alt Komisyonu⁶⁴ tarafından yapılan değişiklikle, madde “ticaret Şirketleri” ifadesi ile kanunlaşmış, dolayısıyla Şirketler topluluğunun kapsamı şahıs Şirketlerini ve kooperatifleri⁶⁵ de içine alacak şekilde geniřletilmiřtir⁶⁶. Gerekçe’de “Türk sistemini inceleyen bazı nl Alman profesörlerinin, Tasarı’nın sermaye Şirketlerini esas almasını eleştirdiği” ifade edilmiřtir⁶⁷. Öğretide, “sermaye Şirketi” yerine, “ticaret Şirketi” kavramının tercih edilmesinin sebebinin Şirketler topluluğuna derinlik kazandırmak olduğu belirtilmektedir⁶⁸. İlaveten, Adalet Alt Komisyonu görüşmelerinde, Şirketler topluluğunun ara kademelerine şahıs Şirketleri

⁶⁴ 11.01.2008 tarihli ve 1/324 esas numaralı TBMM S. Sayı: 96 Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Son Erişim: 01.08.2022)

⁶⁵ Okutan Nilsson’a göre, kooperatifin kr aması gütmemesi nedeniyle, kooperatif Şirketler topluluğu yapılanması içinde sıkça rastlanılabilecek bir Şirket tipi olmaması beklenebilir. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 69. Ancak elbette teorik olarak kooperatifler Şirketler topluluğu yapılanmasında yer alabilirler. Tekinalp (Poroy/amoğlu), Ortaklıklar II 715; Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 96, dn. 292; Bozkurt, s. 646.

⁶⁶ Susuz, K: “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hakim Teşebbüs Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken – Sempozyum (10-11-12 Mayıs 2012), C. 18, S. 2, s. 269; Uygun, s. 9; zcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 96, dn. 290.

⁶⁷ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 il 209 nc Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

⁶⁸ Pulaşlı, şerh C. I, s. 531, dn. 64.

yerleştirilmesi yoluyla hükmün dolanılma ihtimali de değerlendirilmiş ve “ticaret şirketleri”nden yana bir tercihte bulunulmuştur⁶⁹.

Gerekçe, Alman hukukunun ve AT’nin şirketler hukukuna ilişkin Yedinci Yönergesi’nin aksine, “işletme” kavramı yerine “ticaret şirketleri” kavramının benimsenmesinin sebebinin, kapsamın “işletme” olarak belirlenip geniş tutulması ihtimalinde birçok sorun doğabileceği ve şirketler topluluğu düzenlemesinin ilk defa getirildiği hukuk sistemimizin muhtemel sorunların çözümünde yetersiz kalabileceği endişesi olduğunu açıklamıştır. Gerekçe’ye göre “*şirketler topluluğu hukukumuzda ilk defa düzenlenirken, işletmelere dayanılamayacağı gibi çok ayrıntılı, yoğun ve girift bir sistem de tercih edilemezdi.*”⁷⁰

Bu tercih, öğretide eleştiri konusu olmuştur. Adalet Komisyonu değişikliğinin “*topluluğun bir salkım veya piramit olduğu durumlarda ara hakim şirketlerin şahıs şirketleri konularak sistemde boşluk doğmasına meydan vermemek için 195 inci maddenin birinci fıkrasında ticaret şirketinin yer almasının daha doğru olacağı*”⁷¹ biçimindeki gerekçesi, anılan durumlarda şahıs şirketleri ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunun sistemde bu denli köklü bir değişiklik yapılmadan da çözülebileceği argümanı ile eleştirilmiştir. Bu sorunun şirketler topluluğunda şahıs şirketlerinin de hakim şirket olabileceğine ilişkin bir istisnaya yer verilerek çözülebileceği ifade edilmiştir. Sorunun hakim şirkete yüklenecek anlamla, sınırlı bir istisna getirilerek çözülmesi yerine, ilk

⁶⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 68; Uygun, s. 10.

Bu itibarla, 195. maddenin beşinci fıkrasının Gerekçe’sinde de ifade olunduğu üzere, “*şirket sıfatını taşımayan kişi topluluklarının, şahıs şirketlerinin, tek kişiye, derneğe, iktisadî devlet teşekküllerine ve kamu tüzel kişilerine ait ticarî işletmelerin ve gerçek kişilerin, yani geniş anlamda “teşebbüs”lerin, topluluk üyesi olması*” imkanı değildir. Gerekçe, m. 195/5.

⁷⁰ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

⁷¹ Adalet Komisyonu değişikliğinin gerekçesi için Bkz. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri Kıymetli Evrak Hükümleri) Cilt: I (Madde 1-849), 195. Madde Adalet Komisyonu Değişikliği, s. 323. https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf s. 323.

başta “ticaret şirketleri” olarak öngörülen sistemin kökten değiştirilmesi ile daha büyük problemlere kapı aralandığı, şahıs şirketlerinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının birçok sorunu beraberinde getireceği belirtmiştir⁷². Öğretide, şahıs şirketlerinin elverişsiz sorumluluk yapısı nedeniyle uygulamada sıkça kurulan şirketler olmadığı, uygulamada da şirketler topluluğu içerisinde bu tip şirketlerin görülmediği ve görülmesinin de beklenmediği ifade edilmiştir⁷³. Ancak kanımızca, ülkemizde ilk şirketler topluluğu düzenlemeleri teşkil eden 6102 s. TTK düzenlemelerinin şahıs şirketlerini dışarıda bırakması yerine, buna imkan tanınması; sınırlayıcı değil geniş bir yaklaşım benimsenmiş olması yerindedir.

3.2.2.2. İstisna: Topluluk Hakiminin “Teşebbüs” Olabilmesi

TTK m. 195/5, şirketler topluluğunun hakiminin (merkezi veya yerleşim yerinin Türkiye’de veya yurtdışında bulunması fark etmeksizin) bir “teşebbüs”⁷⁴ olması halinde de şirketler topluluğunun oluşacağını ve bu hakim teşebbüsün tacir sayılacağını hüküm altına almaktadır⁷⁵. Bir diğer deyişle teşebbüs istisnası, TTK m. 195/5 uyarınca, yalnızca merkezi veya yerleşim yeri Türkiye’de bulunan teşebbüsleri değil, (merkezi ve yerleşim yeri) yurtdışında bulunan teşebbüsleri de kapsamaktadır.

⁷² Susuz, Hakim Teşebbüs, s. 269-270.

Şahıs şirketlerinin yapısal özelliklerinden kaynaklı olarak şirketler topluluğunun bir parçası olmaya elverişli olmadığı hakkında bkz. Susuz, Hakim Teşebbüs, s. 275; Boyacıoğlu, s. 145-146.

Bozkurt da, bir kolektif şirketin şirketler topluluğunda yer almasının kuramsal kalacağı görüşündedir. Bozkurt, s. 646.

⁷³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 69

⁷⁴ Tasarı’nın ilk halinde “teşebbüs” yerine “işletme” kavramı tercih edilmiş olmakla birlikte, Adalet Alt Komisyonu değişikliği ile madde “teşebbüs” kavramı ile yasalaşmıştır. Öğretide, teşebbüsün işletmeden daha geniş bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Kendigelen, s. 148; Susuz, Hakim Teşebbüs, s. 272; Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 99.

⁷⁵ Hakim teşebbüsün tacir sayılması hakkında değerlendirmeler için bkz. Aker, H.: “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hakim Teşebbüs”, BATİDER 2009, C. 25, S. 2, s. 229-295.

Bu istisnaya göre, şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin bir ticaret şirketinin değil bir teşebbüsün hakimiyetinin altında bulunduğu durumlarda da oluşan bütünlüğe şirketler topluluğu hükümleri uygulanacaktır⁷⁶. Teşebbüs istisnasının öngörülme amacı, Gerekçe'ye göre "sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri ve ehliyet durumu ne olursa olsun, gerçek ve tüzel kişiyi ya da işletmeyi" hakimiyeti elinde tutan konumuna getirip şirketler topluluğu hükümlerinin dolanılmasını engellemektir⁷⁷. Diğer bir deyişle, kanun koyucu, şirketler topluluğunun tepesine bir teşebbüs yerleştirilerek şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasından kaçınılmasını engellemek istemiş, topluluk hükümlerinin uygulama alanını olabildiğince geniş kılmayı hedeflemiştir⁷⁸. Öğretide, TTK sisteminin "işletme" (veya Kanun'da tercih edildiği biçimiyle "teşebbüs") kavramı üzerine değil "ticaret şirketleri kavramı" üzerine oturtulduğu, bu nedenle uygulamada teşebbüsün topluluk hakimi olma durumunun istisnailiğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹.

TTK'da "teşebbüs" tanımı yer almamakla birlikte bir sermaye ortaklığına iştirak edebilme hukuki ehliyetine sahip her gerçek kişi, kişi birliği ya da mal topluluğu, şirketler hukuku hükümleri bakımından teşebbüstür⁸⁰. Öğretide, hakim teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütüyor olmasının ya da ekonomik bir amacı olmasının şart olmadığı da ifade edilmiştir⁸¹. Bu itibarla, bir ticaret şirketine

⁷⁶ Aile şirketlerinde genellikle gerçek kişiler aileye ait şirketler üzerinde hakimiyet kurduklarından, teşebbüs istisnası özellikle aile şirketleri bakımından uygulanabilir. Uygun, s. 20; Gültepe, s. 29.

⁷⁷ Gerekçe, m. 195/5.

⁷⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 636; Tekinalp, Turkey's Şirketler Topluluğu, s. 544; Pulaşlı, Güven Sorumluluğu, s. 264

⁷⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 636.

⁸⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 636.

İlaveten, gerçek kişilerin teşebbüs olabilmesi karşısında, tek kişilik anonim ve limited şirketin sınırlarının nerede bitip nerede tek kişi ortağın hakim teşebbüs sıfatıyla sorumlu tutulacağı hususunda belirsizlik bulunduğu yönündeki eleştiri için bkz. Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 98.

⁸¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 75; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 636. Karş.: Susuz, Hakim Teşebbüs, s. 274-275.

katılabilecek gerçek kişiler ile tüm kamu hukuku (Belediye, İl Özel İdaresi, Sosyal Güvenlik Kurumu vs.) ve özel hukuk tüzel kişileri (dernek, vakıf, sendika, kooperatif üst kuruluşları, kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, İl Özel İdaresi, Belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum veya kuruluşlar) ticari işletme, esnaf işletmesi, miras ortaklığı bir şirketler topluluğunun hakim teşebbüsü olabilir⁸².

3.2.3. Topluluk Oluşumu için Gereken Asgari Şirket Sayısı

Türk şirketler topluluğu hukukunda tartışmalı bir diğer husus ise, şirketler topluluğuna vücut verebilecek yeterli sayıda ticaret şirketinin (asgari) kaç şirket olduğu hususudur. Elbette azami şirket sayısı bakımından bir sınırlama bulunmadığından⁸³, tartışma asgari şirket sayısının kaç olması gerektiği noktasındadır. Tartışmanın çıkış noktası, TTK ve kanunun yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir sonra yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği (“TSY”) hükümleri arasındaki uyumsuzluktur. TTK m. 195/4’in birinci cümlesi “**Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur.**” biçiminde iken, TSY m. 105’in ilk cümlesi şu şekildedir: “*Kanunun 195 inci maddesinin dördüncü fıkrası anlamında, bir şirketler topluluğu, **bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir.***” Temel tartışma, TTK m. 195/1’de geçen “hakim şirkete (...) bağlı bulunan şirketler”

⁸² Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 636; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku s. 76; Aytaç, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 107-108, s. 110-111.

⁸³ Özsu, s. 35.

ifadesiyle, TSY m. 105'in öngördüğü gibi “**en az iki** bağlı şirket” bulunması yönünde bir şartın varlığının hüküm altına alınıp alınmadığıdır.

Öğretide kimi yazarlar, TSY m. 105'in TTK'ya aykırılık teşkil etmediğini, zira TTK m. 195'in verdiği tanımın, bir şirketler topluluğundan bahsedebilmek için hakim şirketin en az iki bağlı şirketi olması gerektiğini öngördüğü yönünde yorumlamaktadırlar⁸⁴. Bu yazarlara göre, bir hakim şirket ve bir bağlı şirketten meydana gelen ikili zincirle şirketler topluluğu oluşmamaktadır⁸⁵. Bu görüşü savunan yazarların kabul ettiği şirketler topluluğu tanımı, bir hakim şirket ve en az iki bağlı şirket içerdiği için, bir hakim şirket ve bir bağlı şirketin konzern oluşturabildiğinin kabul edildiği Alman konzern tanımından asgari şirket sayısı noktasında da farklılaşmaktadır.

Buna karşın, öğretideki baskın görüş bir hakim şirket ve bir bağlı şirketin varlığını şirketler topluluğunun oluşumu için yeterli kabul etmektedir⁸⁶. Bu görüşü savunan ve bizim de katıldığımız yazarlara göre, TSY'nin düzenlemesi TTK m. 195'e aykırılık teşkil etmektedir.

⁸⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 633; Arkan, S.: “Topluluk Şirketleri Arasındaki Kredi İşlemleri”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 47; Altaş, S.: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 11. Baskı, Ankara 2022, s. 1025; Aydın, s. 209; Akın, s. 31-32. Karakılıç, s. 380-381.

Eminoğlu, bu konudaki görüşünü değiştirerek asgari iki bağlı şirket gerekliliğini benimseyen yazarlar arasına katılmıştır. Eminoğlu, şirketler topluluğu hükümlerinin ihdas edilmesindeki öncelikli amacın bağlı şirket ve menfaat sahiplerine yönelik bir koruma alanı oluşturmak olduğunu ve bu nedenle hakim şirket ve yönetim kurulu üyeleri için ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejimi öngördüğünü açıklamış, ancak bu kuramsal yaklaşımın uygulamada büyük ölçüde karşılıksız kaldığını ifade etmiştir. Buradan hareketle, şirketler topluluğunun oluşumu için asgari iki bağlı şirketin varlığının aranması ile şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanını daraltmanın kanun koyucunun amacına daha uygun olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak yazar, “*TSY'nin asgari sayı kuralının, kendi içerisinde bir paradoks teşkil etse de, kanun koyucunun amacına uygun olduğu*” görüşünü ifade etmiştir. Eminoğlu, Kuram-Uygulama, s. 37-38. Yazarın önceki görüşü için bkz. Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 164.

⁸⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 712.

⁸⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 67; Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 159; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 543; Şener, s. 172; Kendigelen, s. 175; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 75; Sumer, s. 148; Göktürk, s. 13; Özsu, s. 34; Atakan, s. 96; Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 108; Uygun, s. 10; Gündoğdu, G.: “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi 2014, C. 12, S. 133, s. 114-117.

TSY m. 105 hükmü, şirketler topluluğu hakiminin bir ticaret şirketi değil bir teşebbüs olduğu TTK m. 195/5 (teşebbüs istisnası) bakımından da tartışmalar doğurmaktadır. Zira TSY'nin 105. maddesinin ikinci cümlesi *“Ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse, doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ticaret şirketleri sayısının ikiyi aştığı durumlarda da Kanunun 195 incimaddesinin beşinci fıkrası anlamında şirketler topluluğu meydana gelir ve teşebbüs topluluğun hakimi olur.”* biçimindedir. Bu hükmün lafzı değerlendirildiğinde, topluluk hakiminin bir ticaret şirketi değil bir teşebbüs olduğu durumda, şirketler topluluğunun varlığından bahsedilebilmesi için en az üç bağlı şirketin bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, Kanun koyucunun teşebbüsün yer aldığı veya almadığı toplulukta asgari süje bakımından bir ayrıma gitmemesinden hareketle, Kanun koyucunun bunu amaçladığı söylenemez. Zira, Kanun koyucunun topluluk hakiminin teşebbüs olma ihtimalini topluluk hükümlerinin uygulama alanını genişletmek için dikkate aldığı düşünüldüğünde, asgari bağlı şirket sayısının iki değil üç olması gerekliliğinin bu amaçla uyumlu olduğu söylenemez⁸⁷.

3.3. Hakim Şirket ve Bağlı Şirket(ler) Arasında Hakimiyet İlişkisi

Şirketler topluluğunun merkez kavramı hakimiyettir⁸⁸. Zira, şirketler topluluğunun var olabilmesi ve TTK'nın şirketler topluluğu rejiminin uygulanabilmesi için iki şirket arasında “hakimiyet” ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Bu yönüyle, hakimiyet kavramının şirketler topluluğu bakımından “kurucu” nitelikte olduğu

⁸⁷ Aytaç, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 102-103.

⁸⁸ Okutan, G.: “Şirketler Topluluğu”, Bankacılar Dergisi 2011, S. 79, s. 91.

öğretide belirtilmektedir⁸⁹. Hakimiyetin ve ticaret şirketi vasfını haiz bir hakim şirket ve (katıldığımız görüşe göre en az bir) bağlı şirketin varlığı ile şirketler topluluğu oluşacak, bununla birlikte bazı haklar ve yükümlülükler doğacaktır. Örneğin, TTK m. 199/1 uyarınca bağlı şirketin yönetim kurulu, şirketin hakim ve diğer bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenleyerek, şirketin hakim şirketle, aynı toplulukta bulunan bir diğer bağlı şirketle hakim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemleri (veya alınan/alınmasından kaçınılan önlemleri) açıklayacaktır. Bir diğer örnek olarak, m. 199/4 uyarınca, “hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, bağlı şirketler hakkında bazı ilişkileri sorgulama ve bilgi alma hakkı” vardır⁹⁰, m. 200 uyarınca da hakim şirketin her pay sahibinin bilgi alma hakkı bağlı şirketleri kapsayacak tarzda genişletilmiştir⁹¹. İlaveten, Kanun’da öngörülen birtakım özel şartların gerçekleşmesi durumunda doğabilecek özel haklar da vardır; örneğin, özel denetçi atanmasını isteme hakkı (TTK m. 207 ve 406) veya hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumunda bağlı şirketler ve alacaklılar lehine doğan haklar (TTK m. 202). İşte, örneklenen bu hükümlerin yer aldığı şirketler topluluğu rejiminin uygulanabilmesi için topluluk içinde hakimiyet ilişkisi arandığından, hakimiyet şirketler topluluğu hukukunun merkez kavramını oluşturmaktadır⁹².

Hakimiyet, öğretide “bir şirketin faaliyet, istihdam bütçe ve finans politikalarını, önemli yatırım kararlarını, temettü dağıtımına ilişkin temel kararlarını belirleyebilme gücü (bu kararların alınmasında belirleyici etkiye sahip olma)” olarak

⁸⁹ Özsu, s. 38.

⁹⁰ Gerekçe, TTK m. 199/4.

⁹¹ Gerekçe, TTK m. 200.

⁹² Hakim şirketin ödevleri hakkında yukarıda sunulan örneklere ek olarak bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 70-71.

tanımlanmaktadır⁹³. Bu belirleyici güç, hakimiyet sonucunu doğuran oy gücü veya sermaye çokluğu gibi yollarla fiili olarak doğmuş olabileceği gibi, bir sözleşmeden de kaynaklanıyor olabilir⁹⁴.

Hakimiyet ve kontrol kavramları iç içe geçmekte ve öğretide kimi zaman bu kavramlar aynı anlamda kullanılabilmektedir⁹⁵. Bu itibarla, “hakimiyet” ve “kontrol” kavramlarına ilişkin kendi bakış açımızı açıklama gereği duyulmuştur. Bir ticaret şirketinin (veya TTK m. 195/5 uyarınca teşebbüsün) bir diğer ticaret şirketi üzerinde hakimiyetini kullanması (“hakimiyet icra etme kabiliyetine sahip olması”⁹⁶) durumunda, bağlı şirketin hakim şirket tarafından “kontrol” edilmesi söz konusudur. Kontrolün “aslında hakimiyetin bir görünüm biçimi” ve TTK kapsamında öngörülen ölçütlerle hakimiyeti tespit etmemize yardımcı olan bir gösterge olduğu öğretide ifade edilmektedir⁹⁷. Gerekçe de, kontrol anlayışının, hakim şirketin bağlı şirketler üzerinde kurduğu (veya kurduğu varsayılan) hakimiyet olgusu üzerine yapılandırıldığını belirtmiştir⁹⁸. Bu itibarla, hakimiyet kavramının somutlaştırılması ihtiyacının daha matematiksel bir kavram olan kontrol kavramını ortaya çıkardığı kanısındayız. Öğretideki, hakimiyet kavramının kontrolü de kapsayan bir üst kavram olduğu ve fiili hakimiyet, belirleyici etki uygulama imkanı gibi bağlı şirketi yönlendirme imkanı veren birden çok olguyu ifade ettiği ve kapsadığı görüşüne katılmaktayız⁹⁹.

⁹³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.17 98, Özsu s. 38, Altay, Ortak Girişimler, s. 455 vd. Atakan, hakimiyeti “bir şirket veya işletmenin, başka bir şirket veya işletmeye sözleşme ile veya fiilen hakim olma” olarak tanımlamaktadır. Atakan, s. 43.

⁹⁴ Hakimiyet kriterleri aşağıda kısaca tanıtıldıktan sonra, İkinci Bölüm’ün ilk başlığında detaylı incelemeye konu edilecektir.

⁹⁵ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 14.

⁹⁶ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 50.

⁹⁷ Paslı, kontrolü “yönetim üzerindeki hakimiyet” olarak tanımlamaktadır. Paslı, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 340; Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 50.

⁹⁸ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

⁹⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 82-82, Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 53.

TTK uyarınca şirketler topluluğunda hakimiyetin tesis edilmesinin yöntemleri ve TTK'nın hakimiyet bakımından benimsediği sisteme ilişkin açıklamalar, çalışmamızın üçüncü bölümünde sunularak hakimiyet kavramı detaylı olarak anılan bölümde incelenecektir.

4. Şirketler Topluluğu Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

4.1. Şirketler Topluluğunun “Konzern” ile Karşılaştırılması

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 18. paragrafına göre konzern¹⁰⁰, “bir veya birden fazla işletmenin, hakim işletmenin tek elden yönetimi altında oluşturduğu topluluk”tur¹⁰¹.

Çalışmamızın şimdiye kadarki kısımlarında, ilgili başlıklarda yeri geldikçe şirketler topluluğu kavramlarının konzern ile kıyaslamasına yer verilmişti. Bu itibarla, şirketler hukuku ile konzern arasındaki temel farklar aşağıdaki gibidir:

- (i) Şirketler topluluğunun sükreleri (TTK m. 195/5 ile öngörölen hakim teşebbüs istisnası hariç) “ticaret şirketleri” iken, konzern “işletme”lerden oluşın bütünlüktür.

Altay da, hakimiyetin bir üst kavram olduğunu ifade etmekte ve kontrolün geniş anlamda hakimiyetin bir türü olduğunu belirtmektedir. İlâveten yazar, fiilen hedef ortaklık üzerinde belirleyici etki icra edilmesi durumuna da çalışmasında “fiili hakimiyet” kavramıyla işaret etmeyi tercih etmiştir. Altay, Ortak Girişimler, s. 342.

¹⁰⁰ Konzern kavramı Avusturya, Hollanda ve İsviçre’de de kullanılmakla birlikte, sunulan kıyaslamalar Alman hukukundaki konzern kavramına ilişkindir.

¹⁰¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 32, Yılmaz Asuman, s. 126; Atakan s. 25; Uygun, s. 26.

- (ii) Şirketler topluluğunun merkez kavramı olan hakimiyet “geniş anlamda kontrol” sistemi üzerine kuruluyken, konzernde hakimiyet “tek elden yönetim ilkesine göre belirlenmektedir.
- (iii) Konzernler, “sözleşme konzerne” ve “fiili konzerne” olarak ikili bir ayrımında incelenmektedirler. Alman hukukunda temel konzerne tipi de sözleşmesel konzerndir. Türk hukukunda ise, sözleşmesel şirketler topluluğu tanınmakla ve şirketler topluluğunun bir sözleşme dolayısıyla oluşması mümkün kılınmakla birlikte, temel şirketler topluluğu türü fiili topluluktur.
- (iv) Alman hukukunda, tek elden yönetimin söz konusu olduğu alanlar ölçütü ile belirlenen “dar – geniş konzerne” ayrımı söz konusudur. Ancak Türk kanun koyucusu geniş anlamda kontrol sistemini benimseyip hakimiyet ilişkisinin varlığına doğrudan sonuç bağladığından, şirketler topluluğu bakımından böyle bir ayrıma gidilmemektedir. Öğretide, bu yönden Türk şirketler topluluğu hukukunun Alman konzerne hukukuna nazaran daha yalın ve anlaşılır olduğu ifade edilmiştir¹⁰².

4.2. Şirketler Topluluğunun “Holding” ile Karşılaştırılması

Holding kavramı Türk hukukunda açıkça tanımlanıp unsurları belirlenmiş bir kavram değildir¹⁰³. 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu, anonim şirketlerin kanuni

¹⁰² Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 94.

¹⁰³ Uygun, s. 23.

yedek akça ayırma yükümlülüğünü düzenlerken holdinglere değinmiş, holdinglerin “*gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştirakten ibaret olan*” şirketler olduğunu ifade etmiştir. 6102 sayılı TTK kanunlaşırken, 519. madde mülga Ticaret Kanunu’nun 466. maddesinden alınmış, hükmün lafzında değişiklikler yapılmasına karşın içeriğe temel olan düşünce ve hükümler değiştirilmemiştir¹⁰⁴. Bu itibarla, hem mülga Ticaret Kanunu, hem de 6102 s. TTK, holdingleri özellikle tanımlamamakta birlikte, benzer ifadelerle “*başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler*” olarak holdinglere değinmektedir¹⁰⁵.

Holding ile şirketler topluluğu arasındaki farklar şöyle açıklanabilir:

- (i) Holding, anonim şirket olarak kurulabilen, başlıca amacı başka işletmelere katılmak olan şirkettir. Şirketler topluluğu ise, bir şirket türü

Holding kavramı, daha çok finansal ve vergisel perspektiften önem arz etmektedir. Finansal holding şirketleri, Türk hukukuna ilk kez AB direktifleri doğrultusunda hazırlanan (ancak direktiflerden farklılaştığı noktalar da bulunan) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu düzenlemeleri ile 2005 yılında girmiş, takiben Bankacılık Kanunu’nun 78. ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanan 1 Kasım 2006 tarihli (26333 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan) Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik ile detaylı düzenlemeye kavuşmuştur. Bankacılık Kanunu, finansal holding şirketlerini “Tanımlar” başlıklı üçüncü maddesinde “*içlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak şartıyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan şirket*” olarak tanımlamaktadır. Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik’in “Finansal holding şirketlerinin kapsamı” başlıklı dördüncü maddesi uyarınca, Türkiye’de anonim şirket şeklinde kurulan ve bağlı ortaklıklarından en az bir tanesi kredi kuruluşu olan bir ana ortaklık, aşağıdaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde, finansal holding şirketi olmaktadır:

1. Bağlı ortaklıklarının yarısından fazlası kredi kuruluşu ve/veya finansal kuruluş ise VE
2. Ödenmiş sermayesinin yüzde ellisinden fazlası bu tür ortaklıklara tahsis edildiyse VE
3. Son üç hesap dönemi sonu itibarıyla kredi kuruluşları ile finansal kuruluşlardan oluşan bağlı ortaklıklarına ait aktif toplamı ortalamasının, ana ortaklık ve bağlı ortaklıklarının ayrı ayrı aktiflerinin toplamının ortalamasına oranını yüzde kırk veya üzerinde ise VE
4. Kredi kuruluşu niteliğindeki bağlı ortaklıklarından herhangi bir tanesinin son üç hesap dönemi sonu itibarıyla aktif toplamı ortalamasının tüm kredi kuruluşu ve finansal kuruluş niteliğindeki bağlı ortaklıklarına ait anılan dönemler itibarıyla aktif toplamı ortalamasına oranı %95 veya üstünde DEĞİL İSE, ana ortaklık finansal holding şirketi teşkil etmektedir.

Finansal holding şirketleri hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Sunay, N. A.: Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi, İstanbul 2012.

¹⁰⁴ Gerekçe, m. 519.

¹⁰⁵ Elbette anılan maddeler holdinglere ilişkin genel bir düzenleme niteliğini taşımamaktadır. Yılmaz Asuman, s. 125.

değil, isminin de ifade ettiği üzere bir topluluktur¹⁰⁶. Bir diğer deyişle, şirketler topluluğu bir hukuki yapıdır. Holding anonim şirketinin, bir bağlı şirket üzerinde TTK m. 195'in öngördüğü biçimde hakimiyet kurması söz konusu ise bir şirketler topluluğu oluşacağından, elbette bu ilişkiye şirketler topluluğu hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁷.

- (ii) Holdingin bir başka şirkete katılmasının hakimiyet ilişkisi doğurması şart değildir¹⁰⁸. Ancak bir şirketler topluluğundan bahsediliyorsa muhakkak bir hakimiyet ilişkisi söz konusudur¹⁰⁹. Elbette şirketler topluluğunda topluluk hakiminin (faaliyet konusu diğer topluluk şirketlerinin yönetimi olan) bir holding olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹¹⁰.
- (iii) Buradan hareketle, holding tüzel kişiliği haizdir ancak şirketler topluluğunun tüzel kişiliği yoktur.
- (iv) Holding tek bir anonim şirket iken, şirketler topluluğu için (öğretide tartışmalar bulunmakla birlikte) en az iki şirketin varlığı aranmaktadır¹¹¹.
- (v) Şirketler topluluğunun ticaret siciline tescil ve ilanı mümkün olmadığı gibi, “şirketler topluluğu” adı ticaret unvanında da kullanılamaz. Buna karşılık, tüzel kişiliği haiz bir şirket tipi olan holding, “Holding A.Ş.” biçiminde kurulabilir ve bu unvanla tescil ve ilan edilebilir¹¹².

¹⁰⁶ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 522-523.

¹⁰⁷ Bahtiyar, s. 74; Atakan, s. 29; Uygun, s. 25.

¹⁰⁸ Karş. Aydın, s. 208. Şirketler topluluğunun her durumda holding şirketleri de içinde barındırdığı görüşüne katılmamız mümkün görünmemektedir.

¹⁰⁹ Uygun, s. 25.

¹¹⁰ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, 95, Akın, s. 43; Daylık Yıldırım, s. 53.

¹¹¹ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 522-523; Bozkurt, s. 644; Özsu, s. 37.

¹¹² Pulaşlı, Şerh C. I, s. 522-523.

4.3. Şirketler Topluluğunun “Kartel” ile Karşılaştırılması

Türk hukukunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“Rekabet Kanunu”) karteli tanımlamamaktadır. Kartelin tanımı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik [“Ceza Yönetmeliği”, m. 3/1(ç)] ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik [“Pişmanlık Yönetmeliği”, m. 3/1(c)] ile şu şekilde yapılmıştır¹¹³: *“Kartel: Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri (...) ifade eder.”*¹¹⁴ Öğretide, kartel *“teknik ve ekonomik bakımdan birbirinden bağımsız işletmelerin rekabeti sınırlandırmak ya da tümüyle kaldırmak amacıyla aralarında yapmış oldukları anlaşma”*¹¹⁵ veya *“hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak, aralarındaki*

¹¹³ Ceza Yönetmeliği’nin Kanun’un 4. maddesinin ihlal edilme biçimlerinden biri olan kartel ile diğer biçimleri olan kartel teşkil etmeyen yatay ve dikey rekabeti bozucu anlaşmalar ile teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlere uygulanacak ceza oranları arasında bir ayrıma gitmesi ve farklı ceza oranı uygulanması sonucunu doğuran kartel tanımının kanunla değil yönetmelikle yapılmış olmasının belirlilik ilkesi ve yasanın tekelciliği ilkeleri yönünden kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştirimiz için bkz. Korkmaz, G.: “Rekabet Kurumu Tarafından Uygulanan Para Cezalarının Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi”, Bilkent Üniversitesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu – Ceren Damar Şenel Anısına (26-27 Kasım 2021). (Sempozyumda sunulan bildirinin tam metninin yer alacağı sempozyum kitabı basım aşamasında olduğundan, çalışmada anılan eleştirinin bulunduğu kısma sayfa numarası ile atıf verilememiştir. Anılan eleştiri, “III. B. Ceza Yönetmeliği Hükümlerinin Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi” başlığında bulunabilir.)

¹¹⁴ Anılan tanıma, Rekabet Kurumu’nun Rekabet Terimleri Sözlüğü’nde de aynen ver verilmiştir. Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2019 <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf> (Son erişim tarihi: 01.09.2022), s. 104.

¹¹⁵ Kekevi, G.: Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku’nda Kartel Anlaşmalarının Denetimi, Ankara 2007 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 8; Özsunay, E.: “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları - 5, Ankara 2000, s. 57.

*rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleri*¹¹⁶” biçiminde tanımlanmaktadır¹¹⁷.

Bu itibarla, kartel rekabeti sınırlamak ya da kaldırmak üzere anlaşılan teşebbüsleri oluşturduğu bir birliktir¹¹⁸. Şirketler topluluğu ile kartel arasındaki farklar, bu iki yoğunlaşma türünün örgütsel olarak takip ettikleri amaçlara, varlık sürelerine, yarattıkları etkiye bakılarak ortaya koyulabilir¹¹⁹. Buradan hareketle, şirketler topluluğu ve kartel arasındaki farklar şunlardır:

- (i) Kartel oluşturan teşebbüsler, pazardaki rekabeti sınırlama ve böylece pazarda belirli bir güç elde etme amaçındadırlar. Buna karşılık şirketler topluluğunda amaç, rekabeti sınırlamak (ya da ortadan kaldırmak) değildir. Aksine, şirketler topluluğunda amaç, belirli teşebbüslerin faydalarını yeknesaklaştırarak (özellikle üretim teknikleri ile finansa ilişkin birliktelik üzerinden) ekonomik bir bütünlük tesis etmekte yatar¹²⁰.
- (ii) Bu itibarla, şirketler topluluğunda topluluk sùjeleri arasında hakimiyet ilişkisinin bulunması topluluğun kurucu unsuru iken, kartellerde bir kontrol ilişkisinden değil, bir amaç için ortak hareket etmeden bahsedilebilir.
- (iii) Kartel oluşturan teşebbüsler, ekonomik bağımsızlıklarını muhafaza etmekte ve karşılıklı faydalarını göz ardı etmemektedirler¹²¹.

¹¹⁶ Akıncı, A.: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 66.

¹¹⁷ Topuz, M./Bakar, G.: On İki Banka Örneği Üzerinden Uyumlu Eylem ile Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017, s. 25.

¹¹⁸ Atakan, s. 30.

¹¹⁹ Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 98-99.

¹²⁰ Ancak kartellerde, kartel dışındaki teşebbüslere “üstünlük kurma amacı” söz konusudur. Atakan, s. 31.

¹²¹ Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 99; Eminoğlu, Konzern, s. 13.

- (iv) Bu nedenle teşebbüslerin sonucunda kartel oluşturdıkları anlaşmaların geçici ve sınırlı olduğu da söylenebilir¹²². Şirketler topluluğunda ise teşebbüsler artık ekonomik bağımsızlıklarını, oluşturdıkları daha büyük bir yapı yani topluluk için feda etmektedirler¹²³. Şirketler topluluklarının geçici ve sınırlı olduğuna dair bir genelleme yapmak da elbette imkanı değildir.
- (v) Ayrıca, şirketler topluluğu yoluyla yoğunlaşma topluluğun içinde gerçekleşmekte ve daha çok topluluğun iç ilişkilerini etkilemekte iken; kartelleşme, pazarı etkileme eğilimiyle dışa doğru bir etki göstermektedir¹²⁴.
- (vi) Şirketler topluluğunun hukuka uygun; kartelin hukuka aykırı bir ekonomik yoğunlaşma türü olduğu da unutulmamalıdır¹²⁵.

¹²² Atakan, s. 30.

¹²³ Eminoğlu, Konzern, s. 13.

Kartellere paralel olarak, tröstlerde de amaç, rekabetin sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılmasıdır. Ancak kartellerin aksine tröst söz konusu olduğunda ise, ekonomik ve hukuki bağımsızlık yitirilmiştir. Bkz. Aytaç, Bağlı İşletmeler, s. 99; Atakan, s. 32.

¹²⁴ Eminoğlu, Konzern, s. 14.

¹²⁵ Atakan, s. 31.

Ayrıca burada rekabet hukukunda “topluluk imtiyazı (*Konzernprivileg*)” olarak adlandırılan hukuki kuruma ayrıca kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Kıta Avrupası hukukunda net bir düzenleme örneği olan Alman Rekabet Kanunu 36. paragraf 2. fıkra 1. cümleye (§ 36 Abs. 2 S. 1 GWB) göre, “*ilgili teşebbüslerden biri, AktG § 17 anlamında hakim ya da bağlı işletme ya da § 18 anlamında bir konzern işletme ise, bağlı işletmeler tek bir teşebbüs olarak ele alınır*”. Bu nedenle, konzern içinde gerçekleştirilen anlaşmaların, kartel hukukuna ilişkin yasaklardan arı olduğu kabul olunur. Çünkü kartel yasağı, teşebbüs içi değil; teşebbüsler arasındaki rekabetin korunmasını hedefler. Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 36 Rn. 694.

Türk rekabet hukuku bakımından ise, rekabeti bozucu tüm faaliyetler bakımından, rekabet hukuku “teşebbüslerin” veya “teşebbüs birliklerinin” eylemleri ile ilgilendirilir. Rekabet hukuku terminolojisine ait bir kavram olarak teşebbüs kavramı, ticaret hukukundaki (ticari) işletme veya şirketler topluluğundaki (hakim) teşebbüs (m. 195/5) kavramından farklıdır. Teşebbüs kavramı, 4054 sayılı Kanun’un 3. maddesi kapsamında “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın işaret ettiği üzere, teşebbüs kavramı hukuki niteliğinden bağımsız olarak ele alınmakta ve “iktisadi faaliyet”, “bağımsızlık” ve “ekonomik bütünlük” kriterleri temelinde şekillenmektedir. Şirketler topluluğunu oluşturan süjeler, iktisadi kararlarında “bağımsız” olmadıklarından, (ticaret şirketi olmadıkları ihtimalde, şirketler topluluğu hukuku anlamında teşebbüs olsalar bile) rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılmazlar. Bu nedenle aralarında yaptıkları anlaşmalar, Rekabet Kanunu’nun 4. maddesinde öngörülen “teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar” olarak değerlendirilmeyecektir. Rekabet hukukundaki teşebbüs kavramına ilişkin bu açıklamalar için bkz. Korkmaz, G.: “Rekabet Kurulu’nun Güncel Kararları Işığında Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu İşlem ve Eylemleri ile Bunlara Uygulanabilecek Yaptırımlar”, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2021 (Ed.: Sanlı, K. C./Alma, D./Tanlı, D.), İstanbul 2022, s. 444 vd.

4.4. Şirketler Topluluğunun “Konsorsiyum” ile Karşılaştırılması

Konsorsiyum, Türk, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde kanunen düzenlenmiş değildir¹²⁶. Öğretideki bir tanıma göre konsorsiyum, *“hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız, iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişiden her birinin, belirli bir işi veya işler dizisini gerçekleştirmek amacıyla bir sözleşmeye dayanarak bir araya gelmeleri ve işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak üstlenmiş olmaları halinde”* söz konusu olur¹²⁷. Öğretideki bir diğer tanıma göre ise konsorsiyum *“belirli bir veya birkaç ticari işi yürütmek ve bu faaliyetten kazanç elde etmek amacıyla birçok teşebbüsün meydana getirdiği sözleşme temeline dayalı bir ortaklık ilişkisi”*ni ifade etmektedir¹²⁸. Konsorsiyumlar, pratikte çok farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Zira, konsorsiyum yapıları uygulamada doğan ihtiyaçlar ve faaliyet konuları doğrultusunda şekillenmektedir¹²⁹. Örneğin, oy haklarının kullanılmasına ilişkin ortak çıkarlar ve amaçlara dayalı oy konsorsiyumları¹³⁰ (çok taraflı oy sözleşmeleri), büyük ölçekli yatırımları finansa eden sendikasyon kredilerinin birden çok banka tarafından birlikte sağlandığı kredi konsorsiyumları veya birden çok gerçek veya tüzel kişinin kapsamlı bir inşaat faaliyetini işverene karşı her biri işin bir bölümünden sorumlu olmak üzere,

¹²⁶ Boyacıoğlu, s. 193; Esen, E.: “Konsorsiyum ve Joint Venture’ların Hukuki Nitelendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021/2, s. 2073.

¹²⁷ Boyacıoğlu, s. 193. Benzer tanımlar için bkz. Barlas, s. 174; Tekinalp, G./Tekinalp, Ü.: “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 162.

¹²⁸ Kaplan, İ.: İnşaat Sektöründe Müsterek İş Ortaklığı -Joint Venture-, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 37. Tanımlara dair bu ayrılık, konsorsiyumun ticari iş yürütmesi ve kazanç elde etmesinin tanıma esas değerlendirilip değerlendirilmediği noktasındadır. Katıldığımız tanıma göre, konsorsiyumun oluşumu için ticari iş yürütmek ve kazanç elde etmek konsorsiyumun zorunlu bir unsuru değildir.

¹²⁹ Esen, s. 2074

¹³⁰ Bkz. Moroğlu, s. 36 vd.

birbirlerinden bağımsız ancak birlikte gerçekleştirdikleri yapı konsorsiyumları¹³¹. Konsorsiyumların hukuki niteliği ise adi ortaklıktır¹³².

Bu açıklamalar ışığında, konsorsiyumla şirketler topluluğu arasındaki farklara değinmek gerekirse, en önemli farkın hakimiyet unsurunun varlığı noktasında oluştuğunu belirtmek gerekmektedir. Hem konsorsiyumda hem de şirketler topluluğunda, bir araya gelen şirketler hukuken bağımsızlıklarını korumaktadırlar; ancak şirketler topluluğunun kurucu unsuru olan “hakimiyet”, konsorsiyum bakımından söz konusu değildir. Buna ek olarak, amaç bakımından da, konsorsiyumlar spesifik bir işin icrası için (örneğin, büyük bir projeyi finanse etmek için kredi temini) oluşan birlikteliklerdir. Bu itibarla, konsorsiyum doğası gereği sürekliliği hedeflememektedir. Şirketler topluluğunda ise, şirketler yalnızca bir işin gerçekleşmesi için bir araya gelip ardından dağılmazlar; birliktelik daha uzun sürelidir¹³³. Bir diğer önemli fark ise konsorsiyum ve şirketler topluluğunun hukuki niteliğine ilişkindir. Konsorsiyumda bir araya gelen şirketler bir adi şirket yapısı sergilerken, şirketler topluluğunun adi şirket niteliği yoktur¹³⁴.

4.5. Şirketler Topluluğunun “Ortak Girişim (Joint Venture)” ile Karşılaştırılması

Joint venture, “*hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret*

¹³¹ Esen, s. 2074

¹³² Barlas, s. 280, Tekinalp/Tekinalp, s. 163.

¹³³ Daylık Yıldırım, s. 55.

¹³⁴ Boyacıoğlu, s. 195.

ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri” olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Joint venture’ın hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide “iç ortaklık niteliğinde bir adi ortaklık” belirlemesi yapılmıştır¹³⁶.

Joint venture’lar ile şirketler topluluğu arasındaki temel fark (konsorsiyumda olduğu gibi) hakimiyet ilişkisinde yatmaktadır. Joint venture ilişkisine girenler, hukuki ve ekonomik bağımsızlıklarını kaybetmemektedirler ve yönetimlerinde de birlik bulunmamaktadır¹³⁷. Buna karşılık şirketler topluluğu bir ticaret şirketinin bir diğer şirket (veya teşebbüsün) hakimiyeti altına girmesi ile oluşan yapıdır. İlaveten, konsorsiyumda olduğu gibi, joint venture’ın hukuki niteliğinin adi şirket olduğunu, bunun da şirketler topluluğu ile bir fark teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

¹³⁵ Barlas, s. 220.

¹³⁶ Aksoy, H. C.: Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer’i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 47.

¹³⁷ Korkut, Ö.: “Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı”, Legal Hukuk Dergisi 2007, C. 5, S. 52, s. 1153.

İKİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DEVRALMALARIN HAKİMİYET VE KONTROL BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ HALLERİ

1. Genel Olarak

TTK m. 136 uyarınca şirketler bir şirketin diğerini devralması yoluyla veya şirketlerin yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri yoluyla birleşebilirler. Anılan kanun hükmünde öngörülen adlandırma ile, “devralma yoluyla birleşme”, çalışmamız kapsamında “devralma” olarak anılmaktadır. Devralma yoluyla birleşmede en az bir şirket, pay sahiplerine devralan şirkette ortaklık hakkı verilmesi karşılığında, malvarlığını aktif ve pasifiyle (külli halefiyet ilkesine göre bir bütün olarak) devralan şirkete devretmekte, devralınan şirket tasfiyesiz sona ererek devrolunan şirketin bünyesine katılmaktadır¹³⁸.

Şirketler topluluğunda devralmalar, topluluk içi şirketlerin devralma suretiyle birleşmeleri (kısaca, “topluluk içi devralmalar”) veya topluluğun bir bileşeninin topluluk dışı bir şirketi devralması (kısaca, “topluluk dışı devralmalar”) biçiminde gerçekleşebilir¹³⁹. Topluluk şirketlerinden birinin topluluk bileşenlerinden olmayan bir şirketi devraldığı topluluk dışı devralmaların en önem arz eden biçimi, üç köşeli birleşmedir (*triangular merger*)¹⁴⁰. Üç köşeli birleşmede ana şirket, topluluk dışı şirketin kontrolünü, yavru şirket aracılığıyla devralmaktadır. Bu görünüm biçiminde, devrolan topluluk dışı şirketin ortaklarına, devralan yavru şirketin paylarından değil,

¹³⁸ Türk, H. S.: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 37.

¹³⁹ Topluluk içi ve topluluk dışı devralmalar ayrımı için bkz. Boyacıoğlu, s 277-278.

¹⁴⁰ TTK’nın birleşmeleri iki türde değerlendirmesine karşın, uygulamada ve literatürde başka türlerde birleşmelere rastlanmaktadır. Örneğin, iki taraflı ve çoklu devrolunanlı birleşme, çıkmalı veya ihraçlı birleşme, üç köşeli birleşme. Bkz. Cengil, M. F.: Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2018, s. 120; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 102.

ana şirketten pay verilir¹⁴¹. Topluluk içi devralmalar ise, devralan ve devralınanın topluluk içerisindeki konumlarına göre (eğer iki bağlı şirket birleşiyorsa meydana gelen) yatay ve (eğer hakim şirket bağlı şirketi veya bağlı şirket hakim şirketi devralıyorsa meydana gelen) dikey devralmalar olarak iki biçimde gerçekleşebilir. Dikey düzlemde gerçekleşen bir topluluk içi devralma söz konusu ise, bu devralma hakim şirketin bağlı şirketi devralması biçiminde gerçekleşebileceği gibi (aşağı yönlü birleşme – *downstream merger*), bağlı şirketin hakim şirketi devralması (yukarı yönlü birleşme – *upstream merger*) biçiminde de gerçekleşebilir¹⁴². Yatay düzlemde gerçekleşen devralmalarda ise, kardeş şirketlerin birleşmesi söz konusu olmaktadır¹⁴³.

Çalışmamızın bu bölümünün aşağıdaki başlıkları altında, şirketler topluluğunda devralmaların şirketler hukuku, rekabet hukuku ve sermaye piyasası hukuku bakımından, kontrol kavramına dayalı olarak özellik gösterdiği durumlar ve bu özellikli durumların hakimiyet ile kontrol kavramlarıyla ilişkisi incelenecektir¹⁴⁴. Bu itibarla, ilk olarak, topluluk içi devralmaların şirketler hukuku alanındaki özellikli bir görünümü olan “kolaylaştırılmış birleşme” ele alınacaktır. İkinci başlıkta ise, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleştirilecek devralmaların rekabet hukuku

¹⁴¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 703; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 3 N 15.

¹⁴² Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 10; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 3 N 8-9. Terimlerin Türkçe adlandırmaları için bkz. Veziroğlu, C./Arıcı, M. F.: Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, İstanbul 2018, s. 90-99; Gürel, M.: “Şirket Birleşmelerinde Finansal Destek Verme Yasağına İlişkin TTK 380.1 Uygulanabilir Mi?”, BATİDER C. 29, S.4, s. 194 vd.

¹⁴³ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 3 N 9a.

¹⁴⁴ Anonim şirketler yönünden devralma suretiyle yapısal değişiklikler, sektörel olarak farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu hukuki düzenlemelere, Rekabet Kanunu, Bankacılık Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun, Sermaye Piyasası Kanunu, Enerji Piyasası Kanunu örnek olarak gösterilebilir. İlgili hukuki düzenlemeler, devralmaları, kurumsal izin ve onaya tabii tutarken, sektöre özgü devralma kuralları da öngörmüştür (Bkz. Paslı, AO Devralınması, s. 145-146). Çalışmamız kapsamında şirketler topluluğu bağlamında gerçekleşecek devralmalara odaklanıldığından, sektör spesifik düzenlemeler ayrıca incelenmeyecek, şirketler topluluğunda devralmaların özellik gösterdiği durumlar şirketler hukuku, rekabet hukuku ve sermaye piyasası hukuku ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

bağlamında yoğunlaşmaların denetlenmesi bakımından nasıl incelendiği aktarılarak “grup içi işlem” kavramına değinilecektir. Buna ek olarak, şirketler topluluğunun bir süjesinin gerçekleştireceği bir yoğunlaşma işleminde yoğunlaşma denetiminin incelenmesinde esas alınacak cironun nasıl belirleneceği açıklanacak, bu itibarla kontrol kavramının şirketler topluluğunda devralmalar bakımından belirleyici olduğu iki husus sunulmuş olacaktır. Üçüncü ve son başlıkta ise, topluluk içi devralmaların sermaye piyasası hukukundaki özellik gösterdiği hususlar olan pay alım teklifi zorunluluğundan istisna olma ve pay alım teklifini zorunluluğundan muafiyet durumları incelenecektir.

2. Şirketler Topluluğunda Devralmaların Şirketler Hukuku Bakımından Özellikli Bir Hali: Kolaylaştırılmış Birleşme

2.1. Genel Olarak

Birleşme, sonucunda şirket ortaklarının, özel hak sahiplerinin, alacaklıların ve çalışanların etkilendiği, çok yönlü sonuçlar doğuran bir yeniden yapılanma türüdür. Kanun koyucu, birleşmedeki menfaat dengesine özel bir önem atfederek birleşmelerin gerçekleşmesi için detaylı işlemler öngörmüştür. Ancak kanun koyucu, birleşecek şirketlerin hakimiyet durumlarında değişiklik olmayacağı ihtimallerde birleşme işlemlerini sadeleştirmek amacıyla “kolaylaştırılmış şekilde” birleşme usulünü de düzenlemiştir. Bu itibarla, kanun koyucu TTK m. 155 ve 156 ile (İBirK m. 23 ve 24) “yeniden iç yapılanmaları” (*interne Restrukturierungen*) kolaylaştırmayı

hedeflemiştir¹⁴⁵. Kanun koyucu TTK m. 155 ile sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesi için üç tür öngörmüş, daha sonra m. 156'da ise kolaylıkları düzenlenmiştir. Bu maddeler ana ve yavru şirketler arasındaki dikey birleşmelerle (*vertikale Fusionen*¹⁴⁶) kardeş şirketler arasındaki yatay birleşmeleri (*horizontale Fusionen*¹⁴⁷) konu edinmektedir¹⁴⁸. Bu birleşmelerde, birleşmeye katılan şirketler arasında halihazırda bir hukuki bir bulunduğundan, birleşme süreci bir nevi formaliteye dönüşen prosedürlerden arındırılmakta, menfaatler dengesine daha uygun olarak zamandan ve maliyetlerden tasarruf edilmektedir¹⁴⁹. Kolaylaştırılmış birleşme usulü, işlem sonrasında hakimiyet durumunda bir değişiklik olmamasına dayanarak öngörülmuş kolaylıklar bütünüdür. Dolayısıyla, çalışmamızın son bölümünde detaylı olarak incelenecek olan hakimiyet kavramı (topluluk içi devralmada hakimiyet durumunda bir değişiklik olmadığından) şirketler topluluğunda devralmalar bakımından, kolaylaştırılmış birleşme usulünün varlık sebebini oluşturmaktadır.

Esasen birleşmelere ilişkin öngörülen usul kuralları, pay sahiplerinin, özellikle azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet etmektedir. Birleşme usulü ne ölçüde kolaylaştırılırsa, bu korumanın o ölçüde zayıfladığı kabul edilebilir.¹⁵⁰ Kolaylaştırma,

¹⁴⁵ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 1. Aynı yönde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 738; Durna, E. A.: Şirketlerde Kolaylaştırılmış Birleşme, İstanbul 2019, s. 32.

İBirk m. 23 ve 24'ün gerekçesinde de bazı birleşmelerin ortakların korunmasını gerektirecek riskler barındırmadığından, birleşme prosedüründeki bazı işlemlerin uygulanmasına gerek kalmadığı belirtilmiştir. Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 102.

¹⁴⁶ Bkz. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 2.

¹⁴⁷ Bkz. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 2. Türk öğretisinde Tekinalp de “topluluk içi birleşmeler” ve “kardeş yavru sermaye ortaklıklarının birleşmesi” adlandırmalarını tercih etmektedir. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 611.

¹⁴⁸ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 1.

¹⁴⁹ Göktürk, K.: “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 17, S. 1-2 , s. 652.

¹⁵⁰ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 1.

birleşmeye katılan şirketler yönünden yüzde 100 (TTK m. 155 f. 1, m. 156 f. 1) ya da en azından yüzde 90 (TTK m. 155 f. 2, m. 156 f. 2) oranında malvarlığının aynı şirketin elinde bulunup bulunmamasına bağlanmıştır. İki halde de Kanun kolaylaştırılmış birleşmeden söz etmektedir. Kolaylaştırılmış birleşmenin koşullarına bakıldığında, esas itibariyle, “Konzern birleşmesi” (*Konzernfusion*)¹⁵¹ ya da “Konzern içi yeniden yapılanma” (*konzerninterne Umstrukturierung*)¹⁵² anlaşılması gerekir. Nitekim, kolaylaştırılmış birleşme usulü, yalnızca sermaye şirketlerine tanınmıştır¹⁵³.

TTK m. 156’da öngörülen kolaylık, yalnızca birleşmeye katılanların sermaye şirketi olduğu ve nitelikli bir pay sahipliği (iştirak) yapısının varlığı (*qualifizierte Beteiligungsstruktur*) halinde mümkündür¹⁵⁴. Nitelikli iştirak yapısı sayesinde, pay sahiplerine sağlanacak korumanın artık gereksiz olacağı ya da hiç değilse böyle bir korumanın sağlanmasının etkinlik bakış açısı gereği arka planda kalması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Tüm bu bilgiler ışığında kolaylaştırılmış birleşme denildiğinde şu üç durumdan bahsedildiği kabul edilebilir¹⁵⁶:

¹⁵¹ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 1.

¹⁵² Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 4b.

¹⁵³ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 2, 3; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 3; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 4.

¹⁵⁴ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 5.

¹⁵⁵ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 5. Kolaylaştırmanın amacı bahsinde yüzde yüz oranında sahiplik yönünden tartışma bulunmamaktadır. Ancak İsviçre öğretisi yüzde 90 pay sahipliği halinde, azınlık pay sahiplerinin korunmasının zayıflatılmasına kuşkuyla yaklaşmaktadır. İlgili tartışma ve öğretideki görüşlerin detaylı açıklaması için bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 1. Karş. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 2-3.

¹⁵⁶ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 5; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 2; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 739.

1. Tam Hakimiyet Durumunda Ana Şirket - Yavru Şirket Birleşmesi (TTK m. 155 f. 1 bent a): Devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin oy hakları veren tüm paylarının sahibidir.
2. Azınlık Pay Sahiplerinin Bulunduğu Ana-Yavru Birleşmesi (TTK m. 155 f. 2): Devralan şirketin, devrolunan şirketin en az yüzde doksan oranında oy haklarına sahip olduğu olasılıktır. Bu olasılıkta, kolaylaştırılmış birleşmenin söz konusu olabilmesi için devrolunan şirketin azınlık paylarına denk karşılığı olan paylar verilmesi, bunun yanında, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan ayrılma akçesinin önerilmiş olması ve azınlık yönünden birleşme kaynaklı ek ödeme borcu, kişisel edim yükümlülüğü ve kişisel sorumluluk doğmaması gerekir.
3. Kardeş Şirketlerin Birleşmesi (TTK m. 155 f. 1 bent a): Ortak kontrol altında bulunan şirketlerin birleşmesidir. Bir şirket¹⁵⁷ ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakları veren tüm paylarının sahibidir¹⁵⁸.

Bu üç durum bakımından kolaylaştırılmış usul için sayılan koşulların, en geç birleşme sözleşmesinin bağitlandığı anda var olması ve tescil gerçekleşene kadar da bu şartların bulunması gerekir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ İBirk'de geçen ifade "bir hak sahibi (*Rechtsträger*) ya da gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi toplulukları"dır. Hak sahibi (*Rechtsträger*) kavramı, Kanun m. 2 bent b'de su şekilde tanımlanmıştır: Şirketler, vakıflar, sicile kayıtlı tek kişilik (ortaklı) şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit, çeşitli sermayeye sahip yatırım şirketleri ve kamu hukuku kurumları.

¹⁵⁸ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 5.

¹⁵⁹ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 6; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 4; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 4a; Durna, s. 31; Buna ilişkin olarak Ticaret Siciline ilişkin İsviçre hukuku düzenlemesi için bkz. Ticaret Sicili Tüzüğü (HRegV) m. 131 f. 3 c. 2).

2.2. Kolaylaştırılmış Birleşme Türleri

2.2.1. Tam Hakimiyet Durumunda Ana Şirket – Yavru Şirket Birleşmesi (%100 İştirak İlişkisi)

Kolaylaştırılmış birleşme imkanı öncelikle, devralan sermaye şirketinin, devrolunanın oy hakkı veren paylarının tümüne sahip olması durumunda karşımıza çıkar¹⁶⁰. Bu durumda, hakim (ana) şirket, bir bağlı (yavru) şirketi ile devralma yoluyla birleşmektedir. Burada belirleyici olan, devrolunanın oy hakkı veren paylarının tümüne sahip olunması olduğundan, oy hakkı tanımayan paylar ve intifa senetleri kural olarak dikkate alınmaz¹⁶¹.

Devralan sermaye şirketi, oy hakkı veren payların tümüne sahip olmalıdır. Burada sahipliğin her ne kadar, teknik anlamda zilyetlik olarak anlaşılmaması gerektiği söylenebilse de her hâlükârda devralan şirketin malvarlığında, devrolunanın oy hakları bulunmak zorundadır¹⁶². İsviçre öğretisinde *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* ve *Triebold* sahiplikten anlaşılmaması gerekenin, “*tüm paylar üzerinde tek başına ekonomik kontrol*” olduğunu ileri sürmektedir¹⁶³. Burada tartışmalı olan konu, doğrudan iştirak yerine dolaylı bir iştirak (dolayısıyla pay sahipliği) durumunda da kolaylaştırılmış birleşmeden bahsedilip bahsedilmeyeceğidir. İsviçre Ticaret Sicili uygulamada yalnızca doğrudan iştirakin kolaylaştırıldığından

¹⁶⁰ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 7; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 739.

¹⁶¹ Eleştiri ve değerlendirme için bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 3. Ayrıca bkz. Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 8.

¹⁶² Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 9; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 5.

¹⁶³ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 5; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 5.

bahisle, dolaylı yoldan iştirak durumunda kolaylaştırılmış birleşme usulünün uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir¹⁶⁴. Bu tutum İsviçre öğretisinde haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü iştirak dolaylı ya da doğrudan olsun, burada birleşme yönünden paydaşların korunma gereksinimi bakımından durum değişmemektedir. Bu yönden teleolojik bir bakış acısıyla, örneğin, büyük ana-torun birleşmesinde (*Grossmutter-Enkel-Fusion*) de kolaylaştırılmış usulün uygulanabileceğini kabul etmek gerekir¹⁶⁵.

Tam hakimiyet durumunda ana-yavru birleşmesi denildiğinde anlaşılması gereken, birleşmenin yukarı yönlü olduğu durumlardır (*upstream merger*). Yavru-ana birleşmesi, yani birleşmenin aşağı yönlü olduğu durumlar (*downstream merger*) yönünden m. 156'da düzenlenen kolaylıklar kural olarak uygulanmaz¹⁶⁶. Çünkü ana şirketin ortakları, birleşmeden etkilenmekte ve devralma ve birleşmelerde onlara tanınmış olan genel geçer koruma mekanizmasından yararlanmak ihtiyacı duymaktadırlar¹⁶⁷. Ancak istisnai olarak, yavru şirketin torun şirket tarafından devralınması durumunda menfaat dengesine bakılarak kolaylaştırılmış usulün uygulanabilmesi mümkündür¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 9; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 7.

¹⁶⁵ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 9; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 7; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 6, 7.

¹⁶⁶ İpekel Kayalı, F.:2014. Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler. İstanbul 2014, s. 217, Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 99; Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 10, Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 6.

¹⁶⁷ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 10.

¹⁶⁸ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 10; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 6. Türk hukukunda aksi yönde bkz. Durna, s. 33.

2.2.2. Azınlık Pay Sahiplerinin Bulunduğu Ana Şirket – Yavru Şirket Birleşmesi (%90 İştirak İlişkisi)

Kolaylaştırılmış birleşme, TTK m. 155 f. 2 uyarınca, devralan şirketin devrolunanın -yüzde yüz olmasa da- en az yüzde doksan oy hakkı veren paylarına sahip olduğu durumda da karşımıza çıkmaktadır. Burada yine belirleyici olan oy hakkı veren paylardır¹⁶⁹. Ancak azınlık pay sahipleri korunması için TTK m. 155/2 bakımından ek koşulların varlığı aranmıştır¹⁷⁰.

Öncelikle, azınlık pay sahiplerine devralan ortaklıkta pay verilmesinin yanı sıra TTK m. 141'e göre ortaklık paylarının gerçek değerinin dengi olan bir nakdi karşılığın (ayrılma akçesinin) önerilmesi biçiminde iki seçeneğin sunulmuş olması gerekir¹⁷¹. Azınlık pay sahipleri, devralan şirketin paylarına sahip olmayı seçebileceği gibi, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan bir karşılığı teşkil eden ayrılma akçesinin kendisine ödenmesi üzerine şirketten ayrılmayı da seçebilir¹⁷². Ancak her hâlükârda bu seçeneklerin sunulmuş olması gerekir¹⁷³. Bir diğer deyişle, azınlık pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin tam dengi olan bir tutarda ayrılma akçesi önerilmesi

¹⁶⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 740. Somut olay dahilinde başka yavru şirketler dolayısıyla sahip olunan oy hakkı veren paylar varsa, bunların da gerektiği takdirde ana şirkete isnat edilebileceği hakkında bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 13; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 17.

¹⁷⁰ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 11; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 15.

¹⁷¹ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 18; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 740.

¹⁷² Tarhan, D. G.: "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşme İşlemleri Açısından Ayrılma Hakkı Ayrılma Akçesi," BATİDER 2017, C. 33, S. 1, s. 234.

Anılan şirket paylarının tam dengi olan bir karşılık konusunda bkz. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 18. Yatırımın geri alınma olanağı (*die Möglichkeit der Disinvestition*) olarak adlandırma için bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 14.

¹⁷³ TTK bakımından ayrılma akçesinin öngörülmesi hususunun ihtiyari oluşunun tek istisnası da kolaylaştırılmış birleşmedeki anılan zorunluluktur. Semerci Vuraloğlu, T.: Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018, s. 113.

gerekmektedir, böylece azınlık pay sahiplerine adil koşullarla şirketten ayrılma imkanı tanınmış olmalıdır.

Ayrıca devrolunanın pay sahiplerine, birleşmeden doğan ek ödeme borcu getirilmemeli ve diğer kişisel edim yükümlülüğü yüklenmemeli ya da pay sahiplerinin kişisel sorumluluğu doğmamalıdır. İlgili borç, yükümlülük devralan şirketin şirket sözleşmesinden kaynaklanabilir¹⁷⁴. Birleşme öncesinde hâlihazırda var olan yükümlülükler genişletilemez, ancak elbette önceki yükümlülükler kolaylaştırılmış birleşmeye engel teşkil etmez¹⁷⁵. Ancak birleşme ve devralma sonucunda, şirket sözleşmesi yönünden yeni bir hukuki biçime kavuşuluyorsa¹⁷⁶, bundan doğabilecek borçlar ve yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilmez¹⁷⁷.

2.2.3. Kardeş Şirketlerin Birleşmesi

Bir şirket (İBK’da kullanılan ifade ile “hak sahibi”) ya da bir gerçek kişi veya “kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları”, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakları veren tüm paylarının sahipse, kardeş şirketlerin birleşmesi söz konusudur.¹⁷⁸ Burada değinilmesi gereken husus, “kanun yahut

¹⁷⁴ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 18; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 15.

¹⁷⁵ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 15; İpek Kayalı, s. 221.

¹⁷⁶ Özellikle birleşme sonrasında şirket sözleşmesinde değişiklik yapılarak bu yükümlülüklerin getirilmesi olanaklıysa. Bu koşul için bkz. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 18.

¹⁷⁷ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 15; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 18.

¹⁷⁸ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 14; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 8; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 9.

sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları”ndan ne anlaşılması gerektiğidir¹⁷⁹. Buna ilişkin bir yasal tanım bulunmamaktadır.

“Kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları” denildiğinde tanımları gereği benzerlik göstermeleri nedeniyle şahıs şirketleri, adi şirket, miras ortaklığı, medeni hukuk anlamında mal toplulukları akla gelebilir¹⁸⁰. Bu akla gelen örneklerden genel bir ölçüt çıkarmak olanaklıdır¹⁸¹. Buna göre, kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlılığın, oy haklarının ortak ve aynı yönde kullanılması sonucunu doğurmalıdır¹⁸². Tek başına oy sözleşmesinin bulunması, bu kavrama dahil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır¹⁸³. İsviçre ve Türk öğretisinde oy sözleşmesinin yeterli olduğu dile getirilmektedir¹⁸⁴. Bununla birlikte, Sicil Müdürlüğü, pay sahipliğinin esas itibarıyla sözleşme tarafında kaldığı ve sahipliğe ilişkin durumda bir değişiklik yaratmadığı için oy sözleşmesini, “sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları” içerisinde değerlendirmemektedir¹⁸⁵.

Kardeş şirketlerin birleşmesinde kolaylaştırılmış birleşmenin söz konusu olabilmesi için şirket ya da gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grubunun, işlem tarafı olan şirketlerdeki tüm payları elinde tutuyor olması gerekir. Azınlık pay sahiplerinin bulunduğu ana-yavru birleşmesi, kardeş

¹⁷⁹ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 15.

¹⁸⁰ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 15; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 9; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 10. Türk hukukunda aynı yönde bkz. Durna, s. 34.

¹⁸¹ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 10.

¹⁸² Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 9; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 10.

¹⁸³ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 15; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 11.

¹⁸⁴ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 15; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 9; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 11; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 739.

¹⁸⁵ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 15; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 9; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 11.

birleşmesinde söz konusu değildir¹⁸⁶. Ancak bu halde TTK m. 141, f. 2 ile m. 151 f. 5 (İBirK m. 8 f. 2, m. 18 f. 5) uygulanabilir¹⁸⁷.

Aynı hakim şirketin hakimiyeti altında bulunan şirketler, farklı seviyelerde olsalar bile (örneğin, yavru şirket – torun şirket gibi), bu şirketlerin birleşmeleri bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁸⁸.

Yukarıda ana-yavru şirket birleşmesinde de bahsedildiği üzere İsviçre Sicil Müdürlüğü uygulamasında, bir şirket (İBirK’da kullanılan ifade “hak sahibi”) ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi gruplarının pay sahipliğinin (iştirak) doğrudan olmasını aramaktadır¹⁸⁹. Ancak burada da yeniden hatırlatılması gerekir. Azınlık pay sahiplerinin haklarının ihlal edilme olasılığı olmayan bu birleşmelerde de kolaylaştırılmış usulün kabulü gerekir¹⁹⁰.

2.3. Kolaylaştırılmış Birleşmede Usul

2.3.1. Genel Olarak

TTK m. 156 f. 1’de öngörülen usul kolaylığı, tam hakimiyet durumunda ana-yavru birleşmesi ve kardeş birleşmesi için geçerlidir¹⁹¹. İkinci fıkra ise azınlık pay

¹⁸⁶ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 16; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 2.

¹⁸⁷ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 16.

¹⁸⁸ Turan, K.: “Sermaye Şirketlerinde Kolaylaştırılmış Birleşme Usulü”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2016, s. 283.

¹⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 10-11; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 23 N 14.

¹⁹⁰ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23 N 17; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 23 N 17.

¹⁹¹ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 1; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 1; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 739.

sahiplerinin bulunduğu birleşmede usul kolaylığını düzenlemiştir¹⁹². İsviçre öğretisinde bu kuralların emredici hüküm olmadığı ve kısmen ya da tamamen işlem tarafı şirketler tarafından farklı şekilde düzenlenebileceğini kabul etmektedir¹⁹³. Bu konuda Türk hukuku yönünden, TTK m. 340 dikkate alınacaktır. İsviçre öğretisine göre, kanunen tanınan bu kolaylığın kullanılıp kullanılmaması işlem tarafı şirketlere bırakılmalıdır; taraflar kolay bir usul benimsemek yerine kanunda öngörölmüş usulü elbette tercih edebilir¹⁹⁴.

Kanunda öngörölen kolaylıklar, kanun sistematığıne sadık kalınarak fıkra sırasıyla açıklanacak; ayrıca ilk fıkra kapsamında, oy hakkı bulunmayanların hukuki durumu; ikinci fıkra kapsamında, azınlık pay sahiplerinin hukuki durumu açıklanacaktır.

2.3.2. TTK m. 156/1: Tam Hakimiyet Durumunda Ana Şirket - Yavru Şirket Birleşmesi ve Kardeş Şirketlerin Birleşmesinde Kolaylaştırılmış Birleşme Usulü

Kanunda öngörölen kolaylıklara değinmek gerekirse, öncelikle kolaylıkların birleşme işleminin iki tarafı için de geçerli olduğu belirtilmelidir¹⁹⁵. Kolaylıkların en önemlisi, birleşme için yönetim organları tarafından yapılan sözleşmenin yeterli

¹⁹² Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 2; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 1.

¹⁹³ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 3; Bu nedenle işlem tarafları arasında bu kolaylaştırmalara ilişkin karşılıklı bir talep hakkının doğmayacağına ilişkin bkz. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 24 N 1.

¹⁹⁴ Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 2. Türk hukukunda aynı yönde bkz. Durna, s. 32; Turan, 281.

¹⁹⁵ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 4.

olmasıdır¹⁹⁶. Dolayısıyla, tam hakimiyet durumunda ana şirket – yavru şirket birleşmesinde; birleşme raporu, inceleme hakkının sağlanması ve sözleşmenin genel kurul onayına sunulmasına gerek yoktur. Yapısal değişikliklere ilişkin kararlar şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirdiği için kural olarak genel kurulun devredilemez yetkilerinden iken, TTK'nın 156. maddesi ile öngörülen kolaylaştırılmış birleşmeyle bir istisna getirilmiş olmaktadır¹⁹⁷. Burada genel kurulun birleşmeye ilişkin kararı, yönetim organı kararıyla ikame edilmektedir¹⁹⁸. Zira, tam hakimiyet durumunda birleşme sözleşmesi genel kurulda oylanacak olsa idi, sonuç önceden belirli olacağından, genel kurul yapılması yalnızca süreci uzatacak ve masrafları artıracaktır¹⁹⁹.

Buna ek olarak, birleşme sözleşmesi f. 1 uyarınca kısaltılabilmektedir. Buna göre TTK m. 146 b, c, d ve e bentlerinde yer alan kayıtlara yer verilmeyebilir²⁰⁰. İsviçre öğretisinde bu kayıtlara yer vermemek için konzern birleşmesinde devralan

¹⁹⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, topluluk içinde gerçekleşen kolaylaştırılmış usule tabi işlemler, kanun gereğince, farklılaşmakta, işlem sayısı azalmaktadır. Kolaylıkların kavranabilmesi bakımından birleşmede birleşmede işlemleri kısaca sıralamak gerekirse, devralma suretiyle birleşme söz konusu olduğunda sırasıyla gerçekleştirilmesi gereken işlemler şunlardır:

- (i) Şirketlerin yönetim organları tarafından birleşme sözleşmesinin imzalanması (TTK 145-146),
- (ii) İlgili şirketlerin yönetim organlarının ayrı ayrı veya birlikte birleşme raporunun hazırlanması (TTK m. 147)
- (iii) Birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ile finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarının, gereğinde ara bilançoların ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunulması (TTK m. 149)
- (iv) Sözleşmenin genel kurullarca onaylanması suretiyle birleşme kararının alınması (TTK m. 151)
- (v) Ticaret siciline tescil ve ilân (TTK m. 152, 154).

¹⁹⁷ Çoştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2013, s. 22.

¹⁹⁸ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 4; Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 24 N 5. Federal Sicil Müdürlüğü, kolaylaştırılmış birleşme usulünde yönetim organına ait olan birleşme kararı verme yetkisini, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez haklarından olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, aksi şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olsa dahi bu hükümle yönetim kurulu bağlı tutulamaz. Bkz. Ticaret Sicili Tüzüğü (HRegV) m. 131 f. 3 c. 1).

¹⁹⁹ Susuz, K.: Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Pay Sahiplerinin Korunması, İzmir 2011 (Yayımlanmamış doktora tezi), s. 123.

²⁰⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 739; Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 5; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 3;

şirketin sermaye artırımına gitmemiş olması gerektiği vurgulanmaktadır²⁰¹. Buna göre eğer sermayesini arttırmak istiyorsa, artırım ve arttırma ilişkin hususlarla, b ve e bentlerini de kapsayacak biçimde birleşme sözleşmesinin de hazırlanması gerekir. Böylelikle sermaye artırım kararı için toplanan genel kurulun dikkatine bu hususların sunulmasının, sermaye artırımına ilişkin kanuni düzenlemelere daha uygun düşeceği savunulmaktadır²⁰². Buna ek olarak, eğer sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan bir kişi grubu varsa, her ne kadar oy hakkı veren payların kullanılmasında ortaklaşalık olsa da, bunların dağılımı grup içerisinde farklılık arz edeceği için pay sahipliğine ilişkin değişim oranlarının bu gruba birleşme sözleşmesi üzerinde sunulması gerekir²⁰³.

2.3.3. TTK m. 156/2: Azınlık Pay Sahiplerinin Bulunduğu Kolaylaştırılmış Birleşmede Usul

Azınlık pay sahiplerinin bulunduğu kolaylaştırılmış usulde, ikinci fıkra birleşme raporu düzenleme ve birleşme sözleşmesini genel kurul onayına sunulmasının zorunlu olmadığını düzenlemektedir. Ayrıca sözleşmede, m. 146 c, d, e bentlerindeki kayıtlara yer verilmek zorunda da değildir. Birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulmaması olanağı İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir. Öğreti, şirketler hukukunun temel yapı taşlarından biri olan genel kurul onayından feragat edilmesini, pay sahiplerinin şirket işlemlerine göz atabilme, katılabilme, buna ilişkin fikirlerini ileri sürüp, detaylı bilgi alma olanaklarını göz ardı ettiğini kabul

²⁰¹ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 6.

²⁰² Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 6; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 3.

²⁰³ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 24 N 4; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 3.

etmektedir²⁰⁴. Bununla birlikte ilgili fıkrada, incelemeye sunmaya ilişkin yükümlölük saklı tutulmakta ve inceleme hakkının, birleşmenin tescili için yapılacak başvurudan otuz gün önce sağlanması zorunlu tutulmaktadır²⁰⁵.

2.4. Halka Açık Anonim Şirketlerin Kolaylaştırılmış Birleşmesi

Halka açık ortaklıkların sermaye şirketleri, devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleri ve kooperatifler ile olan birleşme işlemlerini düzenleyen Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin (II-23.2) "Kolaylaştırılmış usulde birleşme" başlıklı 13. maddesi uyarınca *"Bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının %95 veya daha fazlasına sahip bir halka açık ortaklık tarafından devralınması suretiyle birleşmede, halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesini gerektirmeyen durumlarda veya halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesi gereken ancak halka açık ortaklık paylarının nakit karşılığının devrolunan şirketlerin ortaklarına seçimlik hak olarak önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşme uygulanabilir."* Anılan hükümde; halka açık bir (hakim) anonim ortaklığın, (oy hakkı veren) hisselerinden en az %95'ine sahip bulunduğu²⁰⁶ bir bağlı ortaklığını

²⁰⁴ Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 24 N 13; Karş. Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 24 N 6.

²⁰⁵ Triebold, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 24 N 8; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, in OFK zum FusG, Art. 24 N 8; Tekinalp (Poroy/Çamoglu), Ortaklıklar II, s. 740.

²⁰⁶ TTK m. 411 uyarınca, "sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri" azlığı oluşturmaktadır. Halka açık ortaklıkların kolaylaştırılmış birleşmesinde TTK'da öngörülen %90 oranı yerine devralınan şirketin oy hakkı veren paylarının %95'ine sahip olma kıstasının öngörölme sebebi budur. Kocaer, Ş.: Şirket Yeniden Yapılandırılmaları Birleşme - Devralma - Bölünme - Tür Değişirme - Hisse Değişimi, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 325.

devralması düzenlenmektedir. Böyle bir grup içi devralma söz konusu ise, iki durumda kolaylaştırılmış birleşme uygulanabilecektir:

- (i) Halka açık ortaklığın devralacağı yavru şirkete, halka açık şirket paylarından verilmesinin gerekmediği durum: Eğer devralınan bağlı şirketin paylarının tamamına zaten halihazırda hakim halka açık şirket sahipse, halka açık şirket tek pay sahibi olduğundan ve devralınan bağlı şirketin malvarlığı da halka açık şirketin finansal tablolarına yansıtılmış bulunduğundan yeni bir aktif kazanılmış olmayacak ve yeni pay çıkarılması gerekliliği de doğmayacaktır²⁰⁷.
- (ii) Halka açık ortaklığın devralacağı yavru şirketin azınlık pay sahiplerine, halka açık şirket paylarından verilmesinin gerektiği durum: Bu durumda, eğer devralınan bağlı şirket pay sahiplerine devralan hakim halka açık şirketin payları yerine ayrılma akçesinin (payların nakit karşılığının) seçimlik bir hak olarak önerilmesi söz konusu olursa, kolaylaştırılmış birleşme yapılabilecektir.

Kolaylaştırılmış birleşmede öngörülen kolaylıklar Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında şu şekilde öngörülmektedir: “(2) *Kolaylaştırılmış usulde birleşmede bağımsız denetim raporu, birleşme raporu ve uzman kuruluş görüşü aranmaz. Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunlu değildir. (3) Kolaylaştırılmış usulde birleşme işlemlerine ilişkin olarak içeriği Kurulca belirlenen ayrı bir duyuru metni hazırlanır.*”

İlaveten, Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3) m.15/1(ç) hükmüne göre kolaylaştırılmış birleşmede ayrılma hakkının doğmadığı

²⁰⁷ Okutan Nilsson, G.: Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, İstanbul 2016, s. 183.

kabul edilmektedir. Zira, kolaylaştırılmış birleşmede birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunlu olmadığından, olumsuz oy kullanan pay sahibi olamayacak, bu nedenle ayrılma hakkı gündeme gelmeyecektir²⁰⁸.

3. Şirketler Topluluğunda Devralmaların Rekabet Hukuku Bakımından Özellikli Halleri: Grup İçi İşlemler ve Ciro Hesabı

3.1. Genel Olarak

Rekabet hukuku kapsamında, mal ve hizmet piyasalarında etkin rekabetin sağlanması ve korunması amacı çerçevesinde, birtakım yoğunlaşma (birleşme, devralma ile ortak girişim kurulması) işlemleri de rekabet otoritelerince incelenmektedir. Yoğunlaşma işlemlerinin denetlenmesinin ardında yatan neden, yoğunlaşmalar yoluyla işlemin gerçekleştirildiği ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının önüne geçilmesidir. Böylece, teşebbüslerin yoğunlaşma işlemleri yoluyla faaliyet gösterdikleri piyasaları kapatmaları engellenmektedir. Yoğunlaşma işlemlerinin doğuracağı ekonomik faydalarla, pazardaki rekabete verebilecekleri zarar rekabet otoriteleri bakımından değerlendirilmekte, işlem sonucu doğacak fayda ilgili piyasadaki rekabetin azaltılmasından doğacak zararı aşılıyorsa işleme izin verilmektedir.

Hangi yoğunlaşma işlemlerinin denetime tabi olacağı hususunda ise, kümülatif olarak aranan iki temel şart bulunmaktadır: (i) Yoğunlaşma işlemi sonucunda kontrolde kalıcı değişiklik meydana gelmelidir ve (ii) ilgili yoğunlaşma işlemi rekabet

²⁰⁸ Okutan Nilsson, Birleşme Amaçlı Ortaklık, s. 183.

otoritesi tarafından belirlenmiş ciro eşiklerini aşıyor olmalıdır. Eğer bir yoğunlaşma işlemi sonucunda, işleme katılan teşebbüslerden en az birini kontrol eden teşebbüs kalıcı olarak değişiyor ise, burada kontrolde kalıcı değişiklik olduğundan bahsedilecektir. Bu itibarla, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleştirilen devralmalar, kontrolde değişiklik meydana getirmemektedir. Bu işlemler, rekabet hukuku terminolojisiinde “grup içi işlemler” olarak adlandırılmaktadır. Aşağıda ilk başlık altında detaylı olarak açıklanacağı üzere “grup içi işlem” kavramına ihtiyaç duyulmasının nedeni, şirketler topluluğunda gerçekleşmesi nedeniyle kontrolde değişiklik doğurmayan birleşme devralmaların rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma işlemi sayılmayışını kavramsallaştırmaktır.

Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getiren ve rekabet otoritesi tarafından belirlenen ciro eşiklerini aşan bir yoğunlaşma işlemi rekabet otoritesince değerlendirilirken, işlem öncesi ve sonrası pazarın durumunun incelenmesi için pazar payı kriteri kullanılmaktadır. Pazar payının hesaplanması için ise, pazarın toplam büyüklüğü ile yoğunlaşma işlemine katılan teşebbüslerin ciroları gerekmektedir. Yoğunlaşma işlemine katılan teşebbüsün bir şirketler topluluğunun parçası olması durumunda, ciro hesaplanması özellik arz etmektedir. Bir diğer deyişle, kontrol kavramı ciro hesaplanmasında da belirleyici olmaktadır. Şirketler topluluğunda devralmaların rekabet hukukunda özellik arz ettiği bir diğer husus da böylece, ciro hesabı olmaktadır ve bu husus aşağıda ikinci başlıkta ele alınacaktır.

3.2. Yoğunlaşma Teşkil Etmeyen Grup İçi İşlemler

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ("Birleşme Devralma Tebliği" veya "2010/4 sayılı Tebliğ" olarak anılacaktır) "Birleşme veya devralma sayılmayan haller" başlıklı 6. maddesinde "kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler" in 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Rekabet Kanunu" veya "4054 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) izne tabi yoğunlaşma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun idari işlem niteliğindeki izin kararı olmaksızın yapılmasını yasaklayan 7 nci maddesi kapsamı dışında olduğu hüküm altına alınmıştır²⁰⁹. Diğer bir deyişle, grup içi işlemler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmemektedir.

Grup içi işlemler *"aynı teşebbüs bünyesinde gerçekleşen birleşme ve devralmalar"* dır²¹⁰. Teşebbüs kavramı, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında *"piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler"* olarak tanımlanmaktadır²¹¹. Bu tanımın işaret ettiği üzere, Rekabet Kanunu'nun 4., 6. ve 7.

²⁰⁹ Birleşme Devralma Tebliği, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleşen işlemlerin grup içi işlem olarak kabul edileceği yönünde açık bir belirleme yapmamaktadır. Bu yönüyle Türk rekabet hukuku mevzuatı, Alman hukukunun aksine (§§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 2 GWB), şirketler topluluğunda devralmaların yoğunlaşmaların kontrolü bakımından nasıl değerlendirileceğine ilişkin açık bir hüküm içermemektedir.

²¹⁰ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 88.

²¹¹ Teşebbüs kavramının rekabet hukukunda ifade ettiği anlam, ticaret hukukundaki ticari işletme kavramından farklıdır. Teşebbüs kavramı, ticari işletmeyi de içeren daha geniş bir kavramdır. Teşebbüs kavramı, adeta iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sùjeleri içine alabilecek genişlikte bir kavramdır. Bkz. Güven, P.: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s. 53, Türk, s. 10; Aslan Y.: Rekabet Hukuku – Teori ve Uygulama, 6. Baskı, Bursa 2021, s. 70-84.

Rekabet hukukunda teşebbüs kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Güzel, O.: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Ankara 2003; Wils, W. P. J.: "The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons", European Law Review 2000, p. 99-116; Jones, A.: "The Boundaries of an Undertaking in EU

maddeleri ile ortaya koyduğu temel yasakların sjelerini belirleyen teşebbüs kavramı, “iktisadi faaliyet”, “bağımsızlık” ve “ekonomik bütünlük” kriterleri temelinde ekillenmektedir²¹². Hakim ve bağılı şirketlerden oluşan bir şirketler topluluğunun bulunduğu hallerde, topluluğu oluşturan şirketler salt kendi balarına bağımsız olmadıklarından ve topluluk olarak bir ekonomik bütünlük arz ettiklerinden rekabet hukuku anlamında tek bir teşebbüs olarak deėerlendirilirler²¹³. Tam da bu nedenle, topluluk içi yapılanmalarda (*konzerninterne Umstrukturierung*), yoğunlaşma içine girecek iki (*rekabet hukuku anlamında*) teşebbüs bulunmadığı için topluluk içindeki devralma yoluyla birleşme, rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma olarak kabul edilmez²¹⁴. Bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmeyen yoğunlaşma işlemleri 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma olarak kabul edilmediğinden, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleşen devralma işlemleri Rekabet Kurulundan izin alınması gerekmeyen işlemlerdir. Nitekim Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz da “Grup içi işlemler (...), birleşme ya da devralma sayılan *hallerden değildir*” ifadesiyle bu durumu aıklamaktadır²¹⁵.

Competition Law”, European Competition Journal 2012, Vol. 8, No. 2, p. 301-331; Odudu, O.: “The Meaning of Undertaking within 81 EC”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2005, Vol. 7, p. 211-241; Louri, V.: “‘Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules”, Legal Issues of Economic Integration 2002, Vol. 29, No. 2, p. 143-176.

²¹² Rekabet Kurumu, Temel Kavramlar, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukukunun-esaslari/temel-kavramlar> (Son erişim tarihi: 02.09.2022).

²¹³ Thomas, in Immenga/Mestmcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 280; Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 69f.

²¹⁴ Yılmaz, s. 839; Thomas, in Immenga/Mestmcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 280; Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 69f; Riesenkampff/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, GWB §37 Rn. 38; Palı, A.: “Merger Control in Turkish Competition Law”, Sixth Bosnian Herzegovinian, Croatian and Turkish Jurist Days - The Legal Framework for Economic Competitiveness (Zagreb, 19-23 April 2017), s. 99.

²¹⁵ Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, s. 1.

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in izin alınması gerekmeyen işlemler arasında kontrolde değişikliğe yol amayan grup içi işlemleri açıkça düzenlemesinden evvel de Rekabet Kurulu’nun yaklaşımının bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Rekabet Kurulu’nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/93-35 sayılı kararı: “Devralma işlemi esastan ele

Grup içi işlemlerin rekabet hukuku bağlamında yoğunlaşma sayılmamasının nedeni, işlem sonrasında kontrol sahibinin değişmemesidir. Bu itibarla, bir işlemin “grup içi işlem” sayılması ve bu nedenle Rekabet Kurulu (“Kurul” olarak anılacaktır) iznine tabi olmaması, kontrolde değişiklik olmamasından kaynaklanmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı biçimde açıklanacak olan (rekabet hukukunda) kontrol kavramı, şirketler topluluğunda devralmalar bakımından, bir işlemin grup içi işlem teşkil edip etmemesi bakımından belirleyicidir. Şirketler topluluğu içerisinde gerçekleşen bir yoğunlaşma işlemi sonucunda (rekabet hukuku anlamında) kontrolü elinde tutan süje değişmedi ise, bu işlem bir grup içi işlem sayılmakta ve dolayısıyla Kurul iznine tabi olmamaktadır. Kontrolde değişiklik olmaması dolayısıyla, şirketler topluluğunda devralmalar rekabet hukuku bakımından “grup içi işlem” olarak özellik arz etmektedir.

Özellikle bağlı şirketleri tek başına kontrol eden bir ana şirketin varlığı halinde gerçekleşen bir ana şirket-yavru şirket birleşmesi, rekabet hukukunun müdahale edeceği bir yoğunlaşma işlemi değildir. Bunun nedeni, anılan devralma sonucunda kontrolün türü ve derecesinin değişmemesidir²¹⁶. İşlem öncesi ve sonrasında da hükmedici etki ana şirkettedir²¹⁷. Bu itibarla, şirketler topluluğu içinde gerçekleşen devralma yoluyla birleşme işlemlerinde (bir diğer deyişle, topluluk içi yapılanmalarda

alındığında; (...) birbirlerinden hukuken bağımsız olan bu teşebbüslerin ekonomik açıdan birbirine bağımlı oldukları ve tek bir iktisadi birlik olarak değerlendirilmeleri gerektiği açıktır. 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2'nci maddesinin “b” bendi kapsamında bir devralma için bağımsız iki teşebbüsün varlığının gerektiği öngörüsü ışığında; söz konusu işlemin ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden tek bir teşebbüsü ilgilendirdiği ve bu yüzden Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken bir devralmanın söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.”

²¹⁶ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 280; Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 69f.

²¹⁷ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 280; Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 69f; Riesenkauff/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, GWB §37 Rn. 38.

- *konzerninterne Umstrukturierungen*) işlemin kontrolde bir değişiklik yaratmaması nedeniyle bu işlemler rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma olarak değerlendirilemez²¹⁸. Bu durum Alman öğretisinde, yoğunlaşmalarda şirketler topluluğu imtiyazı olarak kavramsallaştırılmıştır²¹⁹.

Topluluk içi yapılanma konusunda, topluluk imtiyazının her hal ve koşulda geçerli olup olmadığı Alman öğretisinde tartışmalıdır. Alman öğretisinde özellikle dikey konzerne bakımından yapılan tartışmanın Türk hukuku yönünden ele alınmasının faydalı olacağı düşünülmektedir²²⁰.

²¹⁸ Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 69f; Riesenkauff/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, GWB §37 Rn. 38.

²¹⁹ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 36 Rn. 693-694; Grave/Nayberg in LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art 101 Abs. 1 Rn 164.

²²⁰ Her ne kadar Türk hukukunda, şirketler topluluğunun kurucu unsurunun hakimiyet olması nedeniyle yatay şirketler topluluğu yapılanması kurulması olanaklı değilse de, Alman öğretisinde topluluk imtiyazına dair tartışmanın tam olarak yansıtılması bakımından tartışmanın yatay konzerne (*Gleichordnungskonzern*) dair yönüne de burada yer verilmelidir. Alman öğretisinde, yatay konzerne, rekabet hukuku yasakları yönünden topluluk imtiyazının uygulanıp uygulanmayacağı oldukça tartışmalıdır (Öğreti tartışması için bkz. Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 36 dn. 3189). Bir görüş, rekabet hukuku yasaklarının tümünün yatay konzerne uygulamaya bulacağı yönündedir. Bu görüşe göre yatay konzerne, dikey konzernele kıyasla, rekabet politikasına dair kararların alınmasında şirketlerin özerkliği yapısal olarak ortadan kalkmamakta, bu itibarla da konzerne imtiyazının uygulanmaması gerekmektedir (Bkz. Heerman, P. W.: “Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht”, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 161 1997, 706).

Karşı görüş, Alman kanun koyucusunun §36 Abs. 2 GWB yönünden konzerne tipleri ayırımına gitmediğini, kanun koyucunun tüm konzerne tipleri için geçerli olmak üzere, konzerne bir bütün olarak tek teşebbüs biçiminde değerlendirdiğini ileri sürmektedir (Bkz. Heermann ZHR 1997, s. 706).

Karma görüş olarak değerlendirilebilecek, bizim de katıldığımız görüş ise § 36 Abs. 2 GWB’nin, yani konzerne tek teşebbüs olarak değerlendirmesine yönelik varsayımın, amaçsal olarak sınırlandırılarak (*teleologische Reduktion*) uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Bkz. Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 36 Rn. 754.). Bu görüş, ilk görüşe kısmen katılarak yatay konzerne entegrasyon derecesine göre değerlendirmektedir. Buna göre, entegrasyon derecesi, rekabet politikası anlamında birbirine kenetlenmiş, bağlı bir yapı sunan yatay konzernele yoğunlaşmaya dayalı yatay konzerne (*konzentrativer Gleichordnungskonzern*) denmekte, bu yatay konzernele gerçekleşen yoğunlaşmalar topluluk içi imtiyazdan faydalanmaktadır. Ancak, şirketler topluluğu salt konsolide bir kartel görünümündeyse, iş birliğine dayalı yatay konzerne söz konusudur (*kooperativer Gleichordnungskonzern*) ve bu tür konzernele imtiyaz kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir (Bkz. Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 36 Rn. 754).

Alman öğretisinde²²¹ topluluk içinde devralma yoluyla birleşmenin (aynı “kartel yasakların arındırılmış alan” benzeri²²²) tamamen rekabet hukukundan bağımsızlaştırılmış bir alan olup olmadığı, malvarlığının devralınması yoluyla kontrolün güçlendirilmesi yönünden tartışmalıdır. Burada temel sorun şudur: Yüzde yüz ya da yüzde yüze yakın bir oranda değil, fakat çoğunluk arz eden bir oranda pay sahipliği durumunda topluluk içinde devralma yöntemiyle birleşme sonucunda hem kontrolün hem pazar üzerindeki etkinin kuvveti artıyorsa, yine de rekabet hukuku müdahalesi söz konusu olmayacak mıdır?

Bir görüşe göre, bir kez topluluk içerisinde hükmedici etki kurulduysa, bu hükmedici etki talimatlarla sağlanacağı için böyle bir olasılık gerçekleşse, “belirleyici etkide bulunma olanağı” yönünden önemli bir değişiklik olmuş sayılamaz²²³, ayrıca hâlihazırda burada zaten rekabet hukuku anlamında tek teşebbüsten bahsedilmesi gerekmektedir²²⁴. İkinci görüşe göre ise, yüzde yüz iştirak ile yüzde yüz olmayan iştirak türleri arasında bir ayrıma gidilmesi gerekir²²⁵. Bu ayrımda yüzde yüz olmayan iştirak sahibinin, topluluk içinde kontrolün ve rekabet yönünden önem arz eden etkinin kuvvetini arttırması artık rekabet hukukundan ari olarak değerlendirilemez²²⁶. Üçüncü görüşe göre, “*tek başına kontrolün bulunduğu durumda, devralan çoktan hedef işletmenin rekabet anlamında önem arz eden kaynaklarına erişim sağlamış olduğu*

²²¹ Alman öğretisinde bu tartışmayı, konzerni rekabet hukuku anlamında tek teşebbüs olarak kabul eden § 36 Abs. 2 GWB maddesi ile işletmeler arasındaki kontrolü kuvvetlendiren işlemleri yoğunlaşma kapsamında değerlendiren § 37 Abs. 2 GWB maddesi arasında nasıl bir ilişki yaratmaktadır. Tartışmanın kaynağı yönünden değerlendirme için bkz. Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 280.

²²² İlgili kavram için bkz. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stockenhuber AEUV Art. 101 Rn. 165. B

²²³ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 289; Riesenkampff/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, GWB § 37 Rn. 38.

²²⁴ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 37 Rn. 289.

²²⁵ Mestmäcker/Veelken in: Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 118.

²²⁶ Mestmäcker/Veelken in: Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 118.

için” anılan işlem rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma oluşturmaz²²⁷. Kanaatimizce bu üç görüş arasında şirketler topluluğunun yapısı göz önüne alındığında üçüncü görüşün kabulü yerinde olacaktır. Nitekim Rekabet Kurumu’nun tutumu da “...şirketler grubu içindeki yeniden yapılanma, grup içi işlem niteliğinde olup, yoğunlaşma meydana getirmez” yönündedir²²⁸.

3.3. Ciro Hesabı

Denetime tabi bir yoğunlaşma işleminin rekabet otoritesi tarafından değerlendirilmesinde, piyasadaki rekabetin bu işlemde nasıl etkileneceğini incelenmekte, bunun için de pazar payı kriteri kullanılmaktadır. Pazar payı hesaplanırken, pazarın toplam büyüklüğü ile yoğunlaşma işlemine katılan teşebbüslerin ciroları oranlanmaktadır. Bu itibarla, ciro hesabı kritik önemi haizdir.

Yoğunlaşma işlemine katılan teşebbüs, bir şirketler topluluğunun parçası olan bir hakim şirket (veya teşebbüs) ya da bağlı şirket ise, burada ciro hesaplanması özellik arz etmektedir. Zira, örneğin bir bağlı şirketin topluluk dışı bir şirketi devraldığı durumlarda, anılan bağlı şirketin hakim şirketinin devralınan şirket üzerinde kontrole sahip olacağı şüphesizdir. Bu nedenle, pazarın işlem öncesi ve sonrası durumu değerlendirilirken hesaba katılacak pazar payına esas ciro hesaplanırken kontrol kavramı belirleyici olmaktadır.

Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmü ile topluluk içinde malvarlığının yerinin değiştirilmesi suretiyle Tebliğ hükümlerinin dolanılmasının önüne

²²⁷ Steinworth, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 19 Rn. 69f.

²²⁸ Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, s. 9.

geçilmiştir²²⁹. Birleşme Devralma Tebliği'nin anılan 8. maddesinin mehzazı, 20 Ocak 2004 tarih ve 139/2004 (AT) sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü'nün ("Birleşme Tüzüğü" veya "Tüzük" olarak anılacaktır), 5. maddesinin 4. paragrafıdır ve bu hüküm "grup klozu" olarak anılmaktadır (*Verbundklausel*)²³⁰. Çalışmamızda da bu nedenle, mehzaz AB hukukundan ilhamla Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmü aşağıda grup klozu olarak anılacaktır.

Burada ekonomik faaliyetlerin doğrudan ilgili teşebbüs mü yoksa onun bağlı teşebbüsleri yönünden mi gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, yoğunlaşma sonucu bir araya gelen ekonomik kaynaklar, geniş bir kapsamda, ciro yönünden değerlendirilme olanağı bulmaktadır. Zira bu olanağın sağlanması da, grup klotunun amacını oluşturmaktadır²³¹. Bu amaç yönünden eşiklere erişilip erişilmediğinin değerlendirmesi, yoğunlaşmada karşımıza çıkan şirketler topluluğunu bütün cirosu yönünden yapar. Tebliğ, şirketler topluluğu kavramını soyut olarak tanımlamamış; topluluğa yol açacak hakimiyet olgularını bentler halinde sıralamıştır²³².

Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmünün sistematığına bakıldığında, ilgili teşebbüsün m. 8/1(a) uyarınca kendi cirosu ve m. 8/1(b)'den (e)'ye kadar sıralanmış

²²⁹ Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 5 Rn. 58; Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 30, 35.

²³⁰ İlgili ifadenin detaylı açıklaması için bkz. Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 5 Rn. 58; Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 35.

²³¹ Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 5 Rn. 58-59; Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 30; Wagemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 90, 95.

²³² Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 5 Rn. 58; Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 31; Wagemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 95.

olan bağlantılı kişi ve ekonomik birimlerin cirosunun toplam ciro hesabında dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bu bağlantılı kişi ve ekonomik birimler şunlardır²³³:

- Doğrudan etki yönünden yavru şirketler; dolaylı etki yönünden torun şirketler m. 8/1(b),
- Ana şirketler ve büyük ana şirketler m. 8/1(c),
- Kardeş şirketler m. 8/1(d),
- Topluluk şirketinin ortak girişimi (konzern içi ortak girişim²³⁴) m. 8/1(e).

Burada temel amaç, yoğunlaşma işleminden etkilenen ekonomik kaynakların toplam hacminin tam ve doğru olarak belirlenmesi ve böylece işlem taraflarının toplam ekonomik gücünün değerlendirilmesidir²³⁵.

²³³ Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmünün ortaya koyduğu özel kriterler uyarınca ciro hesaplanmasında aşağıdakilerin toplamı dikkate alınacaktır:

“a) İlgili teşebbüs,

b) İlgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak;

1) sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına sahip olduğu veya

2) oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya

3) denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya

4) işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,

c) İlgili teşebbüs üzerinde (b) 'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan kişi veya ekonomik birimler,

ç) (c) 'de sayılanların, (b) 'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,

d) (a)-(ç) 'de sayılanların, (b) 'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler.” Bkz. Rekabet Kurumu'nun Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuzu, para. 39.

Ayrıca bkz. Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 5 Rn. 61; Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 34 vd.; Wagemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 96.

²³⁴ Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5 Rn. 41; Wagemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15 Rn. 97.

²³⁵ Aslan, s. 859.

4. Şirketler Topluluğunda Devralmaları Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Özellikli Halleri: Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğmaması ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet

4.1. Genel Olarak Pay Alım Teklifi Zorunluluğu

Devralma işleminin taraflarından en az birinin halka açık bir şirket olması durumunda, Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuat uygulanacaktır. İlaveten, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrası uyarınca devralma işleminin taraflarından en az birinin halka açık bir şirket olması durumunda önemli nitelikte işlem söz konusu olacaktır. Çalışmamızın bu başlığında, şirketler topluluğunda devralmaların sermaye piyasası hukuku bakımından özellik gösterdiği haller olarak, zorunlu pay alım teklifinin istisnalarına ve zorunlu pay alım teklifinden muafiyet ihtimaline değinilecektir²³⁶.

Sermaye piyasası mevzuatı zorunlu pay alım teklifini tanımlamamakta, hangi hallerde zorunlu pay alım teklifinin söz konusu olacağını belirlemekle yetinmektedir. Zorunlu pay alım teklifi, öğretideki bir tanıma göre “*anonim şirket kontrolünün sermaye piyasası hukuku anlamında el değiştirmesi ve her halde sermaye piyasası mevzuatında kontrol değişikliği olarak öngörülen başkaca özellikli durumların*

²³⁶ Elbette burada, Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin (II-23.2) 12. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen yasak da dikkate alınmalıdır. Anılan hükme göre payları borsada işlem gören halka açık bir ortaklık ile payları borsada işlem görmeyen bir şirketin devralma şeklinde birleşme işlemlerinde (birleşme işlemine taraf şirket sayısı iki olmalıdır) payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın sermayesinin %100'den fazla artması söz konusu olacaksa, bu birleşme işlemi yapılamayacaktır. Bu itibarla, şirketler topluluğunda hakim ya da bağlı konumda bulunan bir halka açık ortaklığın, payları borsada işlem görmeyen bir grup dışı veya grup içi şirketi devraldığı olasılıklarda da bu yasağın koşulları gerçekleşiyorsa anılan işlem yapılamayacaktır. Burada şirketler topluluğuna özgü özellikli bir hal olmadığından, bu ihtimallere kısaca dipnotta değinilmekle yetinilmiştir.

gerçekleşmesi halinde, kontrolü ele geçiren yeni kişi/kişilerin kontrolünün dışında kalan pay sahiplerine, onların paylarını satın almak üzere belli bir fiyattan teklifte bulunma zorunluluğunu” ifade etmektedir²³⁷. Bu itibarla, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 26. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca “Halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi halinde söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur.” Zorunlu pay alım teklifinin usul ve esasları ise Pay Alım Teklifi Tebliği’nde (II-26.1) belirlenmektedir.

Pay alım teklifi zorunluluğunun temel varlık sebebi, yönetim kontrolü değişikliği üzerine şirketten ayrılmak isteyen yatırımcıların zarara uğramadan (yönetim kontrolünü devreden hissedarın elde ettiği kontrol priminden de

²³⁷ Paslı, Takeover Bid, s. 395.

Öğretide farklı tanımlar da bulunmaktadır. Kendigelen “halka açık anonim ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda pay iktisap edenlerin, diğer payları satın almak üzere, bu payların sahiplerine yönelik aleni pay alım teklifinde bulunması yükümlülüğü” biçiminde bir zorunlu pay alım teklifi tanımı getirmiştir. Kendigelen, A.: “Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.II, İstanbul 2010, s.1163. Bu tanım, yönetim kontrolünü yalnızca pay iktisabı ile sınırladığı için öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. Türkyılmaz, İ.: Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul 2015, s. 7. Türkyılmaz’ın tanımı, yönetim kontrolünün elde edilmesinin diğer yollarını da kapsamaktadır: “zorunlu pay alım teklifi; halka açık anonim ortaklıklarda gönüllü olarak yapılan kısmi pay alım teklifi, blok veya münferit alımlar ya da herhangi bir yöntemle tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi halinde, iktisap edenlerin, diğer ortaklara ait payların da nakit ve/veya menkul kıymet karşılığında, kanun gereği, satın alınmak üzere pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü altına sokulması olarak tanımlanabilir” Türkyılmaz, s. 9.

Kolcuoğlu’nun sunduğu tanım ise “herhangi bir yöntemle, doğrudan veya dolaylı olarak halka açık bir ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirecek oranda pay iktisap edenlerin, söz konusu ortaklığın yönetiminin dışında kalan diğer pay sahiplerine ait paylarını da satın almak için çağrıda bulunma yükümlülüğü altına girilmesi” biçimindedir. Kolcuoğlu, U.: Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, İstanbul 2009, s.7.

faaydalandırarak²³⁸) ŗirketten ayrılabilmelerine olanak saęlamaktır²³⁹. Zira, bir ŗirkette yönetim kontrolünün değişmesi üzerine azınlık pay sahiplerinin değişen konjonktürü kabul etmek zorunda olmaları adil olmazdı²⁴⁰. Ayrıca, böyle bir senaryoda azınlık pay sahiplerinin paylarını gerçek değerinden düşük bir değer üzerinden elden çıkarmaları için bir baskıya uğramaları olasılık dışı deęildir²⁴¹. Pay alım teklifi zorunluluğu, azınlık-çoğunluk arası olası bu tür bir menfaat çatışmasını azınlık lehine çözme amacına ynelmektedir²⁴². Öğretide, zorunlu pay alım teklifinin yönetim kontrolünü elde eden kişinin cezalandırılması amacını gütmediği; bilakis kontrol değişikliğinin azınlık pay sahibi üzerindeki olası olumsuz sonuçlarının azınlık pay sahiplerine payların kontrolünü ele geçiren çoğunluk tarafından sunulacak teklifle adil ŗartlarla satma hakkının sağlanması ile bertaraf edilmesi olduğu belirtilmektedir²⁴³.

Zorunlu pay alım teklifinin hukuki niteliği bakımından ise, pay satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir öneri (icap) olduğunun belirtilmesi gerekir²⁴⁴. Ancak burada bu öneride bulunma öneride bulunanın serbest iradesi ile verdiği

²³⁸ Kontrol priminin paylaşılmasının gerekli olmadığı, kontrol priminin anonim şirkete ait olmadığı hakkında karşıt görüş için bkz. Paslı, Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, s. 292. Ayrıca, Paslı, pay alım teklifi zorunluluğunun “anonim şirketin temel mantığına, tek borç ilkesine, sözleşme özgürlüğüne, pay devir serbestisine aykırı olduğu” görüşündedir.

Bahtiyar da, pay alım teklifi zorunluluğunun sözleşme özgürlüğünün istisnası olduğu görüşündedir. Bahtiyar, M: Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul 2019, s. 52.

²³⁹ Manavgat, .: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda ağrı Yükümlülüğünün Doğması Bakımından Yönetim Kontrolü ltleri, Prof. Dr. Fırat ztan’a Armağan, Ankara 2010, s. 1450; Esin, s. 594.

Zorunlu pay alım teklifi, idari bir önlem veya yaptırım olarak da söz konusu olabilmektedir. Zorunlu pay alım teklifinin yaptırım olarak (veya yazarların tercihi ile “hukuksal dayatım” olarak) uygulanması hakkında bkz. Erişir Karacan, E./Karacan, A. İ.: Pay Alım Teklifi – Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme, İstanbul 2018, s. 381 vd.

²⁴⁰ Paslı, Takeover Bid, s. 397.

Oran, O.: “Halka Açık Anonim şirketlerde Zorunlu Pay Alım Teklifi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 16, S: 2-2, s. 409-461.

²⁴² Palanduz, S: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan ıkarma Hakkı, İstanbul 2019, s. 54.

²⁴³ etin, N./Tremiş, H. E./Cantimur, Z.: 6263 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistematik Analizi, Ankara 2014, s. 181.

²⁴⁴ Manavgat, .: Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid), Ankara 1997, s. 224 vd; Yasaman, H.: Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 234; İhtiyar, M.: Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul 2006, s. 238; Boğa, S.: Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul 2010, s. 127.

karardan doğmamakta, belirli şartları gerçekleşmesi halinde öneride bulunma zorunluluğu doğmaktadır. Ayrıca bu önerinin şartları, süresi, fiyatı da düzenleyici otoritelerin düzenlemeleri doğrultusunda belirlenmek zorundadır²⁴⁵. İlâveten, zorunlu pay alım teklifi, hedef ortaklığın pay sahibi olan teklif muhataplarına ilan yoluyla yapıldığı için aleni bir öneri niteliğindedir²⁴⁶. İlâveten, zorunlu pay alım teklifi süreli öneri niteliğini haizdir, zira teklifte bulunan tarafından kabul için bir süre belirlenmesi mecburiyeti vardır²⁴⁷. Bu itibarla, özel düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda, aleni ve süreli bir öneri niteliğinde olan zorunlu pay alım teklifine, genel hükümler ve özellikle de TBK hükümleri uygulanacaktır²⁴⁸.

4.2. Şirketler Topluluğunda Devralmalarda Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun İstisnaları

Yukarıda açıklandığı üzere, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 26. maddesinin m. ikinci ve üçüncü fıkraları ile Pay Alım Teklifi Tebliği’nin (II-26.1) 12. maddesi uyarınca “*ortaklığın oy haklarına, tek başına veya birlikte hareket eden kişiler tarafından doğrudan veya dolaylı %50’sinden fazlasına sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkına yahut genel kurulda söz konusu üyelikler için aday gösterme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olunması*” durumlarında yönetim kontrolü elde edilmiş olacaktır²⁴⁹. Buna ek olarak, Sermaye Piyasası Kanunu m. 26/3 ve Pay Alım Teklifi Tebliği m. 11/2 uyarınca yönetim

²⁴⁵ Erişir Karacan/Karacan, s. 228.

²⁴⁶ Manavgat, Pay Alım Teklifi, s. 224; Boğa, s. 127.

²⁴⁷ Yasaman, Menkul Kıymetler Borsası, s. 235.

²⁴⁸ TBK hükümlerinin en çok uygulama alanı bulabileceği dönem ise sözleşme öncesi dönemdir. Bkz.. Manavgat, Pay Alım Teklifi, s. 225 vd.

²⁴⁹ Paslı, Takeover Bid, s. 389.

kontrolü “ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa dahi, ortakların kendi aralarında yapacakları özel yazılı anlaşmalarla da” ele geçirilebilmektedir. Yönetim kontrolünün anılan yollardan biriyle ele geçirilmesi durumunda, kontrolü ele geçiren şirketin (Sermaye Piyasası Kanunu m. 26 uyarınca) “(söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan) diğer ortakların paylarını satın almak üzere” teklif yapması zorunludur.

Pay Alım Teklifi Tebliği’nin 14. maddesinde, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmadığı haller düzenlenmiştir. Öğretide, pay alım teklifi zorunluluğunun doğmadığı durumlarda şeklen bir kontrol değişikliğinin olduğu, gerçek bir kontrol değişikliğinin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir²⁵⁰. Söz konusu zorunluluğun doğmadığı hallerden, bir diğer deyişle zorunluğun istisnalarından biri, şirketler topluluğunda devralmalarda ortaya çıkabilecektir. Bu itibarla, Pay Alım Teklifi Tebliği’nin 14. maddesinin ilk fıkrasının (ç) bendi uyarınca “*yönetim kontrolünü sağlayan oy haklarının, 12 ncimaddenin üçüncü fıkrası uyarınca birlikte hareket ettiği kabul edilen veya birlikte hareket ettiklerini beyan etmeleri sebebiyle hedef ortaklıkta pay alım teklifinde bulunmuş olan gerçek veya tüzel kişilerin kendi aralarında yapılan devir işlemleri sebebiyle elde edilmesi*” durumunda, pay alım teklifi zorunluluğu doğmayacaktır. Anılan fıkranın “12 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca birlikte hareket ettiği kabul edilen” ifadesiyle atıf yaptığı karineye göre, “gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar” ile “tüzel kişi ortakların yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıkların” kendi aralarında yapılan devir işlemleri nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilmesi durumunda pay

²⁵⁰ Paslı, Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, s. 291.

alım teklifi zorunluluğu doğmayacaktır. Bu karineyle bağlantılı olarak öngörülen istisna, ilk bakışta, bir şirketler topluluğunda, topluluğun parçası sùjelerin kendi aralarında yaptıkları işlemlerin pay alım teklifi zorunluluğu doğurmadığını düşündürmektedir.

Bu noktada, şirketler topluluğunda topluluk içinde gerçekleşecek devralmaların her durumda pay alım teklifi zorunluluğunun anılan istisnası kapsamına girip girmediği değerlendirilirken “yönetim kontrolü” kavramına değinmek gerekir. Pay Alım Teklifi Tebliğı’nin 12. maddesinin ilk fıkrasına göre *“Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği haller bu madde kapsamında değerlendirilmez.”* Pay Alım Teklifi Tebliğı’nin yönetim kontrolü ölçütleri ve TTK’nın hakimiyet kriterleri değerlendirildiğinde, oy haklarına dayalı hakimiyet bakımından TTK’nın “oy haklarının çoğunluğu” kriterine karşın, Pay Alım Teklifi Tebliğı’nin “oy hakkının %50’sinden fazlasına sahip olunması”nı şart koştuğı görölmektedir. Buradan hareketle, bir halka açık anonim ortaklığın bir ticaret şirketinin oy haklarının %50’sinden azına sahip olarak yine de (parçalı bir ortaklık yapısı olmasından harekete) oy haklarının çoğunluğuna sahip olduğı bir varsayımsal senaryoda, TTK m. 195 uyarınca hakimiyet şartı sağlandığından bir şirketler topluluğunun varlığından bahsedilebilecek, ancak bu senaryoda hakim şirketin bağlı şirketi devralması durumunda, yukarıda açıklanan istisnanın şartları oluşmadığından,

pay alım teklifi zorunluluğu doğacaktır. Sonuç olarak, şirketler topluluğunda topluluk içinde gerçekleşen her devralmanın pay alım teklifi zorunluluğuna vücut vermeyeceğini söylemek, bir diğer deyişle pay alım teklifi zorunluluğunun istisnasını teşkil edeceğini varsaymak imkanı değildir²⁵¹.

4.3. Şirketler Topluluğunda Devralmalarda Pay Alım Teklifi Zorunluluğundan Muafiyet

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 26. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca *"Pay alım teklifinde bulunulmasına ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir."* Sermaye Piyasası Kurulu, bu belirlemeyi Pay Alım Teklifi Tebliği'nin *"Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet"* başlıklı 18. maddesi ve *"Muafiyet başvurusunun uygun görülmemesi hali"*ni düzenleyen 19. maddesi ile yapmıştır. Bir önceki başlıkta açıklanan pay alım teklifi zorunluluğunun doğmadığı hallerden farklı olarak, muafiyet hallerinde pay alım teklifi zorunluluğu doğmasına rağmen kurucu nitelikteki Sermaye

²⁵¹ Şirketler topluluğunda gerçekleşecek devralmaların zorunlu pay alım teklifi mekanizması ile gerçekleştirilmesi özellikle TTK m. 202/2'nin tetikleyeceği devralmalar bakımından önemli olabilir. Şirketler topluluğunda hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması durumu ve bunun sonuçlarının 202. maddede düzenlendiğinden bahsedilmişti. TTK m. 202/2 uyarınca *"Hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçiren veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahipleri; hâkim teşebbüsten, (...) paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler."* Bu itibarla, payların TTK m. 202/2 hakim şirket tarafından satın alınmasının talep edilmesi durumunda da, yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi söz konusuysa ve pay alım teklifi zorunluluğunun istisnalarından ve pay alım teklifi zorunluluğundan muafiyetten bahsedilemeyecekse, zorunlu pay alım teklifi sürecinin işletilmesi söz konusu olacaktır.

Piyasası Kurulu kararı ile bu zorunluluk ortadan kaldırılmaktadır²⁵². Muafiyet düzenlemesinin altında yatan düşünce, zorunlu pay alım teklifinin uygulanmasının bazı durumlarda olumsuzluğa yol açabileceği düşüncesidir²⁵³.

Pay Alım Teklifi Tebliği'nin "Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet" başlıklı 18. maddesi, yönetim kontrolü elde edildiği halde pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan kurtulunan halleri öngörmektedir. 18. maddenin ilk fıkrasının (c) bendi, şu durumda başvuru üzerine pay alım teklifinde bulunma zorunluluğuna muafiyet verilebileceğini düzenlemektedir: *"Ana ortaklıktaki yönetim kontrolü değişikliğinin, halka açık ortaklıktaki yönetim kontrolünün elde edilmesi amacını taşınamaması (Bu şartın varlığının tespitinde; hedef ortaklığın, ana ortaklığın son yıllık finansal tablolarına göre varlık toplamına olan etkisinin %10'u aşmaması ve ana ortaklığın faaliyet hacmi içinde önemli bir yer taşınamaması ve benzeri hususlar Kurulca dikkate alınır)."* Anılan ihtimal, şirketler topluluğunun bir süjesinin topluluk dışı bir şirketi devralması ve bu esnada, devralınan topluluk dışı şirketin yavru şirketinin yönetim kontrolünü de (aslında hedeflemeksizin) devralması durumunda gerçekleşebilir. Bu durumda, devralınan ana şirketin yavru şirketinin dolaylı kontrolü de devralınmış olacaktır. Ancak, burada dolaylı kontrol değişikliğinin, devralınan şirketin yavru şirketi konumunda olan halka açık ortaklığın yönetim kontrolünün elde edilmesi amacını taşınamaması gerekmektedir. Bu şartın varlığının tespitinde dikkate alınabilecek unsurlar, anılan maddede örneklenmiştir. Örneğin, devralınan şirketin yavru şirketi konumunda olan ve işlem sonucunda dolaylı kontrol sahipliği değişen halka açık ortaklığın, devralan (topluluk süjesi) şirketin varlık toplamına etkisinin

²⁵² Türkyılmaz, s. 97.

²⁵³ Türkyılmaz, s. 98.

%10'u aşmaması ve ana ortaklığın faaliyet hacmi içinde önemli bir yer taşımaması, yönetim kontrolünün elde edilmesi amacının taşınmadığı bir ihtimal olabilir. Bu durumda, pay alım teklifi zorunluluğu doğmasına karşın, bir muafiyet hali gerçekleşmiş olacaktır.

Pay alım teklifi zorunluluğu, pay alım teklifi zorunluluğunun doğmadığı haller ve pay alım teklifi zorunluluğundan muafiyet hallerine ilişkin sunulan açıklamalarımız ışığında, tüm bu hukuki kurumların belirleyicisinin yönetim kontrolü kavramı olduğu (bir diğer deyişle yönetim kontrolünde bir değişiklik olması ve olmaması) belirtilmelidir. Sonuç olarak anılan bu özellikli hallere, bu hukuki kurumların uygulanmasına sebebiyet veren kavram, kontrol kavramı olmaktadır. Bir sonraki bölümde, hakimiyet ve kontrol kavramları detaylı olarak ele alınacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: “HAKİMİYET” VE “KONTROL” KAVRAMLARI

1. TTK’nın Şirketler Topluluğu Hükümleri Kapsamında “Hakimiyet” Kavramı

1.1. Hakimiyetin Belirlenmesinde Uygulanan Sistemler ve Türk Hukukunun

Tercihi

1.1.1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukukta çeşitli hukuk düzenlerinde şirketler topluluğu veya konzernin tespiti için farklı ölçütler benimsenmiştir. Hakimiyet kavramı üzerine bina edilen şirketler topluluğu düzenlemeleri, “kontrol” veya “tek elden yönetim” sistemlerinden biri üzerine şekillenmektedir.²⁵⁴ İngiliz, Fransız, Belçika, İtalyan ve İspanyol hukuk düzenlerinde başvuru ve 7. AB Yönergesi’nde de benimsenen kontrol sistemi, Anglo-Amerikan hukuk anlayışının yansımasıdır²⁵⁵. Tek elden yönetim kavramına dayalı sistem ise mehz Almanya ve İsviçre hukuk düzenlerinde benimsenmektedir²⁵⁶. Aşağıda bu sistemler temel farkları ile tanıtıldıktan sonra Türk şirketler topluluğu düzenlemelerinde hangi sistemin benimsendiği açıklanacaktır.

²⁵⁴ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 693.

²⁵⁵ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694; Gündoğdu, G.: Das türkische Konzernrecht im Lichte des schweizerischen und deutschen Rechts, Frankfurt am Main 2014, Rn. 192; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 81, Yılmaz Asuman, s. 128 Atakan, s. 48.

²⁵⁶ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 82; Atakan, s. 49.

1.1.2. Kontrol Kavramına Dayalı Sistem

AB üyesi ülkelerin büyük çoğunluğunda kullanılan kavram, kontroldür²⁵⁷. Kontrol kavramının temel alındığı şirketler topluluğu rejimlerinde, kontrolün yöntemleri ve araçları kanunla belirlenmekte, bir şirketin diğer bir şirketin yönetimi üzerinde etki edebilmesine imkan veren (sermaye çoğunluğu, yönetimde çoğunluk, oy çokluğu gibi) hukuki araçlara sahip olması durumunda, kontrolün varlığı kabul edilmektedir²⁵⁸. Gerekçe’de açıklandığı üzere, kontrol kavramına dayalı sistemde hakimiyetin fiilen uygulanıp uygulanmadığına bakılmamaktadır. Hatta, kontrol araçlarının kullanılmadığı ve dolayısıyla hakimiyetin sağlanmadığı ispatlansa bile, kontrol ilkesine dayalı sisteme göre, yine de şirketler topluluğu oluşmakta ve şirketler topluluğu rejimi kuralları uygulanmaktadır²⁵⁹. Zira, bu sistemde şirketler topluluğundan bahsedebilmek için, bir şirketin, diğer şirket üzerinde hakimiyet kuracağı araçlara sahip olması yeterlidir²⁶⁰.

Bu yönüyle, dar anlamda kontrol kavramına dayalı sistemin, kesin ölçütlere dayalı statik (ve hatta matematiksel²⁶¹) bir sistem olduğu söylenebilir. Ancak geniş anlamda kontrol (veya “genişletilmiş kontrol”), fiili kontrolü de kapsar biçimde kullanılabilir. *Forum Europaeum*’a göre, oy hakkı veren payların çoğunluğuna sahip olmayan bir şirket, fiili olarak yine de bu şirketin oy çoğunluğunu “kontrol”

²⁵⁷ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694.

²⁵⁸ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 695; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 265; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 81.

²⁵⁹ Bu husus, Gerekçe’de şöyle örneklenmiştir: “Kontrol sisteminde hakimiyetin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz; hatta hakimiyetin uygulanmadığının ispatına bir sonuç bağlanmaz. Meselâ, AT’nin Yedinci Yönergesinde olduğu gibi, konsolidasyona tâbi işletmeler kontrol ölçütüne göre belirlendiklerinden, bir işletme kendisinin üzerinde hakimiyet uygulanmadığını ispatlayarak konsolidasyon kapsamından çıkamaz.” Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

²⁶⁰ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694.

²⁶¹ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 52.

ediyor olabilir. Artık, burada, kontrol kavramı *de facto* hakimiyet ya da bağımlılık kavramına doğru genişletilmiş olur²⁶². Öğretide de, net ve kesin bir sonuca varmayı sağlayan kontrol sisteminin uygulama kolaylığı sunduğu ve hukuk güvenliği açısından aşağıda açıklanacak olan tek elden yönetim kavramına göre daha sağlıklı olduğu savunulmaktadır²⁶³.

1.1.3. Tek Elden Yönetim Kavramına Dayalı Sistem

Alman ve Portekiz hukukunda, konzern denildiğinde akla ilk gelen kavram tek elden yönetim (*einheitliche Leitung*) kavramıdır²⁶⁴. Bu kavram, AB üyesi ülkelerin kanunlarında, herhangi bir yasal tanıma kavuşmamıştır. Kavramı tanımsız bırakmak, ulusal kanun koyucuların bilinçli tercihidir²⁶⁵. Tek elden yönetim kavramına dayalı sistem, kontrol sisteminin aksine, hakimiyetin varlığı için kontrolü sağlayan (sermaye çoğunluğu, yönetimde çoğunluk, oy çokluğu gibi) hukuki araçlara sahip olmayı tek başına yeterli saymamakta; ayrıca bu kontrol araçlarından fiilen yararlanılması ile “belirleyici etki uygulama gücünün” somutlaşmasını aramaktadır [§17 Abs. 1 AktG yönünden “hükmedici bir etki” (*ein beherrschender Einfluss*)]²⁶⁶. Yani, bir şirket, başka bir şirket üzerinde belirleyici (hükmedici) etkide bulunabiliyorsa, orada

²⁶² Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694-695; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 267.

²⁶³ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 695. Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlenmesinde Kontrol İlkesi”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, 1549; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 83; Özsü, s. 40.

²⁶⁴ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694. Bununla birlikte kontrol ilkesine dayalı hakimiyet sistemi Alman hukukunda tamamen göz ardı edilmemiştir. Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 265. Alman konzern hukukunda kontrol ilkesine dayalı hakimiyet anlayışı, tek elden yönetime dayalı hakimiyetin yanı sıra, birçok hukuki düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, AktG § 17 Rn. 3.

²⁶⁵ Gündoğdu, G.: Das türkische Konzernrecht, Rn. 259.

²⁶⁶ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 52

hakimiyet söz konusudur²⁶⁷. Bu itibarla, belirleyici etki uygulamanın salt imkan olarak var oluşu, hakimiyetin bulunduğunu varsaymaya yetmemekte, topluluğu oluşturan şirketlerin (tek elden) “yönetilmesi”, fiilen önemli kararları üzerinde etken olunması ölçütü de aranmaktadır²⁶⁸. Hakimiyetin “gerçekten uygulanmasının²⁶⁹” arandığı bu sistemde, gereğinde hakimiyetin fiilen uygulandığının ispatı da istenebilmektedir²⁷⁰. Gerekçe, tek elden yönetim ilkesine dayalı sistemi açıklarken şirketler topluluğunun hakim şirketinin (veya hakim teşebbüsün) tek elden yönetim uyarınca yetkisi ölçüsünde gerekli politikaları oluşturup bunu en alttaki şirketlere kadar uygulatabildiği durumlarda tek elden yönetimin bulunduğunu açıklamakta; bir ekonomik bütünlükte her işletme kendi politikasını uyguluyorsa bu sistem kapsamında hakimiyetten bahsedilemeyeceğini vurgulamaktadır²⁷¹. Dolayısıyla bu sistemde, şirketlerin fiilen, uygulanan politika bakımından da ekonomik bir bütünlük arz edip etmedikleri dikkate alınmaktadır²⁷².

Tek elden yönetim ilkesine dayalı hakimiyeti dar yorumlayan²⁷³ ve “dar konzern yaklaşımı” olarak adlandırılan görüş uyarınca, işletmelere dair “esaslı alanlar” tek elden belirleniyor; tek elden yönetim, tüm konzern üyeleri üzerinde tek bir ekonomik bütünlük içinde uygulanıyor olmalıdır²⁷⁴. Bu anlayış, temelde ekonomi

²⁶⁷ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694.

²⁶⁸ Özsu, s. 41.

²⁶⁹ Yılmaz Asuman, s. 129

²⁷⁰ Forum Europaeum Konzernrecht, s. 695; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 263. Gerekçe, bu hususu şöyle ifade etmektedir: “Hakimiyet ve tek elden yönetim ölçüsüne dayalı sistemde ise hakimiyet olanaklarının sadece varlığı, per se, hakimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hakimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun (gereğinde) ispatı istenir.” Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

²⁷¹ Gerekçe, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncü Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar), s. 71.

²⁷² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 81.

²⁷³ Ayrıca bkz. Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 260.

²⁷⁴ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 29; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 18 Rn. 10; Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 6; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 9.

biliminin verilerinden yola çıkmakta ve tek elden yönetimden bahsedilebilmesi için özellikle finansal kararlarda yeknesaklık (merkezi finans politikası²⁷⁵) aramaktadır²⁷⁶; çünkü finansal kararlarda söz sahibi olan hakim şirket, bağlı işletmelerin esaslı alanları üzerinde karar alma ve bunu uygulama olanağı bulabilmektedir. Tek elden yönetim ilkesine dayalı hakimiyeti geniş yorumlayan²⁷⁷ ve bu nedenle “geniş konzern yaklaşımı” olarak adlandırılan görüş, finansal kararlar konusunda ilk görüş ile benzer düşünmekle birlikte²⁷⁸, işletmeye dair diğer çekirdek (merkezi, esaslı) alanlara, özellikle personele, alım satım, pazarlama ve organizasyon politikalarına dair kararlara etkide bulunulabiliyorsa artık burada da tek elden yönetimin olduğunu kabul etmektedir²⁷⁹. Alman öğretisinde hakim görüş, “geniş konzern yaklaşımı”dır²⁸⁰.

Ancak uygulamada hakimiyetin fiilen uygulanıp uygulanmadığının, fiilen tek elden yönetimin söz konusu olup olmadığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır²⁸¹. Bu nedenle, tek elden yönetim kavramına dayalı sistem, kontrole dayalı sistemin aksine, karinelere de sonuç bağlamaktadır. Karinelerin teknik olarak hakimiyetin bulunup bulunmasını belirlemesinde, iki sistem birbirinden farklı değildir²⁸². Ancak tek elden yönetime yönelik nasıl bir bakış açısı benimsendiğine göre

²⁷⁵ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 94.

²⁷⁶ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 18 Rn. 10; Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 6; Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 6; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 9.

²⁷⁷ Ayrıca bkz. Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 261.

²⁷⁸ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 31; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 18 Rn. 11.

²⁷⁹ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 30, 33; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 18 Rn. 11; Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 6; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 9.

²⁸⁰ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 33; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 18 Rn. 14; Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 7; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 10.

²⁸¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 82.

²⁸² Forum Europaeum Konzernrecht, s. 694.

hakimiyetin var olup olmadığı tespit edilmektedir²⁸³. Bu nedenle ilgili sistem, matematiksel tam bir kesinlik arz etmemektedir.

1.1.4. TTK'nın Benimsediği Sistem

TTK, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde hakimiyetin tespiti açısından “genişletilmiş kontrol²⁸⁴” (veya “geniş anlamda kontrol²⁸⁵”) sistemini benimsemiştir²⁸⁶. Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, TTK m. 195 kapsamında hakimiyetin varlığından söz edebilmek için, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak **veya** şirket esas sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu sağlamak **veya** kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak oy haklarının çoğunluğunu oluşturmak **veya** bir sözleşme uyarınca (hakimiyet sözleşmesi ve benzer sözleşmeler) ya da başka bir yolla hakimiyet sağlamak yeterlidir. Bu itibarla, TTK sistemi matematiksel ölçütlerden yararlanmaktadır²⁸⁷.

İlaveten, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, hakimiyetinin varlığına karinedir. Ölçütler ve karinenin birlikte öngörüldüğü TTK sistemi, yalnızca matematiksel kriterler sunmamakta, aynı zamanda fiili hakimiyetin de şirketler topluluğu oluşturabileceğini hükme bağlamakta ve karinelere de yer vermektedir²⁸⁸. Bu itibarla, hem hakimiyeti elde tutma imkanı veren

²⁸³ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 259.

²⁸⁴ Eminoglu, Kuram-Uygulama, s. 23.

²⁸⁵ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 97.

²⁸⁶ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 269; TTK, genişletilmiş kontrol sistemini benimseyerek, AktG sisteminden ayrılmış ve 7. AB Yönergesi ile ortaya konan sistemi benimsemiştir. Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 53; Uygun s. 12

²⁸⁷ Özcanlı, Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 53.

²⁸⁸ Özsu s. 44-45.

araçlara sahip olma durumu, hem de fiilen hakimiyet uygulama durumu TTK düzenlemesinin kapsamında olduğundan²⁸⁹, ölçütler veya karineden herhangi birinin mevcut olduğu bir senaryoda şirketler topluluğunun varlığından bahsedilecektir. Bu itibarla, TTK sistemi, kontrol ilkesine dayalıdır²⁹⁰.

Tekinalp, Komisyon’u kontrol ilkesini benimsemesinin ana sebebinin işlem güvenliği ve hukuki güvenliğin sağlanması olduğunu belirtmektedir. Zira, yazara göre, hangi politikaların mevcudiyeti halinde tek elden yönetimin söz konusu olduğunun kabul edileceği tartışmalıdır ve bu netlik eksikliği hukuki güvenliğe zarar verebilir. İlâveten, tek elden yönetimin varlığının ispatlanması için çoğu kez politikaları ve stratejileri içeren somut planların bulunması aranmakta; böyle belgelerin ibraz edilememesi halinde şirketler topluluğu rejimi uygulanamamaktadır. Bu nedenle, tek elden yönetimin varlığının ispatlanmasındaki güçlük de tek elden yönetimin sakıncalarından biridir. Tek elden yönetimin fiilen uygulandığının tespiti ve ispatındaki bu güçlüklerin, şirketler topluluğu hukuku ile epeydir meşgul olan Alman öğretisinde uzunca süren görüş ayrılıklarına ve tereddütlere yol açmış olması, şirketler topluluğu hukukuna dair hükümlerin ilk kez sevk edileceği Türk hukuku bakımından kontrol sisteminin daha uygun olduğu kanısını uyandırmıştır. Gerçekten de, Alman sisteminin yol açtığı tartışmalar nedeniyle tek elden yönetim artık kanun koyucular ve uzmanların oluşturduğu komisyonlar tarafından tercih edilmemektedir²⁹¹. Bu

²⁸⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 97.

²⁹⁰ Altay, hakimiyetin varlığı açısından hakim öznenin bağlı şirket üzerinde fiilen gücünü icra etmesini arayan bir anlayış yerine, söz konusu etkinliği icra etme olanağını yeterli gören “kontrol” anlayışının benimsenmesini isabetli görmüş; aksi benimsense idi şirketler topluluğu hukukunun menfaat sahiplerini koruyucu yaptırımlarına işlerlik kazandırılmasının güçlük arz edeceğini belirtmiştir. Altay, s. 340.

²⁹¹ Tek elden yönetim sisteminin artık pek de tercih edilmediğine ilişkin somut örnekler ve Komisyon’a hakim olan düşüncelere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Ü.: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1548-1550.

sebeplerle, Türk sistemi hakimiyetin belirlenmesi sistemi olarak (geniş anlamda) kontrol ilkesini benimsemiştir.

Hakimiyeti kontrol kavramı üzerinden şekillendiren TTK, esasında hakimiyetin, yani geniş anlamda kontrolün sağlanması için yöntemleri düzenlemiştir. Bu yöntemlere, “hakimiyet araçları” (*Herrschungsmittel*) denmektedir²⁹². Hakimiyet araçları, kanunun sistematigi uyarınca üç başlık altında incelenebilir:

- (i) Pay sahipliği²⁹³ ya da pay sahipliğinden doğan haklarla²⁹⁴ hakimiyet (TTK m. 195/1 (a-1), (a-3) m. 195/2),
- (ii) Sözleşmeden doğan hakimiyet [TTK m. 195/1 (b)] ve
- (iii) Diğer yollarla kurulan hakimiyet [TTK m. 195/1 (b)].

Aşağıdaki başlıkta, TTK’nin şirketler topluluğu hükümleri kapsamında hakimiyet kavramı, bu ana sistematik üzerinden aktarılacaktır.

1.2. TTK Sisteminde Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Sağlanmasının Yöntemleri

1.2.1. Pay Sahipliği ya da Pay Sahipliğinden Doğan Haklarla Hakimiyet

1.2.1.1. Oy Hakkından Doğan Hakimiyet

²⁹² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 720.

²⁹³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 101.

²⁹⁴ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 272.

1.2.1.1.1. Oy Haklarında “Çoğunluk” Kavramı Üzerine

Pay sahipliği haklarının araç olarak kullanılması yoluyla hakimiyet kurulabilmesinin ilk yolu, oy haklarının çoğunluğuna [TTK m. 195/1(a)] sahip olmaktır. Diğer bir deyişle, bir şirket, diğer bir şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahipse, burada hakimiyetin fiili olarak kurulduğu kabul edilir²⁹⁵. Ancak TTK “oy haklarında çoğunluk” kavramını tanımlamamıştır. Oy hakkının çoğunluğuna sahip olmak denildiği takdirde, bu çoğunluğun salt mı yoksa mutlak çoğunluk mu olduğu, ya da kanunda sayılan nitelikli oy oranlarının geçerlilik kazanıp kazanmadığı belirsizdir²⁹⁶. Ancak bu bahiste çoğunluk, oy hakkının hakimiyeti kurmak konusunda araç oluşu bakımından hakimiyeti sağladığından, oy hakkında çoğunluğun diğer şirket üzerinde hükmedici bir etkide bulunma imkanı vermesi gerekir²⁹⁷.

TTK m. 418/1 c. 1 gereği, genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve kararlarını, aynı maddenin ikinci fıkrası gereği, hazır bulunanların oylarının çoğunluğu ile alır. Bu madde dikkate alındığında, çoğunluk denildiği takdirde mutlak çoğunluğun anlaşılacağı açıktır. Bu itibarla, sermayenin en az %25’ini temsil eden pay sahiplerinin çoğunluğu, %13 olduğundan, ana sözleşme değişikliği, yönetim kurulu üyelerinin ibrası, bilançonun onaylanması, kar dağıtımı gibi kritik konularda (ilk) genel kurul toplantısında asgari

²⁹⁵ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 15-16; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 643; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 273; Altay, s. 369.

²⁹⁶ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 274; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 104. Tekinalp’e göre, “*toplam oyların yarısı + 1 oyu, yani mutlak çoğunluğu ifade eder*”. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 721. Tekinalp’in bu yorumu esasında Alman öğretisinde *Emmerich* tarafından dile getirilen görüştür. *Emmerich*’e göre, salt genel kurul çoğunluğu değil, en azından bütün oyların yarısının bir fazlası gereklidir. *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 23.

²⁹⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 720; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 275; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 104; Altay, s. 369.

%13 oranında oy çoğunluğuna sahip olmak yeterlidir. TTK m. 418 uyarınca, ilk toplantıda yetersayıya ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantıda yetersayı aranmamaktadır, bu durumda karar alınabilmesi için yeterli çoğunluk, katılanların oy çoğunluğu olacaktır²⁹⁸.

Ancak şirket sözleşmesinde belirli kararlar için daha yüksek oranlar öngörülmüş olabileceği gibi, kanun koyucu da genel kurulda her karar için mutlak çoğunluğu kabul etmemektedir. TTK m. 421 uyarınca, ana sözleşmede değişikliği kararları, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda (%50), toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile (%26) alınır Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması ve nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması için alınacak esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az %75'ini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oyuyla alınacağına göre, karar yeter sayısı asgari %34 oranında oy çoğunluğudur. Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, kontrol oranı (TTK hükümleri uyarınca) amaca bağlı olarak değişecektir²⁹⁹.

Kanun koyucunun genel kurulda her karar için mutlak çoğunluğu kabul etmemiş olmasına paralel olarak, şirket ana sözleşmesinde de belirli kararlar için ağırlaştırılmış yeter sayılar aranabilir. Burada sorulması gereken soru şudur: Özellikle hangi kararlar yönünden şirket ana sözleşmesinde belirtilen nisaplar dikkate alınacaktır? Buna paralel olarak ise, hangi genel kurul kararları, pay sahibi tarafından, bu şirket üzerindeki kontrolünün sağlanması için belirleyici nitelikte değerlendirilecektir? Bu konuyu, Türk öğretisinde *Tekinalp*, şirketin “olağan iş ve

²⁹⁸ Manavgat, Pay Alım Teklifi, s. 229.

²⁹⁹ Manavgat, Pay Alım Teklifi, s. 229.

*işlemleri ilişkin alınan kararlar” yönünden*³⁰⁰; *Okutan Nilsson* şirketin işlerinin yönetimine ilişkin temel kararlar yönünden değerlendirmektedir. *Gündoğan*, ancak yönetime ilişkin belirleyici etkide bulunan kararlar üzerinden bir değerlendirme yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre, çoğunluk kavramı gereken her hâlükârda yönetim kurulunda bulunan üyelerin çoğunluğunu seçme olanağı üzerinden tartışılmalıdır³⁰¹.

Türk öğretisinde Okutan Nilsson ile Gündoğan, şirketin yönetimine ya da yönetim organına yönelik alınacak genel kurul kararlarının nisaplarının dikkate alınması gerektiğini savunarak, kontrol ilkesine dayalı hakimiyet anlayışından ziyade tek elden yönetime dayalı hakimiyet anlayışına yakınlaşmaktadır. Nitekim Alman şirketler hukuku öğretisinde de alınacak genel kurul kararlarının nisapların farklılaşması sonucunda, kullanılabilir oy çoğunluğun belirlenmesinde, münhasıran işletme yönetiminin ya da yönetime yetkili organın teşekkülünde veya yönetim talimatlarını icra eden kararların alınmasında aranan nitelikli çoğunluklar dikkate alınabilmektedir³⁰². Ancak örneğin kontrole dayalı hakimiyet sistemini benimseyen Alman bilanço hukukunda, işletme ve finans politikalarının belirlenmesindeki, özellikle yatırıma ilişkin konularda alınacak kararlara dair³⁰³, nisaplar dikkate alınmakta ve çoğu halde salt hükmedici etkide bulunma olanağı sunabilen %50 + 1 çoğunluk yeterli görülmektedir³⁰⁴. Sistemler arasındaki farklılık ve kanun koyucunun çoğunluğa ilişkin “kesin karine” değerlendirmesi, tüm kararlar için dahi nitelikli nisap

³⁰⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 643.

³⁰¹ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 276. Aynı yönde bkz. Altay, s. 369.

³⁰² Karş. Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 42; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 5.

³⁰³ Busse von Colbe/Fehrenbacher, MüKo zum Handelsgesetzbuch, HGB § 290 Rn. 37.

³⁰⁴ Busse von Colbe/Fehrenbacher, MüKo zum Handelsgesetzbuch, HGB § 290 Rn. 35.

arandığı takdirde %50 + 1 oy'un çoğunluk olarak kabul edilmesi gerektirmektedir³⁰⁵. Son olarak, %50 + 1 oy'a sahip olunmasa da genel kurulda hazır bulunan çoğunluğu sağlama imkanına sahip olma durumunda fiilen bir hakimiyetin kurulabileceğinin kabul edilmesi gereklidir³⁰⁶. Ancak %50 + 1 oy'a sahip olmayan çoğunluğa dair bu kabulümüz, yürürlükteki sermaye piyasası hukukunun öngördüğü yönetim kontrolü bakımından sorun arz etmektedir. Bu hususta değerlendirmelerimiz, sermaye piyasasında yönetim kontrolü işlenirken sunulacaktır.

1.2.1.1.2. Oy Haklarının Hesaplanması

TTK m. 196/2'ye göre, oy haklarında oran, kullanılabilir oy hakları üzerinden hesaplanır. Bu hesapta, sahip bulunulan paylardan doğan oy haklarının toplamı, kullanılabilir tüm oy haklarının toplamına oranlanmaktadır. Burada, doğrudan sahip olunan paylardan doğan oy haklarının yanı sıra bağlı şirketlerin sahip oldukları veya sermaye şirketinin hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylardan doğan oy haklarının da değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır³⁰⁷. TTK m. 196/3, payların çoğunluğunun hesaplanmasında, bağlı şirketlerin sahip oldukları ve üçüncü kişilerin elindeki payların da hesaba katılacağını düzenlemiştir. Ancak oy haklarına ilişkin benzer bir düzenleme TTK'da bulunmamaktadır. Her ne kadar

³⁰⁵ Esasen Alman hukukunda, çoğunluğa sahip olmak, adi karine olduğu için bu adi karinenin sonrasında çoğunluğun elde ettiği hükmedici gücü kullanabilme imkânı olup olmadığı tartışmasına olanak veren "bağımlılık" incelemesinde daha detaylı tartışılabilmektedir. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 5 ve 23. Ancak Türk kanun koyucusunun belirlediği sistem gereğince bu iki aşamalı incelemeyi yapmak ya da çoğunluğu, ilgili konulara dair farklılaştırmak olanaklı gözükmemektedir.

³⁰⁶ Azınlık yönünden bkz. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 17 Rn. 19.

³⁰⁷ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 282.

Kanun, sermayenin çoğunluğunu hesaplamada yaptığı gibi açık bir kural öngörmemişse de, bağlı şirketlerin sahip oldukları veya hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylardan doğan oy hakları ile doğrudan pay sahibinin elinde olan paylardan doğan oy hakları arasında hakimiyet kurmak yönünden bir fark bulunmaz. Bu nedenle, TTK m. 196/2'nin özü gereği, bu oylar da hesaba dahil edilecektir³⁰⁸.

Kullanılabilir tüm oy haklarının hesabındaysa, TTK m. 196/2 c. 2'nin gereği olarak, “*sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki paylarından doğan oy hakları*” dikkate alınmaz. Burada da sermaye şirketinin bağlı şirketlerinin elinde bulundurduğu paylar dikkate alınmayacaktır. Zira bu payların “*kendi (...) elindeki pay*” olarak değerlendirilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır³⁰⁹.

Burada dikkat edilmesi gereken başka bir husus da, kullanılabilir oy hakkının hesaplanmasında, oy hakkı sınırlamasına konu olan paylardan doğan oyların dikkate alınmaması gerektiğidir. Gerekçe pay üzerinde tedbir kararı ve oydan yoksunluk durumlarına atıfta bulunmaktadır. Türk öğretisinde, *Okutan Nilsson*, “*sermaye şirketinde sahip bulunduğu paylardan doğan kullanılabilen oy haklarının toplamının*” hesaplanması gerektiğini, yani toplam oy hakkı yönünden bu oy sınırlamalarının dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür³¹⁰. Yazarın görüşü Alman hukuku açısından isabetlidir³¹¹. Ancak Türk hukukunda, bu görüşe katılmak *de lege lata*

³⁰⁸ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 283; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 117. Benzer biçimde AktG §16 Abs. 4, aynı şekilde paylar yönünden bir düzenleme getirmişken, oy hakları yönünden bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak Alman öğretisi ve uygulama, AktG §16 Abs. 4'ü oy haklarının hesaplanması yönünden dikkate almaktadır. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 25; Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 46.

³⁰⁹ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 286; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 121.

³¹⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 120.

³¹¹ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 24.

yönden mümkün olmamakla beraber, pratik yönden de adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir³¹².

Kanunun lafzına sadık kalarak, kullanılabilir oydan ne anlaşılması gerektiği konusunda oydan yoksunluk (TTK m. 436), TTK m. 198 uyarınca ve karşılıklı iştirak (TTK m. 201) durumunda oyların donması, bağlı şirketlerin sahip oldukları veya sermaye şirketinin hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylardan doğan oy hakları, önleyici azınlık ve oy hakkı sözleşmeleri detaylı olarak aşağıdaki başlıklarda incelenecektir.

1.2.1.1.3. Oydan Yoksunluk

Oy hakkının kullanımında ilk sınırlandırma, oy hakkından yoksunluktur. Her ne kadar, Gerekçe’de oy hakkından yoksunluk, “kullanılabilir oy” kavramına dahil edilmese de bunun “yoksunluk” kurumuyla bağdaşıp bağdaşmadığı şüphelidir³¹³. TTK m. 436/1, “*kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakereler*”; TTK m. 436/2 ise, “*ibra kararı*” yönünden oydan yoksunluğu düzenlemiştir. Esas itibariyle, yönetim kurulunun

³¹² Öğretide bu görüşü savunan Gündoğdu’nun görüşünü açıklarken sunduğu örneği tercüme ederek aktarmakta fayda görüyoruz: “Kullanılabilir olmayan oy hakları, kontrolün sağlanması ve tespitinde herhangi bir rol oynamaz. Bu nedenle sadece genel kurul toplantısında pay sahibinin ilgili sermaye şirketinin yönetimini kontrol etmesini sağlayacak kararların alınmasında kullanılabileceği oy haklarının dikkate alınması, amaca daha uygun düşer. Örneğin, X-AG’nin sermayesi 100 birimdir ve X AG kendi paylarının %5’ine sahiptir. A-AG, X-AG’nin bağlı şirkettir ve ana şirketin (X-AG) %10 hissesine sahiptir. B, X-AG’de %30 hisseye sahiptir, C-GmbH ise X-AG’nin %40 hissesine sahiptir. Sonunda X-AG’deki hisselerin %15’i, D-AG’ye aittir; ancak bildirim yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle oy hakkı sınırlanmıştır. Bu nedenle, X-AG genel kurulunda sadece B (30) ve C-GmbH (40) oy hakkı kullanabilir. Bu olasılıkta C-GmbH, X-AG’yi kontrol etmektedir. Ama karşı görüşe göre, oy haklarını kullanamamasına rağmen, D-AG’nin (15) oyları da hesaba katılacaktır. Bu nedenle, bu görüşe göre, C-GmbH’nin kullanılabilir oy haklarının çoğunluğuna sahip olmadığını (40/85) kabul edilecektir. Oysa, gerçekte (40/70), C-GmbH, Genel Kurul’da oy hakkının çoğunluğuna sahiptir.” Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 287.

³¹³ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 279.

teşekkülüne ilişkin kararlar, f. 1 anlamında “kişisel nitelikte bir işlem” değildir. Yani, pay sahibinin kendi oy hakkını, kendisinin yönetim kurulu üyeliği yönünden kullanmasında bir sakınca yoktur. Bu nedenle, kanun kendi sistematigi içinde yorumlandığı zaman, kanun koyucunun yönetim organı teşekkülü gibi şirketin yönetim, plan ve organizasyonu yönünden esaslı bir kararın alınmasında kullanılabilir saydığı oyu, niçin hakimiyet yönünden dışarıda bıraktığı anlaşılamamaktadır³¹⁴. Bu nedenle, Türk öğretisinde bizim de katıldığımız görüş oydan yoksunluk hallerinde kullanılabilir oydan bahsetmektedir³¹⁵.

1.2.1.1.4. Oy Hakkının Donması

TTK m. 198/1’de düzenlenen tescil ve ilan yükümlülüklerini iradi olarak yerine getirmeyen pay sahibinin oy hakları, TTK m. 198/2 uyarınca donmaktadır. Gerekçe’de, aynı oy yoksunluğunda olduğu gibi oy hakkının donması durumunda da kullanılabilir oydan bahsedilmeyeceği kabul edilmiştir. Alman hukukunda hakim olan ve Türk öğretisinde savunulan görüş uyarınca, bu düzenleme kanuna karşı hileye açıktır ve “hakimiyetini gizleyen pay sahibi”nin bertaraf edilmesi için TTK m. 198/2 uyarınca donan oyların, kullanılabilir oy olarak kabul edilmesi gerekir³¹⁶. Başka bir görüşe göre, Türk öğretisinde dile getirilen bu tehlikenin bertaraf edilmesi için *de lege lata* gerekçede açıkça dikkate alınmayacağı belirtilen donmuş oyları, *de lege ferenda*

³¹⁴ Tartışma için bkz. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 22; Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 37.

³¹⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 111; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 279; Aytaç, İbra, s. 119.

³¹⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 113; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 24.

kullanılabilir kabul edip, oy oranına dahil etmek olanaklı gözükmemektedir³¹⁷. TTK m. 201/I uyarınca, bir sermaye şirketinin paylarını edinerek o şirketle karşılıklı iştirak durumuna bilerek giren sermaye şirketi, iştirak konusu paylarından doğan oy haklarının yalnızca dörtte birini kullanabilir. Bu nedenle geri kalan dörtte üçlük oran, kullanılabilir oy içerisinde değerlendirilmeyecektir³¹⁸. Oy hakkının donması konusunda *de lege lata* ve *de lege ferenda* ayrıma gitmek yerine “kullanılabilirlik” yönünden Alman hukukunda benimsenmiş olan genel geçer ölçünün benimsenmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Oy hakkının kullanılmasındaki sınırlama, süreklilik arz eder biçimde karşımıza çıkıyor ve iradi ya da belirli olguların sona ermesi sonucunda ortadan kaldırılamıyorsa, artık burada kullanılabilir oydan söz edilemez³¹⁹. Aksi hallerde kullanılabilir oy söz konusudur. Oy hakkının donması, özellikle TTK 198/2’le getirilen sınırlama geçici ve değiştirilebilir olduğu için kullanılabilir oy içerisinde kabul görecektir.

1.2.1.1.5. Oy Hakkına İlişkin Diğer TTK Düzenlemeleri ve Sınırlamaları

Bu başlık altında, sırasıyla, TTK m. 427/2 yönünden, TTK m. 432/2’ye göre pay üzerinde intifa hakkı kurulması, TTK m. 434/4 uyarınca oy hakkının sınırlandırılması ve TTK m. 435’te söz konusu olan asgari miktarın ödenmesi hususları değerlendirilmelidir:

³¹⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 725; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 280.

³¹⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.114-115.

³¹⁹ Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 37; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 22.

1. Pay üzerinde kurulmuş olan rehin, oy hakkını etkilemez. Bu nedenle rehinli paylar yönünden oy hakları, kullanılabilir oy içinde değerlendirilir. Eğer TTK m. 427/2 uyarınca yetkilendirme varsa oy hakkının sahibi, yetkilendirilen değil; yetkilendirendir³²⁰.
2. Üzerinde intifa hakkı kurulan paydan doğan oy hakkı, intifa hakkı sahibi bakımından hesaba katılır. Çünkü TTK m. 432/2 uyarınca, oy hakkı intifa hakkı sahibine aittir³²¹. Ancak elbette bunun aksinin kararlaştırılması da imkanı olup bu durumda oy hakkının intifa hakkı sahibi bakımından hesaba katılmaması gerekir.
3. Pay sahibinin oy hakkı sayısı, esas sözleşmeyle sınırlandırılmışsa (TTK m. 434/2), oy hesabında bu üst sınır dikkate alınır³²².
4. Kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenen asgari miktarın ödenmemesi (TTK m. 435) durumunda, ilgili paylara ait oy hakları doğmamış kabul edileceğinden kullanılabilir oy kapsamında değerlendirilemez³²³.

1.2.1.1.6. Özel Durumlar

1.2.1.1.6.1. Genel Olarak

Özel durumlar başlığı altında, öncelikle azınlığa genel kurul kararlarını önleme olanağı (veto hakları) tanındığı ve önleyici azınlık (*Sperrminorität*) olarak adlandırılan

³²⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 117; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 282.

³²¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.116; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 282.

³²² Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 281.

³²³ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644. Aksi yönde Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 115-116.

durumda, bu azınlığın nasıl hesaba katılacağı değerlendirilecektir. Ardından oy sözleşmesinin varlığı halinde, sözleşmeye konu olan payların, kullanabilir oyların hesabında nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışılacaktır. İki özel durum da Alman öğretisinde oldukça tartışmalıdır.

1.2.1.1.6.2. Önleyici Azınlık

Şirket genel kurulunda bir kararın alınmasına ilişkin nisabın artırılması suretiyle ilgili pay sahibinin veya sahiplerinin olumlu oyu olmaksızın bir karar alınamıyorsa veya esas sözleşme ile bazı genel kurul kararlarının alınmasının belirli bir grubun olumlu oy kullanması şartına bağlanmış olması söz konusu ise (yani, belirli bir grup yararına veto hakkı tanınmış ise), önleyici azınlığın bulunduğu bahsedilebilecektir³²⁴.

Azınlığa tanınan genel kurul kararlarının alınmasında önleme yetkisi, Alman hukukunda hakim olan görüş uyarınca dikkate alınmayacaktır. Bunun nedeni, bu yetkinin, genel kurulda karar alma gücü vermemesi ve yönetim organının oluşumu ve yönetimi yönünden belirleyici bir etkide bulunmak konusunda olumlu bir etkiye sahip olmamasıdır³²⁵. Gerçekten de hakimiyet yönünden esas olan aktif olarak kontrolün

³²⁴ Yatağan Özkan, Ç.: Anonim Şirketlerde Altın Paylar, İstanbul 2016, s. 114-115.

Burada ayrıca altın pay kavramına da kısaca değinmek gerekmektedir. Altın paylar, kamu veya kamu tarafından belirlenen kişilere tanınan ve özelleştirme durumunda, özelleştirilen şirketin kontrolünün elde tutulmasına yönelik olarak üstün oy hakkı ve veto hakkı veren paylardır. Bilgeç, H.: Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara 2017, s. 37; Aytuğar, B.: Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, İstanbul 2019, s. 223 vd.

Payların pay sahiplerine genel kurulda alınan kararlara karşı veto hakkı sağlaması durumunda ise, bu altın paylar “gerçek altın paylar” olarak nitelendirilmektedir. Burada oy hakkında oransallıktan öte, veto hakkının kullanılması durumunda karar alınamamaktadır. Şehirali Çelik, Feyzan H.: “Ulusal Düzenlemeler ile Topluluk Hukuku Sınırlarında Altın Paylar”, BATİDER 2007, C. 24, S. 2, s. 356.

³²⁵ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 17 Rn. 25; Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 43.

sağlanmasında, stratejik kararlardaki olumlu etkidir³²⁶. Olumsuz etki üzerinden kurulan pasif kontrol, kural olarak yeterli görülmemektedir. Bununla birlikte, Alman öğretisinde *Emmerich*'in ortaya koyduğu ve Türk öğretisinde *Okutan Nilsson*'un savunduğu görüş uyarınca, bu önleyici etkinin işletme ve finans politikasının belirlenmesinde kendini gösterebileceği olasılıklarda, ortaklaşa, birlikte kontrolün sağlanmış olabileceğini varsaymak mümkündür³²⁷. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca önleyici azınlık, pay sahipliğinden doğan oy hakları ile hakimiyetin sağlanmasında, olumsuz bir etkiye sahip olacağı için dikkate alınacaktır³²⁸.

1.2.1.1.6.3. Oy Sözleşmesi

Oyun önceden belirlenen doğrultuda kullanılması ya da kullanılmaması borcu doğuran oy sözleşmeleri³²⁹, kullanılabilir oyun hesaplanmasında Alman hukuku öğretisinde bir görüşe göre dikkate alınamaz³³⁰. Çünkü sözleşmeyle bağlı olan pay sahibi her hâlükârda borcuna aykırı olarak oy kullanabilir. Diğer bir görüş ise alacaklı lehine bu sözleşmeye konu olan payların da oy içerisinde sayılacağını kabul etmektedir³³¹. Türk hukukunda bu tartışmaya, TTK 195/3 (a-3) göz önüne alındığında, önem atfetmek imkanı değildir³³². Çünkü bu madde hükmünden oy sözleşmesine konu olan paylardan doğan oyların da hakimiyetin tespitinde dikkate alınacağı

³²⁶ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 644.

³²⁷ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 17 Rn. 25; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 125. Ayrıca bkz. Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 44.

³²⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 125.

³²⁹ Moroğlu, s. 3.

³³⁰ Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 13.

³³¹ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 16 Rn. 25; Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 48. Karş. Altay, s. 371.

³³² Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 643; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 292; Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 16, Altay, s. 369.

anlaşılmaktadır. Burada Alman hukuku ile Türk hukukunda benimsenen sistem farklılığı yeniden karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de Türk kanun koyucusu, tek elden yönetimin fiili olarak kullanılmasını değil, geniş anlamda kontrol üzerinden hakimiyet olanağının kurulmasını burada yeterli görmüştür³³³. Nitekim kanun, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunmasını hakimiyet yönünden kesin karine olarak değerlendirmektedir³³⁴. Ancak tam tersi durumda, örneğin çoğunluk pay sahibinin paylarının önemli bir kısmını konu alan oy sözleşmesiyle kendini yükümlü kıldığı olasılıkta, TTK 195/3 (a-3)'ün mefhum-u muhalifinden, sözleşmeye konu oy hakları, kullanılabilir oy kapsamı dışına çıkarılamaz. Aksi takdirde, kesin karinenin amacına aykırılık söz konusu olacaktır³³⁵.

Burada tartışılması gereken en önemli husus, oy sözleşmesine dayanarak, diğer pay sahipleriyle birlikte şirketin hakimiyet altında tutulması halinde, hakimiyeti sağlayanın belirlenmesidir. Bu itibarla, oy sözleşmesine dayalı ortak hakimiyet durumunda, hakimiyeti sağlayan hakim şirketlerin birlikte bir adi şirket olarak değerlendirilmesi mümkün olduğu gibi, hakim şirketler ayrı ayrı da değerlendirilebilmektedir. Diğer bir deyişle, burada sorulması gereken soru şudur: Birlikte, ortak hakimiyet denildiğinde oy sözleşmesinden doğan bir adi şirket mi vardır, yoksa bağlı şirketin birden çok ana şirketi (*Mehrmutter*) mı vardır? Kanun koyucu, bu soruyu öğreti ve yargı kararlarına bırakmıştır³³⁶. Türk öğretisinde, *Okutan Nilsson*, adi şirketin bir bütün olarak sorumluluğunun burada söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir³³⁷. Yazara göre, tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket,

³³³ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 292.

³³⁴ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 15-16; Altay, s. 371.

³³⁵ Bayer, in MüKo zum AktG, AktG § 16 Rn. 41.

³³⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 150.

³³⁷ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 131. Benzer yönde, Altay, s. 372.

TTK m. 195'te geçen "ticaret şirketi" olarak nitelendirilemez. Ayrıca bu görüşe göre, bu "adi şirket", salt bağlı şirketin yönetimine dönük olup, üçüncü kişilerle dış ilişkilere geçemeyen bir iç ortaklık (*Innengesellschaft*) olarak TTK m. 195/5 anlamında teşebbüs de sayılamaz³³⁸; çünkü bu olasılıkta tek bir hakimiyet değil, paylaşılmış hakimiyet vardır. Ek olarak, yazar, her bir şirketin kendi menfaatini takip ettiğini ve bu nedenle ayrı ayrı hakimiyete bağlanan hükümlerin muhatabı olacaklarını kabul etmektedir³³⁹.

Öncelikle burada oy sözleşmesinden doğan yapının, adi şirket olarak değerlendirilmesinin önünde hukuken bir engel yoktur³⁴⁰. Burada çözüm, TTK m. 195/5'te öngörülen teşebbüs istisnasının amacında yatmaktadır. İlgili maddenin amacı, hakim şirketin kendi menfaatleri ile bağlı şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının menfaatinin çatışması durumunda, salt "sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri ve ehliyet" gerekçesinden etkilanmeksizin şirketler topluluğu hükümlerini uygulatabilmektir. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz üzere teşebbüsü istisna kılan neden, bu kavramın amaçsal olarak inşasında (*teleologischer Unternehmensbegriff*) yatmaktadır³⁴¹.

Alman hukukunda bir görüşe göre, oy sözleşmesinden doğan adi şirketin hakim teşebbüs olarak değerlendirilmesi için bu adi şirketin, teşebbüs istisnasının

³³⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 151.

³³⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 130-131, 151.

³⁴⁰ Moroğlu, s. 50; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 295, 296.

³⁴¹ Alman hukukunda bu amaçsal inşayı, kanun koyucu değil, öğreti yapmıştır. *Emmerich*'in ortaya koyduğu teleolojik işletme kavramı uyarınca, bir şirketin, kişinin ya da ehliyet sahibi olmayan bir topluluğun AktG §15 anlamında işletme olarak değerlendirilmesi, somut olaya uygulanacak konzerne hükmünün amacının ya bağlı işletmenin menfaatinin korunması ya da çok özellikli olarak hâkim işletmenin menfaatinin en ön planda yer alması durumlarında tartışılabilir. *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, AktG § 15 Rn. 8. *Koch*(/Hüffer)'un ifadesiyle, burada söz konusu olan hukukun düzenin, özne ya da nesne olarak tanıyıp tanınamaması değil o normun muhatabı olarak anlaşılıp anlaşılmayacağıdır. *Koch*, *Kommentar zum Aktiengesetz*, AktG § 15 Rn. 9. Amaçsal yaklaşım, BGH tarafından da sıklıkla başvuru olan yorum yöntemidir. Kararların detaylı olarak değerlendirmesi için bkz. *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, AktG § 15 Rn. 10 vd; *Bayer*, in *MüKo zum AktG*, AktG § 15 Rn. 10.

temelinde yatan menfaat çatışmasına yol açabilecek biçimde ayrı olarak başka dış hukuki ilişkilerde de ekonomik menfaat güdüyor olması gerekir. Yani salt oy çoğunluğunun kurulması ve iç ilişkide bağlı şirket üzerinde hükmedici etkinin yaratılması bu yönden yeterli olmaz³⁴². Ancak bu menfaat çatışması her hâlükârda, oy çoğunluğunun sağlanmasıyla kendi menfaatini güden iç ortaklar için mevcuttur³⁴³. O halde, burada artık sorun, hangi iç ortakların hükmedici etki kurma olanağını haiz olduğunun belirlenmesinde yatmaktadır³⁴⁴. Bu ortaklığın kurulması temelinde birbirine bağlı olarak varlık kazanan, örgütlenen menfaatler olduğu için hakimiyet tüm iç ortaklara isnat edilerek birlikte hâkim oldukları kabul edilecektir³⁴⁵. Alman hukukunda ileri sürülen ve bizim katıldığımız bir başka görüş uyarınca, böylesi bir iç ortaklıkla hükmedici etkide bulunma olanağının varlığı, iç ortakların farklı yönlerde etkide bulunma imkânının olmamasına bağlıdır³⁴⁶. Buna ek olarak iç ortaklık teşebbüs istisnası gereği tek başına hâkim olarak değerlendirilse dahi iç ortaklığın ayrı bir kişiliği olamayacağı için muhakkak hakimiyetin iç ortaklara yükletilmesi gerekecektir³⁴⁷. Bu yükleme aşamasında ise esas olan baskın konumda bir iç ortak olup olmadığıdır ve bu yükleme sonucunda da artık iç ortaklık değil ya baskın konumda olan iç ortak tek başına ya da tüm iç ortaklar birlikte dolaylı olarak hakimiyeti sağlamış kabul edilecektir³⁴⁸. Ancak yeniden altı çizilmelidir ki iç ortakların birbirinden farklı davranabildiği olasılıkta bir hakimiyetten bahsetmek olanaklı olmayacaktır³⁴⁹.

³⁴² Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 18 Rn. 13; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 15 Rn. 20.

³⁴³ Grigoleit, Kommentar zum AktG, AktG § 15 Rn. 35.

³⁴⁴ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 15 Rn. 20a.

³⁴⁵ Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 15 Rn. 20b.

³⁴⁶ Grigoleit, Kommentar zum AktG, AktG § 15 Rn. 34.

³⁴⁷ Grigoleit, Kommentar zum AktG, AktG § 15 Rn. 34-35.

³⁴⁸ Grigoleit, Kommentar zum AktG, AktG § 15 Rn. 35.

³⁴⁹ Grigoleit, Kommentar zum AktG, AktG § 15 Rn. 35.

**1.2.1.2. Şirket Ana Sözleşmesi Uyarınca Yönetim Organında Karar
Alabilecek Çoğunlukta Üyenin Seçimini Sağlayabilme
Hakkından Doğan Hakimiyet**

Oy hakkının çoğunluğundan farklı olarak bu hakimiyet aracında söz konusu olan, şirket ana sözleşmesindeki özellikli ya da belirli düzenlemelerden doğan haklar yoluyla hakimiyetin sağlanmasıdır³⁵⁰. Bu hakimiyet aracının özelliği, belirli yönetim kurulu üyelerinin, diğer üyelerin etkisini dikkate almaksızın, şirketi yönetme imkanına sahip olmasıdır³⁵¹. Burada ilk akla gelen, TTK m. 360 hükmüdür. Çünkü belirli bir grubu oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlığa sağlanan temsil hakkı, şirket yönetiminde kontrol sağlanmasında oldukça elverişlidir. Nitekim TTK m. 360/2, temsil edilme hakkı tanınan payların, grup imtiyazı oluşturduğunu da açıkça düzenlemiştir.

Kanunda yer alan “karar alabilecek” nitelemesi, nitelikli bir çoğunluğun söz konusu olduğunu göstermektedir³⁵². Bu belirlemenin önemi, şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulunda karar alınması için bir oranın gösterilmiş olması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TTK m. 390/1 c. 1, toplanmaya ilişkin yeter sayı ve karar yeter sayısını salt çoğunluğa bağlamıştır. Öncelikle ilgili oranların şirket ana sözleşmesinde kararlaştırılıp karşılaştırılmadığına bakılır. Sonrasında bir bütün olarak tüm üyelerin sayısının oranına bakılarak bu oran belirlenir³⁵³.

³⁵⁰ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 16; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 645; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 297.

³⁵¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 727; Altay, s. 374; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 299.

³⁵² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 727; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 297.

³⁵³ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 645; Tekinalp, Kontrol İlkesi, S. 1555; Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 297.

İmtiyazlı pay, tek bir pay sahibindeyse ve bu pay sahibi, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleyebiliyorsa tespate ilişkin bir sorun yoktur. Ancak birden fazla pay sahibi yönünden, imtiyazlı paydan söz ediliyorsa, hakimin kim olduğunun belirlenmesi sorun teşkil etmektedir. Türk öğretisinde, *Okutan Nilsson*, yukarıda oy sözleşmesi bahsinde olduğu gibi bu halde de tüm pay sahiplerini, birlikte, ortak hakim olarak nitelendirmektedir. Ancak ilgili görüş, *Gündoğdu* tarafından eleştirilmiştir. *Gündoğdu*'ya göre, bir imtiyaz grubunda birden fazla pay sahibi eğer oy birliğiyle karar alabiliyorsa, artık burada, ayrı ayrı pay sahiplerinin kurduğu birlikte hakimiyetten değil; bir adi şirketin kurduğu hakimiyetten bahsedilebilir. Burada özellikle bu birlikteliğin, adi şirket oluşturup oluşturmadığına dikkat edilmesi gerekir. Bu değerlendirmeler *Gündoğdu*'ya göre, önceden belirlenemez; ancak somut olay yönünden, kurulan ilişkiye bakılarak hakimiyetin tek başına mı yoksa birlikte mi olduğu değerlendirilebilir³⁵⁴.

İmtiyazlı pay sahibi, yönetim kurulu üyelerini belirleyebiliyorsa, şirket ana sözleşmesinin geri kalan yönetim kurulu üyelerine veto hakkı tanıyıp tanımadığı önem arz etmeksizin, bu imtiyazlı pay sahibinin hakimiyeti sağladığı kabul edilecektir. Bunun nedeni, genişletilmiş kontrol kavramına dayanan hakimiyet sistemine kurulmuş olan TTK uyarınca şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması için, hükmedici etkinin uygulanması olanağının yeterli görülmesidir³⁵⁵. Bu yönden veto hakkı göz önüne alınmaz. Buna karşılık eğer imtiyazlı pay sahibinin belirleyeceği üyeler dışında kalan üyelerin yönetim kurulu kararlarının alınmasında mutlak onayı aranıyorsa artık

³⁵⁴ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 301.

³⁵⁵ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 303. Aksi yönde bkz. Tekinalp, Kontrol İlkesi, s. 1555.

hükmedici etkide bulunma olanağından bahsedilemeyeceği için TTK m. 195/1 (a-2) yönünden hakimiyetin sağlanmadığı kabul edilecektir³⁵⁶.

1.2.1.3. Payların Çoğunluğundan Doğan Hakimiyet

Hakimiyet, TTK m. 195/1'den farklı olarak TTK m. 195/2'de pay sahipliği haklarından değil, doğrudan pay sahipliği yani iştirakten doğmaktadır. Kural olarak, sermaye şirketlerinde ölçülülük ilkesi gereğince “ne kadar iştirak, o kadar oy hakkı” denilebilmektedir. Fakat buna rağmen, bir pay sahibi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasına karşın şirkette hakimiyetini sağlayamayabilir. Yine de kanun koyucu bu durumda, pay sahibinin, TTK m. 196/1 ve TTK m. 196/3 uyarınca hesaplanan pay çoğunluğuna sahip olması nedeniyle fiili olarak hakimiyeti sağlayabilme olanağını göz ardı etmemiştir³⁵⁷. Buna ek olarak kanun koyucu, pay çoğunluğundan doğan bu hakimiyet türünün değişkenliğini de hesaba katarak, bunu bir adi karine olarak değerlendirmiştir³⁵⁸.

Bu kural, özellikle, azınlık pay sahibi olunmasına rağmen hakimiyetin sağlanması noktasında önem arz etmektedir. Çünkü TTK m. 195/2, “yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına” sahip olma durumunda da hakimiyetin karineten kabulünü düzenlemiştir³⁵⁹. Bu durumla özellikle halka açık şirketlerde,

³⁵⁶ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 303. Aksi yönde bkz. Tekinalp, Kontrol İlkesi, s. 1555.

³⁵⁷ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 16; Oy hakkında imtiyaz, oy sözleşmesi, yönetimde imtiyaz, oy hakkına üst sınır tanınması gibi pay sahipliği hakları üzerinden hakimiyeti kurmada engelleyici rol oynayan kurumlar nedeniyle pay çoğunluğu dikkate alınmaktadır. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 132-133.

³⁵⁸ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 15-16.

³⁵⁹ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 15-16. Alman hukukunda azınlığın hakim şirket olarak kabul gördüğü durumlara bakıldığında özellikle bağlı işletmenin personel politikasında sürekli olarak tek başına etkide bulunma olanağı, yönetim kurulundaki egemen pozisyonu ve esas sözleşmede bu azınlığa tanınan haklar rol oynamaktadır. Detaylı değerlendirme için bkz. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 17 Rn. 18-21.

azınlık olarak karşımıza çıkabilen belirli pay grupları sahiplerinin, genel kurulu kontrol etme olanağı bulup, şirket üzerinde hükmedici etkide bulunabilmesi durumunda karşılaşılmaktadır³⁶⁰. Bu halde de fiili durum belirleyicidir. Pay sahibi, elinde bulundurduğu payların, şirketin karar alma mekanizmasını, işleyişini ve faaliyetlerini yönlendirme konusunda yetersiz olduğu veya yönetim organını nitelikli olarak şekillendirme olanağının bulunmadığını ispatlayarak hakimiyete bağlı sonuçlardan kurtulabilecektir.

1.2.2. Sözleşmeden Doğan Hakimiyet

1.2.2.1. Hakimiyet Sözleşmesi

TTK m. 195/1 (b) uyarınca, bir şirket, diğer bir ticaret şirketi üzerinde sözleşmeye dayalı olarak hükmedici etkide bulunabilir³⁶¹. Kanun koyucu, TTK m. 195 kapsamında hangi sözleşmeleri kastettiğini TTK m. 198/3'te "hakimiyet sözleşmesi" ifadesiyle açıklığa kavuşturmuştur. Ayrıca Gerekçe'den, Alman hukukunda §15 AktG anlamında bağlı işletmeler yönünden anlaşılan hakimiyet sözleşmelerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, TSY m. 106/1 hakimiyet sözleşmesini tanımlamıştır. Tanımda esaslı unsur olarak " *taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisi*"nin altı çizilmiştir³⁶². Ayrıca, hakimiyet sözleşmesine ilişkin şekil şartı, TTK m. 198/3, TSY

³⁶⁰ Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998 S. 697; Kanun gerekçesinde yer alan "çoğunluk etkisini haiz oranda pay sahipliği" ifadesinin açıklaması için ayrıca bkz. Altay, s. 382.

³⁶¹ Aytaç, YK Üyelerinin Sorumluluğu, s. 16; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 639; Altay, s. 380.

³⁶² Ayrıca bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 639.

m. 106/2'de³⁶³; genel kurul onayı, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 30 (h)'de düzenlenmiştir.

Burada ayrıca, Türk hukukunda hakimiyet sözleşmesinin pratikte uygulama bulup bulamayacağı ve bağımlılığa yani şirketler topluluğunun oluşumuna yol açıp açmayacağıının da tartışılması gerekmektedir. Türk hukukunda hakimiyet sözleşmesi yönünden üç ana sorun başlığı bulunmaktadır: (i) Bağlı şirketin pay sahipleri yönünden yeterli koruma mekanizmasının düzenlenmemesi, (ii) TTK m. 340 uyarınca emredici kurallara aykırılık sorunu ve (iii) sermaye şirketlerinde ekonomik amaç koşulunun bu sözleşmeler yönünden sağlanıp sağlanmadığı.

Gerekçe'de AktG'ye atıf yapan kanun koyucu, TTK'da, AktG'nin aksine sözleşmenin nasıl gerçekleştirileceği, nasıl raporlanıp incelenmesi gerektiği ya da nasıl ilan edileceği konusunda, bağlı şirketin pay sahipleri ve alacakları yönünden düzenlemede bulunmamıştır. Öncelikle, AktG'nin hakimiyet sözleşmesi ve diğer işletme sözleşmelerini düzenlenmesinin temelinde yatan kaygı, hakim şirketin pay sahipliği dışında kalan, bağlı şirketin pay sahiplerini (*ausstehende Aktionäre*) korumaktır³⁶⁴. Salt bu korumanın AktG'nin öngördüğü usulde sağlanmaması sözleşmenin geçersizlik nedenini oluşturmaktadır³⁶⁵. Her ne kadar TTK m. 202/1 (b) pay sahipleri yönünden denkleştirme ve TTK m. 202/2 yönünden satma hakkını

³⁶³ Yazılı yapılacak olan sözleşme ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. Ayrıca bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 641.

³⁶⁴ Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 1; Grigoleit/Servatius, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 5. Aksi yönde Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 20.

³⁶⁵ Van Rossum, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 304 Rn. 175; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 304 Rn. 76; Grigoleit/Servatius, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 304 Rn. 6; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 304 Rn. 20.

düzenlemiş olsa da, atıf yapılan AktG'nin öngördüğü korumanın yanında bu kurumlar oldukça yetersizdir³⁶⁶.

TSY düzenlemesi uyarınca, hakimiyet sözleşmesi, alacaklı tarafa, bir şirketin üst düzey yönetimine³⁶⁷ ilişkin talimat verme yetkisi vermektedir. Ancak TTK m. 375/1(a) uyarınca, “*şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi*”, şirketin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkisidir. Bu kapsamda kanun yalnızca “tam hakimiyet” yönünden bir istisna öngörmüştür. Bunun dışında tarafların kanunun düzenlediği bu istisnaya sözleşmeyle ulaşmaları olanaklı değildir³⁶⁸. Bununla birlikte, Türk hukukunda ilgili yönetmelik bu işlemin genel kurul onayı ile yapılacağını hükme bağlamaktadır. Ancak TTK m. 340 hükmü uyarınca emredici hükümlere yönelik yasak dikkate alındığında³⁶⁹, genel kurulun TTK m. 375/1(a)'nın emredici niteliğine aykırı olarak yetkisini kullanabileceği düşünülemez. Kanun koyucunun özellikle anonim şirketler için öngördüğü yapı düşünüldüğünde,

³⁶⁶ Altmeppen, in MüKo zum AktG, AktG § 291 Rn. 76,77. Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 3. İlgili tespit için bkz. Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 311.

³⁶⁷ Üst düzey(de) yönetim ise “*şirketin stratejik hedeflerinin tayini, bu hedeflere ulaşmayı sağlayacak araçların belirlenmesi ve anılan hedeflerin takibi sürecinde yönetimle görevli organların kontrolü*” olarak tanımlanmaktadır. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 541.

³⁶⁸ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 313; Aksi yönde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 733 vd; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 137; Pulaşlı, Şerh C. I, s. 165. Aksi yöndeki görüşler içerisinde Pulaşlı, “*hakimiyet sözleşmesiyle şirketler topluluğu oluşturulmasının, şirketin temel ilişkilerine müdahale anlamına geleceğini*” belirtmekte ve bu durumu “*olağan dışı bir hadise*” olarak nitelendirerek, genel kurul onayının alınacağını ifade etmektedir.

TTK m. 375/1 (a) mehz kuralı Art. 716a Abs. 1 OR yönünden, konzerni değerlendiren Bühler, bu madde karşısında “konzern paradoksu” (*Paradoxon des Konzerns*) başlığı altında şu değerlendirmede bulunmaktadır: “*Emredici olarak üst düzeyde yönetim görevini devredilemez ve vazgeçilemez olarak belirleyen Art. 716a, öğreti ve pratik tarafından geliştirilen ve yavru şirketin, ana şirketin organları tarafından yönetilerek ana şirketin tek elden yönetimi altına girmesini şart koşan konzern kavramıyla tam bir uyum içinde bulunmaz. Art. 716a'nın açıkça (üst düzey yönetimden feragati) yasaklamasına rağmen, konzernin vücut verdiği fenomenle, bir şirketin tahakküm altına alınması ve böylece yönetim kurulunun, diğer bir şirketin yönetimi altına alınması 'kendiliğinden anlaşılır' olarak açıklanmaktadır.*” Bühler, in Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, OR Art. 716a N. 151.

³⁶⁹ TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri kural olarak emredici kabul edilmektedir. Bu nedenle, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesi geçerlidir. Şehirali Çelik, F. (Kırca, İ./Manavgat, Ç.): Anonim Şirketler Hukuku Cilt I – Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 157.

Türk hukukunun hakimiyet sözleşmesine nasıl geçerlilik tanıyacağı oldukça şüphelidir³⁷⁰.

Koruma mekanizmasındaki eksikliğe ve anonim şirket düzenlemeleri yönünden dile getirilen hukuki belirsizliğe ek olarak, TTK m. 331 karşısında hakimiyet sözleşmesinin nasıl değerlendirileceği apayrı bir sorun oluşturmaktadır³⁷¹. Hakimiyet sözleşmesi ve özellikle işletme sözleşmelerinde, bağlı şirket, hakim şirketin ekonomik amacına hizmet etmektedir. Burada sorun oluşturan ekonomik bağımlılık değildir. Sorun, bağlı şirketin, kendi kazancını değil, hakim şirketin kazancını öncelemeye dair taahhütte bulunup bulunamayacağıdır³⁷². Amaç maddesi karşısında bu taahhütte bulunulmasının oldukça güç olduğu söylenebilir. Bu üç sorunlu alan karşısında, kanun koyucunun hakimiyet sözleşmesi ve diğer işletme sözleşmelerini kapsayan bir düzenleme yapmasının uygun olduğunu söylemek gerekir³⁷³.

³⁷⁰ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 314. Aksi yönde Tekinalp, talimatların hem yönetim kurulu hem genel kurulu bağlayıcı etkide olduğunu ve fakat bu organların görevlerini ve yetkilerini devretmediğini savunmaktadır. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 641, 646. Ancak Altay'ın altını çizdiği üzere burada *“ortaklığın kendi iç irade oluşum sureci işletilerek meydana getirilen”* bir irade yoktur; *“bu iradenin yerine yabancı bir irade olan hakim irade geçmektedir”*. Altay, s. 380.

³⁷¹ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 309.

³⁷² Amaç yönünden değerlendirme için bkz. Pulaşlı, Şerh C. I, s. 166, dn. 26.

³⁷³ Genel kurul onayına ilişkin kanuni düzenlemenin gerekliliği için bkz. Pulaşlı, Şerh C. I, s. 165, dn. 22. Nitekim, hakimiyet sözleşmesinin hukuki niteliği dikkate alındığında, TTK'da bu sözleşme tipinin ya da tiplerinin düzenlenmesi gereği ortaya çıkacaktır. Hakimiyet sözleşmesi, örgüt (organizasyon) sözleşmesi (*Organisationsvertrag*) olarak değerlendirilmektedir. Çünkü borçlandığı sermaye şirketinin ekonomik ve hukuki yapısını değiştirmektedir. Bu sözleşme sonucunda, esas sözleşme ve pay sahipleri için geçerli olan kuralların yerini, hakimiyet sözleşmesinin türüne göre sözleşme ve kanun hükümleri almaktadır. Yasal bir düzenlemenin yapılması, bu sözleşmenin doğası gereği zorunlu görmektedir. Hukuki nitelendirmeye ilişkin bkz. Altmeppen, in MüKo zum AktG, AktG § 291 Rn. 27; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 25; Grigoleit/Servatius, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 304 Rn. 22 vd.; Koch, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 17.

1.2.2.1. Diğer Sözleşmeler

1.2.2.1.1. Genel Olarak

Hakimiyet sözleşmesinin yanı sıra kontrole dayalı hakimiyete kaynaklık edebilecek diğer sözleşmeler, kazanç devri (kârın nakli) ve işletme yönetimi sözleşmesidir. Bu sözleşmeler de hakimiyet sözleşmesi gibi TTK'da düzenlenmemiştir. Ancak ilgili sözleşmeler, yürürlükteki Alman hukukunda hakimiyet sözleşmesiyle beraber § 291 Abs. 1 AktG'de aşağıdaki biçimde düzenlenmiştir:

“İşletme sözleşmeleri, sermaye şirketi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, kendi yönetiminde başka bir işletmenin tahakkümü altına girmesini sağlayan (hakimiyet sözleşmesi) ya da tüm kazancının başka bir işletmeye devredilmesi yükümlülüğü doğuran (kazanç devri sözleşmesi) sözleşmelerdir. Sermaye şirketinin ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, kendi işletmesini başka bir işletmenin hesabına yönetmesi sorumluluğunu üstlendiği sözleşme de tüm kazancın devrine ilişkin sözleşme sayılır.”

Diğer sözleşmeler başlığı altında, kazanç devri ve işletme yönetimi sözleşmesi, içeriği ve hakimiyete nasıl kaynaklık ettiği yönünden Alman hukuku ile karşılaştırmalı biçimde tartışmaya açılacaktır.

1.2.2.1.2. Kazanç Devri Sözleşmesi

Yürürlükteki Alman hukukunda yer alan tanım uyarınca³⁷⁴, kazanç devri sözleşmesiyle sermaye şirketleri bütün kazançlarını başka bir işletmeye devretmeyi taahhüt etmektedir³⁷⁵. Buna ek olarak ayrıca inceleyeceğimiz işletme yönetimi sözleşmesi de Alman kanun koyucusu tarafından § 291 Abs. 1 S. 2 AktG uyarınca kazanç devri sözleşmesi olarak kabul edilmiştir³⁷⁶. Kazanç devri sözleşmesiyle, bir taraf şirket kazancın devrini; karşı taraf ise bunun karşılığında kayıpları denkleştireceğini taahhüt eder³⁷⁷. Böylece, borçlu ile alacaklı arasında bu sözleşmeyle sürekli borç ilişkisi kurulmuş olur³⁷⁸. Alman hukukunda kazanç devri sözleşmesi, önemini vergi hukukunda gösterir. Çünkü en az beş yıllık süreyle bağitlanan ve bu süre içerisinde icra olunan bir kazanç devri sözleşmesi, sözleşmenin taraflarının kurumlar vergisi yönünden tek bir bütünlük (*körperschaftsteuerliche Organschaft*) olarak ele alınmasını gerektirir³⁷⁹. Böylece kar ve zararın hesaplanmasında, iki hukuken bağımsız tüzel kişilik, Alman vergi hukukunda, “bir” kılınarak ele alınmaktadır³⁸⁰. Alman vergi hukukundaki özelliğinin yanı sıra, kazanç devri sözleşmesi, Alman ticaret

³⁷⁴ İlgili tanımın tarihsel arka planı için bkz. Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 141-142.

³⁷⁵ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 68. Karş. Boyacıoğlu, s. 311.

³⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 173.

³⁷⁷ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 74.

³⁷⁸ Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 144; Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 74. Karş. Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 143.

³⁷⁹ Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 142; Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 68. Karş. Boyacıoğlu, s. 312. Türk hukukunda Silahşör, Alman hukukundaki bu sistemi “tek bünye sistemi” olarak adlandırmaktadır. Silahşör, M.: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Şirketler Topluluğunun Vergilendirilmesi, İstanbul 2021, s. 123. “Organlık ilişkisi” adlandırması için bkz. Boyacıoğlu, s. 312.

³⁸⁰ Silahşör, s. 129.

yaşamında şirketler topluluğu içerisindeki nakit havuzu (*cash-pooling*) sistemini daha da kolaylaştırmaktadır³⁸¹.

Türk hukukunda, kanun koyucu, doğrudan kazanç devri sözleşmesini düzenlememekle birlikte TTK m. 202/1(a)'da "*hâkim şirket, ... bağlı şirketi kârını ... aktarmaya yönelmez; meğerki, kayıp ... denkleştirilsin veya ... denk değerinde bir istem hakkı tanınsın*" düzenlemesiyle sözleşmedeki asli edim yükümlülüğünü tanıyarak kazanç devri sözleşmesine cevaz vermiştir³⁸². Ancak yukarıda hakimiyet sözleşmesi yönünden TTK m. 331 dahilinde yapılan tartışma, devir yönünden de geçerlidir³⁸³. Buna ek olarak Alman vergi hukukundaki "bir"leştirme, Türk hukuku yönünden geçerli olmadığı³⁸⁴ gibi nakit havuzu sisteminde de kazanç devri sözleşmesinin kolaylaştırıcılığı sermayenin korunması ilkesi yönünden³⁸⁵ tartışmaya açıktır³⁸⁶.

Kazancın devri sözleşmesini, kısmi kazanç devri sözleşmesiyle karıştırmamak gerekir³⁸⁷. Kısmi kazanç devri sözleşmesi, öncelikle adlandırmadan da anlaşılacağı üzere, kazancın belirli bir bölümünün ya da işletmeye dair tüm kazançların değil de öncesinde ferdileştirilmiş bir işletme bölümünün kazancının devrine ilişkindir³⁸⁸.

³⁸¹ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 68. Özdin, F.: "Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Organının Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, (Ed. Alışkan, M./ Mersin, B. U./ Sarıkaya, S.), s. 56 vd.

³⁸² 6102 sayılı TTK öncesine ilişkin değerlendirme için bkz. Boyacıoğlu, s. 315.

³⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm, 2. 2. 2. 2. Başka şirketin ekonomik amacı için şirketin kendisini araçsal kılmasına ilişkin karşı. Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 143.

³⁸⁴ Silahşör, M.: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Şirketler Topluluğunun Vergilendirilmesi, İstanbul 2021, s. 161.

³⁸⁵ Gürbüz Usluel, s. 294.

³⁸⁶ Özdin, F.: "Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Organının Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, (Ed. Alışkan, M./Mersin, B. U./Sarıkaya, S.), s. 59-60.

³⁸⁷ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 69. Karş. Altmeyen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 160.

³⁸⁸ Karş. Boyacıoğlu, s. 311.

Kazanç devrinin aksine, kısmi kazanç devri sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşme (*Austauschvertrag*) olup, edime uygun düşen bir karşı edim alacaklı tarafından taahhüt edilir³⁸⁹. Kazanç devri sözleşmesi, hakimiyet sözleşmesiyle de karıştırılmamalıdır³⁹⁰. Çünkü bu sözleşme tek başına, alacaklıya üst düzeyde yönetme ve talimat verme hakkı tanımaz³⁹¹. Buna ek olarak, Alman hukukunda hakimiyet sözleşmesinin aksine kazanç devri sözleşmesi, doğrudan hükmedici etkinin bulunduğu kesin karine teşkil etmez³⁹². Türk hukukunda benimsenen kontrole dayalı hakimiyet sistemi gereği hakimiyet sözleşmesi ile kazanç devri sözleşmesi arasında hakimiyetin kurulmasına kesin karine teşkil etmeme yönünden bir farklılık bulunmamaktadır³⁹³.

1.2.2.1.3. İşletme Yönetimi Sözleşmesi

Yürürlükteki Alman hukukunda yer alan tanım uyarınca³⁹⁴, işletme yönetimi sözleşmesinde, sermaye şirketi, tüm işletmesini kendi adına ancak başkasının hesabına yönetmeyi taahhüt etmektedir³⁹⁵. Burada kendi şirketini başkasının hesabına yöneten bağlı şirketin, kendi mi yoksa bu başkasının mı adına yönettiği önem arz etmez³⁹⁶.

³⁸⁹ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 69. Karş. Altmeppen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 160.

³⁹⁰ Karş. Boyacıoğlu, s. 313.

³⁹¹ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 70.

³⁹² Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 71.

³⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm, 2. 1.

³⁹⁴ İlgili tanımın tarihsel arka planı için bkz. Altmeppen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 171-173.

³⁹⁵ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 95. Karş. Altmeppen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 174.

³⁹⁶ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 95. Karş. Altmeppen, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 175.

İşletme yönetimi sözleşmesi, ivazsız sözleşme olup³⁹⁷, kazanç devri sözleşmesinden farkı kazanç ve kaybın öncelikle taahhütte bulunan şirketin uhdesinde belirttiği ve sonrasında hesabına yönetilene devredildiği dolaylı temsil ilişkisinde karşımıza çıkabilir³⁹⁸. Onun dışında, Alman kanun koyucusunun varsayımında da görüleceği üzere, işletme yönetimi sözleşmesi kazanç devri sözleşmesine benzemektedir³⁹⁹.

Bununla birlikte işletme yönetimi sözleşmesi ne hakimiyet sözleşmesi ne yönetim sözleşmesi (*management contract*, *Betriebsführungsvertrag*) ile benzemektedir⁴⁰⁰. Yönetim sözleşmesinde, yönetim, yönetilecek şirketin hesabına üstlenilir⁴⁰¹. Oysa işletme yönetimi sözleşmesinde, yönetilen şirketin kendisi başkası hesabına yönetilmektedir⁴⁰². Buna ek olarak, hakimiyet sözleşmesindeki üst düzey yönetim ve talimatta bulunma hakkı, aynı kazanç devri sözleşmesinde olduğu gibi işletme yönetim sözleşmesinde de alacaklıya tanınmamaktadır⁴⁰³.

³⁹⁷ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 97. Bu sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olup olmayacağı Alman hukukunda uygulanacak kanun kuralları ve sözleşmenin ticaret hukuku mu yoksa borçlar hukuku sözleşmesi mi olup olmadığı konusunda önem arz etmektedir. Alman hukuku yönünden bu tartışma için bkz. Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 98. İvazlı sözleşme olup olmayacağına yönelik detaylı tartışma için bkz. Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 184-187.

³⁹⁸ Karş. Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 96.

³⁹⁹ Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 173; Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 96.

⁴⁰⁰ Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 189, 192; Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 98. Türk rekabet hukuku öğretisinde hakimiyet ve yönetim sözleşmesinin birlikte değerlendirilmesi için bkz. Güven, s. 245.

⁴⁰¹ Erdem, E.: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, s. 65; Güven, s. 246; Özsu, s. 167.

⁴⁰² Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 192. Karş.

⁴⁰³ Altmeyden, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 291 Rn. 189.

1.2.3. Diğer Yollarla Kurulan Hakimiyet

TTK m. 195/1(b), yalnızca sözleşme yoluyla değil ayrıca başka yollarla da bir şirketin hakimiyet altına alınabileceğini öngörmüştür. “Başka yollar” ifadesi, gerekçeden yola çıkarak, (i) yapısal değişiklikler, (ii) ekonomik ilişkiler ve (iii) personel bütünleşmesi olarak üç biçimde değerlendirilebilir⁴⁰⁴.

Kanun koyucu Gerekçe’de yapısal değişiklikleri başka bir yolla hakimiyet kurma yöntemi olarak ele almıştır. Nitekim bu işlemlerin kendisini, hakimiyet aracı olarak tanımlamak olanaklı değildir. Ancak yapısal değişiklik yoluyla ilgili işletmede edinilen pay sahipliği ve pay sahipliğinden doğan haklar sonucunda hükmedici etki söz konusu oluyorsa, artık nitelendirmenin, “başka bir yolla” değil, “pay sahipliğinden doğan” hakimiyet olarak yapılması gerekir⁴⁰⁵.

Alman hukukunda ekonomik ilişkiler yoluyla hakimiyetin kurulması hakim öğreti tarafından olanaklı bulunmasa da Türk öğretisi, TTK m. 195/1 (b) hükmünden yola çıkarak bu ilişkilerin dikkate alınacağını ileri sürmektedir⁴⁰⁶. Ancak burada da belirli sözleşmelere (örn. lisans sözleşmesi) dayanan bir ekonomik ilişki kurulduğu unutulmamalıdır. Çok istisnai olarak belirli pay sahipliği haklarının da yan etkisiyle sırf ekonomik ilişki temelinde (*kombinierter Einfluss*) hakimiyetin sağlanabileceği söylenebilir⁴⁰⁷. Örneğin pay sahibinin azlık haklarından doğan etki, bu ekonomik ilişkiler çerçevesinde kullanılıp, tayin edilerek bir hakimiyet doğurabilir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 317.

⁴⁰⁵ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 318.

⁴⁰⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 646; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 142.

⁴⁰⁷ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 321.

⁴⁰⁸ Gündoğdu, Das türkische Konzernrecht, Rn. 321.

Esasen ekonomik ilişki yoluyla hakimiyetin kurulmasından anlaşılması gereken, kredi, tedarik ya da pazarlama ilişkisi temelinde karşı tarafa sağlanan ekonomik baskı potansiyelinin hükmedici etkide bulunma olanağını sağlamasıdır⁴⁰⁹. Kredi, tedarik ya da pazarlama ilişkisinin temelinde yatan sözleşme, hakimiyet, kazanç devri ya da işletme yönetimi sözleşmesi gibi tek başına hakimiyetin varlığına bir karine teşkil etmez⁴¹⁰. Ancak kredi, tedarik ya da pazarlama ilişkisinin temelinde yatan sözleşmeler öyle hükümler içerebilir ki, borçlu şirketin, alacaklıyla arasında örtülü olarak hakimiyet sözleşmesinin de yapılmış olduğunun kabulünü gerektirebilir⁴¹¹. Özellikle franchise ve tam zamanında tedarik sözleşmelerinde (*Just-in-Time-Liefervertrag*), hak sahibinin ilgili şirket üzerinde etkide bulunma olanağı, fiili olarak bağlayıcı biçimde talimat verme yetkisini de içerdiğini kabul etmeyi gerektirebilir⁴¹². Bu sözleşmelerde en sık gözlenen kriz durumlarında finansal ve personele dair üst düzey yönetim kararlarının alınmasında hak sahiplerine fiilen tanınan yönetime ilişkin karar alma yetkisidir⁴¹³. Ancak kanımızca bu halde hakimiyete kaynaklık eden tek başına ekonomik ilişki olmayacak aksine doğrudan örtülü yapılan bu hakimiyet sözleşmesi olacaktır. Salt ekonomik ilişki yoluyla hakimiyetin kurulması, çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin aşırı borçlanma sonucunda, ilgili kredi sözleşmesi alacaklısı esaslı yönlendirme ve kontrol haklarına sahip olmuş olabilir ve başka bir kredi verenle yeniden sözleşme yapmak olanak dahilinden çıkmıştır⁴¹⁴. Fakat bu örnek de sorunsuz değildir. Çünkü bu halde de münhasıran ekonomik ilişkiden

⁴⁰⁹ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 17 Rn. 29. Karş. Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 15.

⁴¹⁰ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 17 Rn. 29. Karş. Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 15.

⁴¹¹ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 24a.

⁴¹² Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 24b.

⁴¹³ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 24b.

⁴¹⁴ Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 24a.

doğan bir bağımlılık sonucunda kabul edilecek hakimiyetin olup olmadığı tartışmalıdır⁴¹⁵. Özellikle Alman Federal Mahkemesi bu soruya olumsuz yanıt vermektedir⁴¹⁶. Mahkemeye göre, salt ekonomik bağımlılık kaynaklı güç pozisyonları, hakimiyetin kurulmasında yeterli değildir⁴¹⁷.

2. Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda “Kontrol” Kavramı

2.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda “kontrol” kavramı, yoğunlaşmaların kontrolünde ve yavru teşebbüsün rekabet ihlallerinden ihlalde belirleyici hakim teşebbüsün cezalandırılması noktasında belirleyici olmaktadır.

Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi ve Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ uyarınca, bir birleşme devralma işleminin rekabet hukuku bağlamında yoğunlaşma, rekabet hukuku bağlamında birleşme devralma olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu işlemin “kontrolde” kalıcı değişiklik doğurması gerekmektedir. Bu itibarla, aşağıda detaylı olarak ele alınacak olan grup içi işlemler ve salt azınlık hakkı sağlayan hisse devirleri gibi kontrolde değişikliğe yol açmayan işlemler, rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma teşkil etmemekte ve Kurul iznini gerektirmemektedir.

⁴¹⁵ Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 17 Rn. 22. Karş. Emmerich, in Emmerich /Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG § 291 Rn. 16.

⁴¹⁶ BGHZ 90, 381; BGHZ 62, 193; BGHZ 121, 137.

⁴¹⁷ BGHZ 90, 381; BGHZ 62, 193.; BGHZ 121, 137. Benzer yönde Eyalet bölge mahkemeleri kararları için bkz. OLG Düsseldorf AG 2008, 859; LG Düsseldorf AG 2009, 873; OLG Karlsruhe AG 2004, 147.

AB rekabet hukukunda ise 20 Ocak 2004 tarih ve 139/2004 (AT) sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü (“Birleşme Tüzüğü” veya “Tüzük” olarak anılacaktır), birleşme (*Fusion*) işleminden (m. 3 f. 1 bent a) farklı olarak en kapsamlı düzenlemeyi kontrolün devralınmasına (*Kontrollerwerb*) ilişkin yapmıştır.⁴¹⁸ Tüzüğün 3. maddesinin 1. fıkrasının b. bendi, devralanlara ve devralma işleminin şekillerine yer verirken, 2. fıkra kontrol kavramını tanımlamıştır. Tüzük, “birleşme” terimiyle esasen pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yoğunlaşmaya işaret ederken, “kontrolün devralınması”nda eşitler arasındaki yoğunlaşmadan çok ast-üst benzeri biçimde konumlanmış olanlar arasındaki yoğunlaşmayı kastetmektedir⁴¹⁹.

2.2. Maddi Anlamda Kontrol Kavramı

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz (“Kontrol Kılavuzu”) kontrolü Tüzük ile aynı yönde tanımlamakta ve kontrolün hangi yollar ve araçlarla tesis edilebileceğini

⁴¹⁸ Bu kapsamda sadece Birleşme Tüzüğü m. 3 yönünden kontrol kavramı tartışılmaktadır. Bu kavrama paralel yönde yapılan bir diğer tartışmada hakim şirket ile bağlı şirket arasındaki kontrol ilişkisine yönelik yapılan rekabet hukuku ihlallerinden doğan ihlalin hakim şirkete isnat ölçütü olarak “kontrol”dür. AB hukukunda, şirketler topluluğu yönünden ekonomik bütünlüğün varlığı için belirleyici olan ölçüt, kendi hukuki kişiliğine rağmen kendi pazar davranışlarını özerk olarak belirleyemeyen, ana şirketin esaslı talimatlarını yerine getiren yavru şirketin varlığıdır. Von Laufenberg, s. 36; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 47. Bu ölçüt sonucunda, AB hukukunda şirketler topluluğunun bir bütün olarak teşebbüs kavramı içerisinde değerlendirilmesi, yavru şirketin özerklikten yoksunluğu üzerinden değerlendirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Von Laufenberg, s. 36 AB hukukunda, özerlikten yoksunluk, iki öge ile desteklenmektedir: “belirleyici etkide bulunma olanağı” ve “bu etkinin fiili kullanımı”. von Laufenberg, s. 36.

⁴¹⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 25; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 17.

açıklamaktadır⁴²⁰: “*Tebliğ’in 5. maddesinin 2. fıkrasında kontrolün ne şekilde ortaya çıkabileceği ve kim tarafından elde edilebileceği düzenlenmektedir. Tebliğ’e göre kontrol sağlayan araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarını oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir.*”⁴²¹ Kurul’un yaklaşımı da “ekonomik bütünlüğün özünde çıkar birliği olduğu, kontrolün ise sadece ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde bir araç niteliği taşıdığı” yönündedir⁴²².

AB hukukunda ise, bir kontrol tanımı bulmak mümkündür. Tüzük’te (Birleşme Tüzüğü m. 3 f. 2) yer alan tanıma göre, kontrol *bir teşebbüsün faaliyetlerinde belirleyici etki uygulama olanağıdır*. Görüldüğü üzere, bu tanım oldukça kapsayıcıdır. Kontrolün devralınması yoluyla yoğunlaşma, hukuki ya da fiili bir temelde gerçekleştirilebilir. Kontrolün, fiilen icra edilmesi ya da icranın ispatlanması gerekmemekte, kontrolün olanaklı görülmesi yeterli bulunmaktadır. Kontrol, tek bir teşebbüs tarafından (“tek kontrol”) ya da başka teşebbüslerle ortak olarak (“ortak kontrol”) sağlanabilir⁴²³. “Kontrolün devralınması” ölçütüyle AB hukukunda yoğunlaşmaların denetimi, salt niteliksel (*qualitativ*) ve birçok olası yoğunlaşma işlemini kavrayacak bir ölçüte dayandırılmıştır⁴²⁴. Bu ölçüt hem üye ülkelerin kavramlarından hem “*diğer hukuk dallarında yer alan kontrol kavramından bağımsız*

⁴²⁰ Aslan, s. 825 vd.; Daniş, s. 36; Erdem, s. 53; Gürkaynak, s. 283-284; Güven, s. 217 vd.; Özsu, s. 143 vd.

⁴²¹ Kontrol Kılavuzu, para. 7.

⁴²² Rekabet Kurulu’nun 07.02.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı kararı. Ayrıca Kurul’un yaklaşımı için bkz. Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 137, Ankara 2015, s. 50.

⁴²³ Türk hukukunda kontrolün türlerinin detaylı değerlendirmesi için bkz. Erdem, s. 55; Gürkaynak, s. 285; Güven, s. 247 vd.; Özsu, s. 152.

⁴²⁴ Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 11.

tutularak” yorumlanmaktadır (*Cementbouw*⁴²⁵ ve *Fortis/CGER*⁴²⁶).⁴²⁷ Bu ölçüt, önceden belirlenmiş kesin değerler üzerinden kontrolün devrini şekli olarak belirlemek yerine özerk ve esasa dayalı bir kontrol olanağı sağlar. Öyle ki, her bir olay temelinde, ilkin kontrolün devralınmasına ilişkin araçlardan bağımsız olarak, tüm hukuki ve fiili koşulların bütüncül değerlendirmesi yapılarak kontrole ilişkin bir sonuca gidilmektedir. Bu yönden Birleşme Tüzüğü m. 3 f. 2’nin, ilgili olayda daha fazla detaya inme imkanı vererek somut olay adaletini sağlamaya yönelik bir amaç taşıdığı söylenebilir⁴²⁸.

2.3. Kontrol Tanımının Merkez unsuru: Belirleyici Etki

Kontrol tanımının merkez unsuru, hedef teşebbüsün faaliyetleri üzerinde belirleyici etkidir. Belirleyici etki, bir işletmenin bir diğer işletmenin ticari kararlarının oluşumunu kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirmesidir⁴²⁹. Türk rekabet hukuku bakımından Tebliğ’de belirleyici etkinin tanımı yapılmamakla birlikte, Kılavuz’da kontrolün bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkanı veren araçlarla sağlandığı belirtilmektedir⁴³⁰. Nihai olarak belirleyici etki, somut olayın tüm hukuki ve fiili faktörlerini kapsayıcı bir bakış açısıyla tespit edilir⁴³¹. Bu bakış, Tüzük’ün m.

⁴²⁵ EuG Rs. T-282/02, Slg. 2006, II-319 Rn. 70 vd.

⁴²⁶ KOMM. 15.11.1993, M.342 Rn. 12.

⁴²⁷ Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 14.

⁴²⁸ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 27: Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 17.

⁴²⁹ Güven, Ş.: AT ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Birleşme Kontrolü, Ankara 2001 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 44.

⁴³⁰ Kontrol Kılavuzu, para. 11. Karş. Aslan, s. 826; Daniş, s. 37; Erdem, s. 42 vd; Gürkaynak, s. 284; Güven, s. 233-234; Özsu, s. 147 vd.

⁴³¹ Aslan, s. 825; Kayar, İ./ İlbasmış Hızlısoy, Ö.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Rekabet Kurumu, 06 Mayıs 2011, s. 70.

3 f. 1 b bendinde ve f. 2’de sayılan araçlardan hangisiyle kontrolün devralındığından bağımsızdır. Devralınan haklar ya da kullanılan araçlar yönünden esaslı olan soru, bunların devralana, hedef teşebbüsün şirket stratejisini belirleme ve kendi faydasını gerçekleştirme olanağı bahşedip bahşetmediğidir. Yani sonuçta, eğer bir belirleyici etkiden bahsediliyorsa, kontrol edilecek olan teşebbüsün kararlarında kendi iradesini özerk olarak tayin edemeyeceği tespit olunmaktadır. Bunun için, devralanın, hedef teşebbüsün gündelik işlemleri ya da alışlageldik ticari işlemleri üzerinde bir etkide bulunması gerekmez. Teşebbüse dair stratejik (esaslı) kararları belirleme olanağı⁴³² yeterlidir⁴³³.

Belirleyici etki hukuken oluşturulabileceği gibi, fiili koşulların oluşumuyla birlikte de ortaya çıkabilmektedir⁴³⁴. Avrupa Komisyonu kararlarında ilk durumda hukuki kontrolden; ikinci durumdaysa fiili kontrolden bahsetmektedir⁴³⁵. Hukuki etki, oy haklarının çoğunluğunu edinme veya herhangi bir iştirak olmaksızın⁴³⁶ salt sözleşme temelinde de kurulabilir⁴³⁷. Burada belirtilmesi gereken önemli bir konu da etki olanağının, o teşebbüsün ticari yaşamına dair olması gereğidir. Örneğin, devletin,

⁴³² Ayrıca bkz. KOMM. 30.7.1991, M.62 Eridana/ISI; 18.12.1991, M.121 Ingersoll-Rand/Dresser; 30.5.1991, M.10 ConAgra/IDEA.

⁴³³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 28; Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 17. Türk rekabet hukuku öğretisinde belirleyici etki yazarlar tarafından aşağıdaki gibi tanımlanmaktadır:

Aslan’a göre, “... bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs üzerinde onu yönetecek ve yönltecek (sevk edecek) hakimiyet”tir. Aslan, s. 834.

Erdem’e göre, “...bir teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün ticari politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilmesi”dir. Erdem, s. 53.

Gürkaynak’a göre, “...stratejik işletme kararları üzerinde belirleyici etkide bulunma hakkı”dır. Gürkaynak, s. 283.

Güven’e göre, “...bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu, kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkânı”dır. Güven, s. 235.

Özsu’ya göre, “...bir teşebbüsün, başka bir teşebbüsün yönetimi üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip olması veya fiilen uygulaması”dır. Özsu, s. 151.

⁴³⁴ Kayar, İ.: “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, Rekabet Kurumu, 4 Nisan 2003, s. 153.

⁴³⁵ KOMM. 7.3.1994, M.397 kn. 5 vd. Ford/Hertz.

⁴³⁶ KOMM. 24.2.1993 M.304 kn. 4 Volkswagen AG/V. A. G. (UK) Limited.

⁴³⁷ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 28.

kamusal menfaatleri korumak için kendi egemenlik yetkisini⁴³⁸ kullanarak edindiği etki olanağı ya da doğrudan etkide bulunması, kontrol teşkil etmez. Ancak bunun için devletin, tacir olarak değil, egemenliğin hamili olarak davranıyor olması ve öncelikli amacının ilgili teşebbüsün faaliyetleri üzerinde etkide bulunmak olmaması gerekir⁴³⁹.

2.3.1. Etkide Bulunma Olanağı

2.3.1.1. Genel Olarak

Kontrolün sağlanması için, belirleyici etkide bulunma olanağı yeterlidir. Bu nedenle, bu olanağın gerçekte kullanılıp kullanılmadığının ispatı gerekli değildir. Kılavuz, bu hususu şöyle dile getirmiştir: *“Kontrolün elde edilmesi açısından, teşebbüs üzerinde belirleyici etkinin gerçekten uygulamaya konulduğunu veya konulacağını göstermek gerekli olmayıp bu etkiyi uygulamaya koyma olanağını elinde bulundurmak yeterlidir.”*⁴⁴⁰ Alman öğretisi, bu nedenle, tüzüğün önleyici birleşme denetimi aracı (*Instrument der präventiven Fusionskontrolle*) olarak değerlendirmektedir⁴⁴¹. Esasında bu yaklaşım kanuna karşı hile olarak değerlendirilebilecek şu olasılığı elemektedir: Kontrol devralındıktan sonra, fiilen kontrolde bulunulmasını gereksiz kılmak üzere, kontrol edilecek teşebbüs, daha

⁴³⁸ Egemenlik ya da kamusal yetki ölçütü için bkz. Korkmaz, G.: “Rekabet Kurulu'nun Güncel Kararları Işığında Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu İşlem ve Eylemleri ile Bunlara Uygulanabilecek Yaptırımlar”, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2021 (Ed.: Sanlı, K. C./Alma, D./Tanlı, D.), İstanbul 2022, s. 465 vd. Ayrıca bkz. Güven, s. 261; Gürkaynak, s. 295.

⁴³⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 29.

⁴⁴⁰ Kontrol Kılavuzu, para 11. Ancak bu olanağın da ilgili araç ile sağlanmış, sağlanabiliyor olması gerekir. Bu olanağı sunmayan iktisaplar, belirleyici etkide rol oynamaz. Aslan, s. 835; Daniş, s. 37; Erdem, s. 53. Karş. Güven, s. 235; Özsu, s. 153-154.

⁴⁴¹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 30; Ebenroth/Rösler RIW 1994, s. 537.

kontrol öncesinden ilgili teşebbüsün tahakkümü altına girerek o teşebbüsün ekonomik istek ve faydasına uygun hareket etmeye başlayabilir. Eğer olanağın fiilen kullanılması, kontrol için gerekli kılınsaydı, bu olayda kontrolü devralan teşebbüsün kontrolü kullanmasına gerek kalmayacağından, bu olay grubu denetimin dışında kalacaktı⁴⁴². Ancak burada bir sorunun yanıtı gerekir: Etki olanağının sağlandığı konusunda ne ölçüde bir belirlilik gereklidir, kısacası hangi derecede bir olasılık, etki olanağının sağlandığının kabulü için yeterlidir? Bu sorunun yanıtı, kasıtsız ve/veya pasif olarak kontrolün devralınması bağlamında yanıtlanmaya çalışılacaktır.

2.3.1.2. Kasıtsız ve/veya Pasif Olarak Etki Olanına Sahip Olunması

Kasıtsız ve/veya pasif olarak kontrolün devralınmasında, devralan teşebbüsün kendi aktif davranışı olmaksızın ve üzerinde kontrol tesis edilmekte olan teşebbüste sahip olunan sermaye payı oranında bir artış gözlemlenmeksizin kontrolün edinilmesi söz konusudur. Önceden üzerinde kontrol tesis edilmekte olan teşebbüsün paylarının büyük çoğunluğunun sahibi olan teşebbüsün kendi paylarını halka arz etmesi durumunda, onun ardında yer alan çoğunluk pay sahibinin, kendi iradesi ve davranışı olmaksızın en güçlü konuma gelerek tek başına etkide bulunma olanağına kavuşması örnek olarak gösterilebilir. Komisyon, kasıtsız ve/veya pasif olarak kontrolün devralınmasında, etkide bulunma olanağının gerçekleştiğini kabul etmektedir⁴⁴³.

⁴⁴² Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 30.

⁴⁴³ KOMM. 12.3.2004, M.3330 RTL/M6. KOMM. 5.10.1992, M.157 Air France/Sabena. Aynı yönde Rekabet Kurumuna göre de “...devralanın sadece pasif konumda olduğu bir durumda da kontrol el değiştirmiş olabilir”. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, s. 4.

Alman öğretisinde, Komisyon'un bu değerlendirmesi, kasıtsız ve/veya pasif olarak kontrolün devralınmasına 3. maddeyi uygulamanın maddenin özünün, amacının dışına çıkmak olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁴⁴. Buna ek olarak öğretilerde bir görüş, etkide bulunma olanağının, varsayımsal olarak değil, fiilen etkide bulunmaya dair kesin kılınabilir bir olasılık yoğunluğuna ulaşması gereğini vurgulamaktadır⁴⁴⁵.

Esasen, yoğunlaşmaların kontrol edilmesinin altında rekabete dayalı serbest piyasa düzeninin korunması olduğu düşünülürse, hukuki belirliliğin en iyi biçimde sağlanması için, objektif olarak oluştuğu kabul edilebilen etki olanağının çok istisnai durumlarda “kontrolün devralınması” sonucuna götürmediğini, kural olarak kasıtsız ve/veya pasif olarak etki olanağına sahip olunmasının da “kontrolün devralınması” olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenmelidir. Burada ispat yükü, objektif kontrol olanağı elinde bulundurandadır⁴⁴⁶.

2.3.1.3. Pozitif ve Negatif Etkide Bulunma Olanağı

Etkide bulunma olanağı, pozitif yani icrai biçimde olabileceği gibi, veto hakkı örneklerinde görüldüğü üzere negatif de olabilir⁴⁴⁷. Kural olarak, belirleyici bir etkinin varlığı, pozitif (icrai) olarak diğer teşebbüsün stratejik kararlarını tayin etme olanağını şart koşmaktadır. Belirleyici etkinin kabulünde, Komisyon, özellikle ortak kontrol halleri için negatif etkiyi yeterli görmektedir (*Fiat/Chrysler*)⁴⁴⁸. Buna göre hedef teşebbüsün stratejik ekonomik kararların icrasını gerektiren işlemleri engelleme

⁴⁴⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 31.

⁴⁴⁵ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 31.

⁴⁴⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 32.

⁴⁴⁷ Kontrol Kılavuzu, para. 13. Karş. Aslan, s. 841 vd; Erdem, s. 56; Gürkaynak, s. 300; Güven, s. 244; Özsu, s. 153. 159.

⁴⁴⁸ KOMM. 24.7.2009, M.5518 Rn. 7.

olanağı, etkide bulunma olanağı oluşturur ve kontrolü sağlar. Kılavuz, bu hususu şöyle açıklamıştır: *“Belirli bir hissedara bir teşebbüste stratejik kararları belirleme yetkisi veren tek kontrolün aksine, ortak kontrolün özelliği iki ya da daha fazla ana şirketin önerilen stratejik kararları reddetme yetkisinden kaynaklanan kilitleme olasılığıdır.”*⁴⁴⁹ Veto hakları, stratejik bir etki sağlayabildiği sürece hem birlikte hem tek kontrolün kurulması için yeterlidir⁴⁵⁰. “Stratejik etki sağlayabildiği sürece” ibaresini ayrıca vurgulamak gerekir, çünkü veto hakları başlı başına negatif etkide bulunma olanağı anlamına gelmez⁴⁵¹. Örneğin, ortağa, ortak girişimin satımını ya da sona ermesini engelleme olanağı sunan veto hakkının tanınması Komisyon’un bir kararında (*Eridania/ISI*⁴⁵²), stratejik etki sağlayabilen bir hak olarak değerlendirilmemiştir⁴⁵³. Kılavuz ise, *“tipik olarak bütçe, işletme planı, önemli yatırımlar ya da üst yönetimin atanması gibi kararların”* stratejik karar niteliğinde olduğunu belirtmiş; önemli olanın, *“veto haklarının ortak girişimin gündelik ticari kararları değil stratejik ticari davranışları üzerinde belirleyici etki uygulayabilme imkânı vermesi olduğunun”* altını çizmiştir⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Kontrol Kılavuzu, para. 48.

⁴⁵⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 33.

⁴⁵¹ Daniş, s. 53; Erdem, s. 57; Güven, s. 236, 244; Özsu, s. 160.

⁴⁵² KOMM, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, Rn. 66.

⁴⁵³ Bu durumlarda azınlığı koruyan haklar ile kontrol kurucu haklar arasında bir ayrımın yapılması gerekmektedir. Örnek kararlar için bkz. KOMM. 31.5.2000, M.1898, Tui Group/GTT Holding; KOMM. 4.7.1998, M.1146 ABl. 1998 C 208/C, SHV Energy/Thyssen Klöckner Recycling.

⁴⁵⁴ Kontrol Kılavuzu, para. 53. Ortak girişim ve veto hakları arasındaki ilişki yönünden bkz. Aslan, s. 941 vd.; Erdem, s. 70 vd; Gürkaynak, s. 301; Güven, s. 276 vd; Özsu, s. 182 vd.

2.3.2. Etkide Bulunma Olanına İlişkin Örnekler

Genel olarak, belirleyici etki, şirketin yönetim, planlama ve politikasına yönelik esaslı konuları belirleyebilme olanağının varlığıyla birlikte oluşmuş kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Ancak belirleyici etki münhasıran hukuk odağında belirlenmez, bu etki daha çok teşebbüs yönetiminin fiili (ekonomik) alanlarına ilişkindir. Bu fiili alanlardaki etki sözleşmesel ilişkilerden ya da yararlanma haklarından doğabilir⁴⁵⁶.

Belirleyici etkide bulunma olanağının kabul edildiği örnekler değerlendirildiğinde, özellikle finansal planlamalarda (*Telefonica/CaixaBank/Santander*)⁴⁵⁷, kritik yatırımlarda veya pazara özgü köklü kararların alınmasında (*Daimler Benz/Carl Zeiss*)⁴⁵⁸ esaslı yetkilere sahip olmanın belirleyici etki olarak değerlendirildiği sonucuna varılmaktadır. Yürütme organının teşekkülünde karar yetkisine sahip olunması da belirleyici etkide bulunma olanağının mevcut olduğu anlamına gelebilmektedir. Nitekim Tüzük m. 3 f. 2 bent b'nin lafzına göre, bu organın oluşumunda etki sahibi olmak kontrol için yeterlidir. Ancak, talimat yetkilerinin (örneğin bir sözleşme ile) güvence altına alınmış olması, doğrudan doğruya ilgili teşebbüsün sevk ve idare edilmesiyle bir tutulmamaktadır⁴⁵⁹. Fakat her hâlükârda, tarafların aralarında yönetim kurulundaki oy haklarına ilişkin bir düzenleme varsa, bu düzenlemeden ötürü pozitif (icrai) ya da negatif (veto hakkı) anlamda belirleyici bir etkinin varlığından söz edilir (*Bayernwerk/Gaz de France*)⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ EuG 12.12.2012, Rs. T-332/09, ECLI:EU:T:2012:672 Rn. 96 vd. *Electrabel/Kommission*.

⁴⁵⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 34.

⁴⁵⁷ KOMM. 4.8.2013, M.6956, *Telefonica/CaixaBank/Santander*.

⁴⁵⁸ KOMM. 27.6.1995, M.598 *Daimler Benz/Carl Zeiss*.

⁴⁵⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 34.

⁴⁶⁰ KOMM., 1.7.1996 M.745, kn. 8 *Bayernwerk/Gaz de France*.

Bununla birlikte ticari işletmede salt gözetim olanağı sağlanması⁴⁶¹ ya da tipik azınlık haklarının kullanılması, belirleyici etkinin var olduğunun kabul edilmesi için yeterli değildir⁴⁶².

2.4. Kontrol Araçları

Türk rekabet hukukunda Birleşme Devralmalar Tebliği m. 5/2, kontrolün devralınması yollarına ilişkin olarak şu hükmü içermektedir: *“Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir.”* AB rekabet hukukunda Tüzük de, m. 3 hem f. 1 bent b’de hem f. 2’de kontrolün devralınması yollarına yer vermiştir. Hem Tebliğ hem de Tüzük, kontrolün devralınması yollarını sınırlı sayı ilkesine tabi tutmamış ve salt bu yollarla sınırlamamıştır⁴⁶³. Nitekim bu, Tebliğ’de m. 5/2’de “veya başka araçlar” ve Tüzük’te m. 3 f. 1 bent b’de “diğer yollar” ve f. 2’de yer alan “başka araçlar” ibarelerinin tercih edilmesinden de anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler, ekonomik olarak çeşitlilik arz edebilecek yoğunlaşma işleminin tüm çeşitlerini kapsam dahiline alma çabasının

⁴⁶¹ Gözetim olanağının, gözetim kurulu üzerinden teşebbüsün yönetimine de etki edecek oranda kazanılması durumunda kontrolün sağlandığı kabul edilecektir. Buna ilişkin bkz. Güven, s. 241-243.

⁴⁶² Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 36.

⁴⁶³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 43; Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 20.

ürünüdür⁴⁶⁴. Bu çabaya sadık kalarak, aşağıda payın devralınması, paya ilişkin opsiyon haklarının varlığı, malvarlığı değerlerinin devralınması, sözleşme ve diğer yollarla kontrolün devralınmasına değinilecektir.

Uygulamada devralmalar en çok pay devri biçiminde karşımıza çıkmaktadır⁴⁶⁵. Pay devri, çok çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilir. Pay satımı, takası ya da yapısal değişiklik sonucu, sermaye artırımını kapsamında pay devri bu biçimlere örnek gösterilebilir. Pay devri, borsa kanalıyla da gerçekleşebilir. Burada kontrol bakımından belirleyici olan payın hangi işlem ve yöntemle iktisap edildiği değil, bu iktisabın sonucunun ne olduğudur.⁴⁶⁶ Bir diğer deyişle, önemli olan, devralanın devraldığı pay sayesinde hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağını kazanmış olmasıdır⁴⁶⁷. Burada önem arz edenin, pay sahibi olmak değil, “oy hakkı bulunan pay sahibi olmak” olduğunun da altı çizilmelidir (*Clariant/Hoechst*)⁴⁶⁸. Kontrolün devralınması, bir teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün oy hakkı veren sermayesini çoğunluğunu edinmesi durumunda her hâlükârda kabul edilecektir (*BAI/Banca Popolare die Lecco*)⁴⁶⁹. AB Hukuku yönünden, hangi şirket türlerinde pay devri sonucunda etkide bulunma olanağının kurulduğunun tespiti ulusal hukuk ölçüsünde dikkate alınmaktadır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 43; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 25.

⁴⁶⁵ Kontrol Kılavuzu, para. 12: “Kontrolün devralınmasının en yaygın yolu, hisselerin veya varlıkların devralınmasıdır.” Karş. Aslan, s. 835; Daniş, s. 41; Erdem, s. 50 vd; Gürkaynak, s. 300; Güven, s. 236; Özsu, s. 154.

⁴⁶⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 44; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 25.

⁴⁶⁷ Güven, s. 236; Özsu, s. 155.

⁴⁶⁸ KOMM. 10.6.1997, M.911, ABl. 1997 C 238/15 Rn. 6.

⁴⁶⁹ KOMM. 20.12.1993, M.391, ABl. 1994 C 4/3 M.391

⁴⁷⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 45; Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 25.

Gelecekte yapılacak bir pay devri, belirleyici etkide bulunma olanağının olumsuz etkileyebilecektir. Bu itibarla, bir teşebbüs, hedef teşebbüsün paylarını devralmadan önce yapılmış bir sözleşme ile pay devri kararlaştırıldıysa, bu durum belirleyici etkide bulunma olanağı kavramına oldukça ters düşmektedir. Bu olasılık özellikle satım opsiyonu (*put option*) yönünden değerlendirilmelidir. Azınlığa tanınmış bir satım opsiyonu örneğinde, birlikte kontrolün gerçekten sağlanıp sağlanmadığı tartışma yaratır⁴⁷¹. Ancak belirtilmelidir ki, opsiyon hakkı *per se* belirleyici etkide bulunma olanağı anlamına gelmemelidir. Opsiyon hakkının belirleyici etki sağlayıp sağlamadığına yönelik değerlendirme, paydan doğan haklara ilişkin yapılan değerlendirmede olduğu gibi kontrol değişikliğinin kalıcılığı ve paya ilişkin sözleşmesel düzenlemenin teşebbüs yönünden yapısal anlamı yönünden sorgulamaya tabi tutulmalıdır⁴⁷².

Sözleşmeyle alım opsiyonunun (*call option*) tanınması kural olarak kontrolün devri kapsamında değerlendirilmez⁴⁷³. Payın devrinin koşulları opsiyon sözleşmesinde açıkça ortaya koyulmuşsa bile, bunun kontrolün devri olarak değerlendirilebilmesi için opsiyonun kullanılması ve nihai olarak yoğunlaşmanın gerçekleştirilmesi için opsiyon sözleşmesinden başka bir sözleşmenin yapılması gerekmektedir⁴⁷⁴. Yoğunlaşmanın denetimi bakımından, kural olarak, hangi zamanda opsiyon hakkının tanınmış olması, henüz opsiyon hakkı kullanılmadan dikkate alınmamakta, belirleyici etkinin varlığı yönünde yorumlanmamaktadır⁴⁷⁵. Ancak opsiyon hakkının kullanımı çok yakın bir gelecekteyse, bu durum kontrolün kurulduğuna ilişkin bir karine oluşturabilir⁴⁷⁶. Çok

⁴⁷¹ Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 35.

⁴⁷² Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 46; Aslan, s. 850.

⁴⁷³ Rekabet Kurulu'nun aynı yöndeki kararı için bkz. 13.06.2005- 05-39/529-130.

⁴⁷⁴ Mestmäcker/Schweitzer, § 25 Rn. 35.

⁴⁷⁵ Aslan, s. 850.

⁴⁷⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 47.

istisnai olarak, opsiyon hakkını sağlayan sözleşme, o opsiyonun tanındığı anda yani sözleşme anında kontrolün kurulduğunun kabulünü de gerektirebilir. Bu da aynı inançlı işleme dayalı hukuki ilişkide olduğu gibi, pay sahibinin ekonomik risklerini, sözleşme anında opsiyon alıcısına devrettiği noktada karşımıza çıkar. Bu olasılıkta da, opsiyon sözleşmesi, gelecekte pay iktisabının teminat altına alınması işlevini aşması ve kendisinden olağan olarak beklenmeyen bir işlev üstlenmektedir. Yani pay sahibi, çoktan ekonomik olarak tasarrufta bulunma hakkını opsiyon alıcısına sağlamış olmalıdır. Opsiyon alıcısı, sözleşme kurallarından kaynaklı olarak istediği zaman opsiyon hakkını kullanabiliyor ve böylece hedef teşebbüsün her türlü stratejik kararını kısa vadede aksi yöne kaydırıp değiştirebiliyor olmalıdır⁴⁷⁷. Bu halde artık, m. 3 f. 3 bent b’de yer alan “diğer yollar” ile kontrolün sağlandığı kabul edilecektir. Böylelikle kontrole ilişkin düzenlemelerin dolanılmasının önüne geçilmiş olur⁴⁷⁸.

Malvarlığı değerlerinin, yani parayla değerlendirilebilen varlık ve hakların, devralınması da Tebliğ m. 5 ve Tüzük m. 3 f. 1 bent b uyarınca kontrolün devralınması sonucu doğurabilir. Teşebbüsün bütün malvarlığının edinilmesinin yanı sıra, m. 3 f. 2 bent a, hedef teşebbüsün malvarlığının bir kısmı üzerindeki mülkiyet ve kullanım haklarının devrinin de kontrol sağlayabileceğini kabul etmiştir. Fikri haklar ve müşteri ilişkileri bu kapsamda değerlendirilebilir⁴⁷⁹.

Türk ve AB rekabet hukukunda; Tebliğ m. 5/2 ve Tüzük m. 3 f. 1 bent b’de anılan diğer bir kontrol aracı ise sözleşmedir. Bu kontrol aracında da esas olan sözleşmenin türü değil, bu sözleşmenin sağladığı etki ve özellikle ne ölçüde bir

⁴⁷⁷ Örnek için bkz. Rekabet Kurulu’nun 30.05.2020 tarihli 00-20/201-110 sayılı kararı.

⁴⁷⁸ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 48.

⁴⁷⁹ Aslan, s. 834; Daniş, s. 41; Erdem, s. 148-149; Gürkaynak, s. 300; Güven, s. 236; Özsu, s. 169; Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 49.

bağımlılık ilişkisi tesis ettiğidir. Sözleşmenin payın ya da malvarlığı değerlerinin devralınmasında olduğu gibi bir etki yaratabilmesi için, sözleşme teşebbüsün yönetimi ve kaynakları üzerinde kalıcı bir kontrolü sağlamalıdır⁴⁸⁰. Bu husus, Kılavuz'da şöyle ifade edilmektedir: *“Sözleşme aracılığıyla kontrolün sağlanması için, hedef şirket üzerinde ilgili sözleşmenin hisseler veya varlıkların devralınması halindekine benzer bir kontrole yol açması gerekmektedir.”*⁴⁸¹ Bu nedenle, sözleşmenin oldukça uzun süreli ve kural olarak sürekli bir borç ilişkisine yol açması gerekir. Haliyle burada belirleyici olan, fiilen ekonomik tasarrufta bulunma yetkisinin sözleşme sonucunda kazanılmış olup olmadığıdır⁴⁸².

Son olarak, kontrol kavramını düzenleyen kuralın, herhangi bir kural boşluğu içermemesi amacıyla, hem Tebliğ m. 5/2 hem de Tüzük m. 3 f. 1 bent b uyarınca Türk ve AB rekabet hukukunda diğer yollarla kontrolün devralınması da kontrol aracı olarak kabul edilmiştir. Burada özellikle ekonomik bağımlılığı sağlayan, franchise, lisans ve kredi sözleşmelerinden doğan hukuki ilişkilerin dikkate alınması gerekir. Bu hallerde kontrol aracı olarak sözleşme ile diğer yollarla kontrolün devralması kesişmektedir. Ancak burada kontrol aracını sözleşme değil de “diğer yol” olarak nitelemenin gerekçesi, sözleşmeden doğan taahhütlerin alışıldık biçimde ifasını aşan ölçüde ekonomik karar alma, kendini ekonomik olarak tayin edebilme özgürlüğünün kalıcı ve esaslı olarak sınırlandırılmış olmasıdır. Bu nedenle somut olayın koşulları değerlendirilerek sözleşmeden doğan borçlar ve onların ifası yönünden titizlikle bir inceleme yapılması gerekir⁴⁸³. Yoksa salt adı geçen bu sözleşmelerin varlığı, etkide

⁴⁸⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 49; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 27. Karş. Daniş, s. 42-43; Özsu, s. 163 vd.

⁴⁸¹ Kontrol Kılavuzu, para. 13.

⁴⁸² Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 27.

⁴⁸³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 55.

bulunma olanağının var olduğu anlamına gelmez. Ancak çok istisnai olarak, bir teşebbüsün kendi varlığını tehlikeye sokmaksızın, sözleşmesel ilişkiyi sona erdiremiyor olması kontrolün devralınması olarak değerlendirilebilmektedir⁴⁸⁴.

2.5. Kontrol Aracının Yöneldiği Hedef

Kontrolün devralınmasının, yani kontrol aracının yöneldiği hedef, kontrolün konusunu oluşturur⁴⁸⁵. Bu tanıma göre kontrolün konusunu, teşebbüs ya da teşebbüsün bir kısmı oluşturur. Ayrıca fikri haklar da konu teşkil edebilir⁴⁸⁶.

Tebliğ'in 5. maddesinde kontrolün, bir ya da daha fazla teşebbüsün tamamına veya bir kısmına ilişkin olabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde AB rekabet hukukunda da Tüzük m. 3 f. 1 bent b uyarınca kontrolün konusunu bir bütün olarak teşebbüs(ler) veya teşebbüsün/teşebbüslerin bir kısmı oluşturabilir. Buna paralel olarak, kontrol teşebbüsün malvarlığının bütününe ya da bir kısmını da hedefleyebilir. Ancak tek bir malvarlığı değerinin konu oluşturabilmesi, yani tek bir malvarlığı kısmı üzerinden etkide bulunma olanağıyla yoğunlaşmanın sağlanabilmesi için, söz konusu malvarlığı değerinin bir pazarda kendi varlığıyla hareket edebiliyor olması ve ona ayrı bir pazar cirosu özgülümlü olması gerekir (*Vattenfall/Elsam und E2 Assets*)⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 56. Türk rekabet hukuku öğretisinde diğer yol ya da sıklıkla fiili durumla sağlanan kontrol örneği olarak uzun süreli tedarik ya da satın alma anlaşmaları örnek olarak gösterilmektedir. Daniş, s. 43; Güven, s. 247; Özsu, s. 170-171. Aynı yönde bkz. Kontrol Kılavuzu, para. 14. Ancak bu durumda kontrol aracı fiili durum değil, sözleşmenin ta kendisi olmuş olacaktır. Detaylı açıkladığımız üzere fiili durumun kontrole kaynak oluşturması için ilgili sözleşmeyi aşan olguların tespiti gerekir. Yoksa ne tedarik ne satım sözleşmesi tek başına kontrole kaynak oluşturur. Nitekim öğretide Özsu, ilgili sözleşmenin “*yapısal bağlarla bir araya geldiğinde oluşan ekonomik bağımlılık hâli*”ni şart koşturmaktadır. Özsu, s. 170. Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 56.

⁴⁸⁵ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 58.

⁴⁸⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 58; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 24.

⁴⁸⁷ KOMM. 22.12.2005, M.3876 „*Vattenfall/Elsam und E2 Assets*“.

Malvarlığının bir kısmının konu teşkil edebilmesinde, niceliksel (*quantativ*) değil, niteliksel (*qualitativ*) bir değerlendirme yapılır. Önem arz eden sorular esasen şunlardır: Söz konusu malvarlığının bu kısmı, bir bütün olarak malvarlığı ile nasıl bir ilişki içindedir? Bu malvarlığı kısmı, pazarda kendine özgü ayrı bir kıymeti haiz midir⁴⁸⁸? Malvarlığı kısmına ilişkin ciro tartışmasında potansiyel ciroya bakılmaktadır. Yani, yoğunlaşmaya ilişkin sorgulamanın yapıldığı anda kesin bir ciro özgülümlüğü olmasa dahi niteliksel bir değerlendirmeyeyle bu cironun varlığının kabul edilmesi yeterlidir⁴⁸⁹.

Burada bahsedilmesi gereken başka bir konu da mülkiyetin devri konusunda eşya hukukuna mı bağlı kalınacağı yoksa fiili olarak o eşya üzerindeki tasarrufun kimin tarafından yapıldığına mı bakılacağıdır. Bu konuda, Tüzüğün kabul ettiği fiili ekonomik yoğunlaşma kavramı gereğince, (ulusal) eşya hukukuna dair koşullar gerçekleşmese dahi fiili, ekonomik tasarruf yetkisinin tanınması yeterli olarak görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, doğrudan tasarrufta bulunma yetkisi vermeyen rehin hakkının tanınması tek kontrol sağlamaz⁴⁹⁰.

Marka, patent ve telif haklarının devredilmesi yoluyla, kontrolün devrinde, devrin konusunu fikri ürünler oluşturur. Fikri ürünlerin ya da bunlara ek olarak diğer malvarlığı değerlerinin devredilmesinde, teşebbüsün bu malvarlığı değerleri üzerinden kontrolün sağlanması için, bu fikri ürünlerin münhasır lisanslanması söz konusu olmalı

⁴⁸⁸ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 59; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 24.

⁴⁸⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 59.

⁴⁹⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 60.

ve aynı anda bu fikri ürünler üzerinde ciro içerisinde değerlendirilebilecek faaliyetlerinde devredilmesi gerekir⁴⁹¹.

2.6. Kontrolde “Kalıcı” Değişiklik Unsuru

2.6.1. Genel Olarak

Kontrol kavramının bir diğer unsuru da belirleyici etkide bulunma olanağının “kalıcı” olmasıdır. Tebliğ’in 5. maddesi uyarınca rekabet hukuku anlamında bir birleşme veya devralma işlemi ancak kontrolde kalıcı değişiklik meydana getiren işlemleri kapsamaktadır⁴⁹². Bundan anlaşılması gereken, sürececek biçimde temin edilen kontrol ve buna bağlı olarak pazar yapısına ilişkin değişikliktir. Yani, belirleyici bir etkide bulunma olanağı, geçici koşullara ya da şirketlerin değişken koalisyonlarına bağlı olmamalı, en başından itibaren süreklilik (kesintisizlik) temin edilmiş olmalıdır (*Banco Santander/British Telecommunication*)⁴⁹³. Bu yönden kontrolde değişiklik unsuru, payların ve malvarlığın değerlerinin devralınması ile sözleşmeye dayalı anlaşmalar başlığı altında ikiye ayrılarak incelenebilir. Buna ek olarak ise çalışmanın

⁴⁹¹ Rekabet Kurulu’nun benzer yöndeki kararları için bkz. Rekabet Kurulu’nun 19.11.2004 tarihli 04-72/1044-258 sayılı; 15.1.2002 tarihli 02-02/19-4 sayılı; 27.6.2002 tarihli 02-41/472-198 sayılı kararları. Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 61. Bu konuda *Novartis/Grocery* kararına bakılabilir. Komisyon, henüz pazarda yer almayan ancak klinik olarak III. Fazda yer alan ilaçları geliştirme, üretme ve işletmeye ilişkin araştırma kaynaklarının (maddi ve fikri ürünlerin) devralınmasında kontrolün sağlandığını kabul etmiştir. Karara göre, devralanın makul bir süre içerisinde bu ilaçların pazara sunması beklendiği için belirleyici etkide bulunma olanağı gerçekleşmiştir. KOMM. 18.12.2015, M.7872 kn. 8 vd. Novartis/GSK (Ofatumumab Autoimmune Indications). Bununla birlikte *Netto/Grocery Store* kararında Komisyon, süpermarketin işletilmesi iznini de içeren biçimde ilgili taşınmazın devrinde, söz konusu işletmenin müşteri çevresini (şerefiye - goodwill) dikkate almamıştır. KOMM. 26.2.2016, M.7940 kn. 6 vd. *Netto/Grocery Store at Armitage Avenue Little Hulton*.

⁴⁹² Kontrol Kılavuzu, para. 21.

⁴⁹³ KOMM., 28.3.1994, M.425 kn. 21 *Banco Santander/British Telecommunications*. Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 63. Karş. Daniş, s. 43; Özsu, s. 171-172.

kapsamı dahilinde kontrolün kurulduğu değil de, kontrolün daha güçlendirildiği ya da kontrolün içerik (muhteva) olarak değişikliğe uğratıldığı hallerin ayrıca değerlendirilmesi yapılacaktır.

2.6.2. Payların ya da Malvarlığı Değerlerinin Devralınmasında Kalıcılık

Payların ya da malvarlığı değerlerinin devralınması, esasen tipik olarak kalıcılığı sağlayan işlemlerdir⁴⁹⁴. Ancak payların ya da malvarlığı değerlerinin alınması bir geçiş aşaması (*Durchgangsstadium*) teşkil ediyorsa artık kalıcılıktan bahsedilemez. Burada havuzlama (*pooling*) olarak adlandırılan işleme ayrıca değinmekte yarar vardır. Bu olasılıkta, bir veya genelde birden çok teşebbüsün diğer bir teşebbüsü, öncesinde çizilen bir plan doğrultusunda kendi aralarında paylaşırması söz konusudur⁴⁹⁵. Bu halde, Komisyon’a göre ilk işlemde, paylaşıma dair ikinci işlem, ilgili taraflar yönünden hukuken bağlayıcı şekilde taahhüt edilmişse ve kısa bir zaman içerisinde bu taahhütün ifasını gerçekleştirme olanağı varsa, bu ilk işlem bir yoğunlaşma olarak değerlendirilemez. Ancak Komisyon ikinci işlemi, yoğunlaşma olarak değerlendirebilmektedir⁴⁹⁶. Örneğin, ilk işlem, ikinci bir işlem olmaksızın ifa edilebiliyor (*UPM-Kymmene/Haindl*)⁴⁹⁷ ya da hedef teşebbüsün paylaşımı için

⁴⁹⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 64.

⁴⁹⁵ Havuzlamaya ilişkin yapılan açıklamalar “*Spinning*” ve “*Warehousing*” olarak adlandırılan işlemler yönünden de geçerli olabilmektedir. “*Spinning*”(patinajlama), bir teşebbüsün salt bir kısmının derhal elden çıkarılması için devralınmasıdır. Bu yönden havuzlamaya ilişkin açıklamalar, bu işlem içinde doğrudan doğruya geçerlidir. “*Warehousing*” (antrepoculuk, depoculuk) bakımından ayrıca bkz. KOMM. 19.9.2016, M.8006 Canon/Toshiba Medical Systems Corporation.

⁴⁹⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 65.

⁴⁹⁷ KOMM. 21.11.2011, M. 2498 UPM-Kymmene/Haindl.

oldukça uzun bir sürenin beklenilmesi (*Carlsberg/Holsten*)⁴⁹⁸ gerekmiyorsa artık Komisyon ilk işleminden itibaren yoğunlaşmayı denetleyebilmektedir⁴⁹⁹.

2.6.3. Sözleşmeye Dayalı Anlaşmalarda Kalıcılık

Sözleşme temelinde gerçekleşen anlaşmalara ayrı bir başlık açılmasının nedeni, bu hallerde kontrolde değişikliğin sağlanmasının kalıcı olup olmamasının tam olarak belirlenememesidir. Gerçekten de sözleşmeye dayalı olan anlaşmalar, kural olarak sınırlı bir zaman dilimi için geçerlidir ve ilgili sözleşmelerin süreleri uzatılabiliyor olsa da, kontrolde kalıcı bir değişikliği sağlamak için yeterli olarak görülemez. Sözleşmeye dayalı anlaşmalar yönünden kontrolde kalıcı değişikliği her somut olay özelinde, ayrıca ve titizlikle değerlendirmek gerekir⁵⁰⁰.

2.7. Kontrolü Devralanlar

2.7.1. Genel Olarak

Bir teşebbüs ya da teşebbüsün bir kısmı üzerinde kontrolü devralan denildiğinde, teşebbüsler ya da hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrolünde bulunduran tüzel veya gerçek kişiler⁵⁰¹ anlaşılır. Kamu kuruluşlarının da bu kapsamda

⁴⁹⁸ KOMM. 16.3.2004, M.3372 Carlsberg/Holsten.

⁴⁹⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 65.

⁵⁰⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 68.

⁵⁰¹ “*Management Buy-Out*” örneği için bkz. Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 18.

değerlendirilmesi olanaklıdır⁵⁰². Kontrolü kuran hakkın sahibi ile bu kontrol olanağını kullanan arasındaki aynılık ya da farklılığa göre devralan, doğrudan ya da dolaylı olarak ikiye ayrılır⁵⁰³.

2.7.2. Doğrudan ve Dolaylı Devralanlar

Doğrudan devralanlar, kontrolü kuran haklarla ya da sözleşmelerle doğrudan doğruya kendisini yetkili kılan teşebbüsler ya da kişilerdir⁵⁰⁴. Dolaylı devralanlar, bu haklar veya sözleşmeler temelinde kendisini yetkili kılmamakla birlikte, bunlardan doğan hakları kullanma yetkisine sahip olanlardır⁵⁰⁵. Dolaylı devralmaya ilişkin düzenleme (Tüzük m. 3 f. 3 bent b) dolaylı kontrol biçimlerini kapsar. Böylelikle bir yandan kanuna karşı hilenin önüne geçilmiş (kontrolün fiili olarak kullanımının üçüncü kişiye devri durumu), bir yandan da salt şekli hukuki konumdan daha çok; fiilen etkide bulunma olanağı üzerine kontrol kavramı inşa edilmiş olmaktadır⁵⁰⁶.

Dolaylı devralana, inançlı işlem ya da temsile dayalı hukuki ilişkilerde rastlanabilmektedir. Özellikle inançlı işlem ve temsil söz konusu olduğunda, somut olayın koşullarına göre, inanılana tek kontrolde bulunmaya ilişkin fiili olanak tanınıp tanınmadığı ya da kullanım veya talimat⁵⁰⁷ yetkisinin inananda ya da müvekkilde bulunup bulunmadığı değerlendirilmek zorundadır. Yavru şirket ya da birleşme amaçlı

⁵⁰² Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 37; Riesenkauf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 21.

⁵⁰³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 37-38. Karş. Daniş, s. 38-39.

⁵⁰⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 38.

⁵⁰⁵ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 39; Riesenkauf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 23.

⁵⁰⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 39.

⁵⁰⁷ Riesenkauf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 23.

ortaklık aracılığıyla kontrolün devrinde, yavru şirketin ya da ilgili ortaklığın salt kontrolün devralınması amacına hizmet etmesi durumunda dolaylı devralmadan bahsedilmektedir⁵⁰⁸. Bu noktada dolaylı ve doğrudan kontrolün bir araya geldiği örnek olarak, bir teşebbüsün hem kendi hem de bir yavru şirket aracılığıyla kontrole konu olacak payları edindiği olasılık akla gelmektedir⁵⁰⁹.

2.8. Kontrol İlişkisine Dair Değişiklikler

2.8.1. Genel Olarak

Tüzük m. 3 f. 1 bent b yoğunlaşma için kontrolün devralınmasından, f. 2 kontrolün kurulmasından söz etmektedir. O halde, herhangi bir kontrol kurmayan ya da hâlihazırda sağlanmış olan kontrolün içeriğinin değiştirilmesine yönelik işlemler, Tüzük anlamında yoğunlaşma olarak değerlendirilemez⁵¹⁰. Ancak kontrolün tek elden birden çok teşebbüs eline geçmesi ya da tam tersi durumunda veya kontrolü sağlayanların sayısı ya da kimliğindeki değişim, Tüzük anlamında kalıcı olarak etkide bulunma olanağı anlamına gelebilmektedir⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 22.

⁵⁰⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 39.

⁵¹⁰ Ayrıca bkz. Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 37.

⁵¹¹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 112.

2.8.2. Hâlihazırda Var Olan Kontrolün İçeriğinin Değiştirilmesi

Öncesinde kurulmuş olan kontrolün, salt güçlendirilmesi kural olarak yoğunlaşma sayılmaz (*Ford/Hertz*)⁵¹². Özellikle var olan kontrolün, pay iktisabı ya da sözleşmeden doğan ek haklarla güçlendirilmesi, m. 3 anlamında bir yoğunlaşmayı ifade etmez. Aynı şekilde, daha öncesinde hâkim olduğu şirket üzerinde, bu sefer hakimiyet sözleşmesiyle kontrolü güçlendirilmesi, Tüzük anlamında bir yoğunlaşma oluşturmaz⁵¹³.

Tüzük yönünden kontrolün devralınıp alınmadığı önem arz etmektedir. Bu kontrolün nasıl alındığı değil. Bu nedenle hâlihazırda var olan kontrolün içerik olarak değişime uğratılması, kontrolün devralınması anlamına gelmemektedir. Kontrol aracında, kontrol altındaki teşebbüsün kontrol kapsamında değişikliğe gidilmesi bunun tipik örneğidir⁵¹⁴. Özellikle şirketler topluluğu içerisindeki değişiklikler de buna örnek olarak gösterilebilir⁵¹⁵.

Burada ayrıca değerlendirilmesi gereken konu, etkinin türündeki değişimin, Tüzük anlamında kontrolün kurulması olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğidir. Alman öğretisinde bir görüş, negatif etkiden pozitif etkiye geçişin Tüzük anlamında kontrol teşkil etmediğini savunmaktadır⁵¹⁶. Ancak Komisyon *VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren* kararında⁵¹⁷ farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Olayda, veto hakları

⁵¹² KOMM. 7.3.1994, M.397, ABl. 1994 C 121/4 kn. 10 Ford/Hertz.

⁵¹³ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 113.

⁵¹⁴ Alman Rekabet Otoritesinin aksi yönde eski tarihli iki kararı bulunmaktadır. Otorite mevcut etkinin dayanağının sözleşmesel yükümlülükten, aynı hak temeline oturmasının etkide bulunma olanağını kalıcı değiştireceğinden bahisle “kontrol sağlama” olarak değerlendirmektedir. BKartA TB 1973, BT-Drucks. 7/2250, s. 70; BKartA TB 1974, BT-Drucks. 7/3791, s. 38.

⁵¹⁵ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 115.

⁵¹⁶ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 116; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 39.

⁵¹⁷ KOMM. 29.7.2003, M. 3198, Rn. 8.

yoluyla sağlanan negatif etkide bulunma olanağı, VW'ye çoğunluk iştiraki temelinde stratejik kararları kendisi alabilme yetkisi tanınmasıyla, pozitif etkide bulunma olanağı olarak genişletilmiştir. Burada Komisyon, kontrolde esaslı değişikliği, kontrolün kurulması olarak kabul etmiştir. Benzer yaklaşım *Bertelsmann/Kirch/Premiere* kararında da görülmektedir. Bir teşebbüsü birlikte kontrol eden üç teşebbüsten biri bu ilişkiden ayrılmıştır. Geri kalan iki şirket arasında kontrol edilen teşebbüs üzerinde salt veto hakkı ile sağlanan negatif etkide bulunma olanağı yerine kalan ana şirketlerin stratejik kararlarda zorunlu olarak onaylarının alınması Tüzük anlamında kontrol olarak incelenmiştir⁵¹⁸. Komisyon kararlarına bakıldığında tek başına negatif etkiden, pozitif etkiye geçilmesi, Tüzük anlamında kontrolü sağlamamakta ancak bu değişikliğin salt kontrolün içeriğinin değişimini asan ve somut olay özelliklerine yoğunlaşma benzeri etki yaratan bir yapıya kavuşması gerekir. *VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren* kararında pozitif etkinin kuruluş biçimini; *Bertelsmann/Kirch/Premiere* 'de ise kontrolde üçüncü ana şirketin ilişkiden çıkması ve diğer kontrol eden teşebbüslerin %50 payla iştirak sağlamaları örnek olarak verilebilir.

Pozitif etkiden negatif etkiye geçiş, negatif etkiden pozitif etkiye geçişteki kadar tartışmalı değildir. Nitekim bu hallerde genellikle kontrolün güçlendirilmesi değil, zayıflaması söz konusudur⁵¹⁹.

⁵¹⁸ KOMM. 27.5.1998, M.993 kn. 12 vd.

⁵¹⁹ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 116.

2.8.3. Kontrol Sahibinde Değişiklik

Ortak kontrolden, tek kontrole geçilmesinde, Tüzük m. 3 uyarınca yoğunlaşmanın gerçekleştiği kabul edilebilir. Çünkü bu olay gruplarında, tek kontrolde bulunacak olan artık diğer kontrol edenleri dikkate almaksızın etkide bulunma olanağı kazanmaktadır⁵²⁰. Komisyon burada yeni bir nitelikte kontrol yaratıldığını kabul eder (*Sanofi/Kodak*)⁵²¹. Bununla birlikte, kontrol edenlerin sayısının azalması, eğer ki tek kontrole neden olmuyorsa, kalan kontrol sahipleri yönünden etkide bulunma olanağı aynı biçimde devam edeceği için sayının azalması kontrol “kurmak” anlamına gelmez⁵²². Tek kontrolden ortak kontrole geçildiği olasılıklarda ise, kontrolün dayandığı temelde değişikliğe gidildiği için yeni bir kontrol sağlandığı kabul edilebilir (*Pon/Nimbus/Geveke*)⁵²³.

Kontrol sahibinin sayısında değişiklik olmaksızın kontrol sahibinin kimliğinde değişim olması halinde, Komisyon, teşebbüslerin birlikte oluşturdukları çevrenin, kontrol yöntemi ve pazar yapısında esaslı bir etkiye neden olabileceğine vurgu yaparak bu ihtimali denetim kapsamında tutmaktadır. Ancak her halükârda kontroldeki değişimin belirli bir işleme dayanması gerekmektedir⁵²⁴.

⁵²⁰ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 117; Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 38.

⁵²¹ KOMM. 12.8.1994, M.480 kn. 7 Sanofi/Kodak.

⁵²² Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 118.

⁵²³ KOMM. 24.2.2003, M.3082, ABl. 2003 C 78/5 kn. 5 vd. Pon/Nimbus/Geveke.

⁵²⁴ Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO, Rn. 118.

2.9. Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 Bakımından Kontrol Kavramı

2.9.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda, şirketler topluluğuna yönelik “kontrol” kavramı sadece yoğunlaşmalar yönünden ele alınmamaktadır. Ana şirketin, yavru şirket tarafından gerçekleştirilen ihlallerden sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışması bakımından da kontrol kavramı kilit bir roldedir. Daha da önemlisi, şirketler topluluğunun hangi hallerde rekabet hukuku yasaklarının muhatabı, öznesi olduğunun tartışılmasında da kontrol kavramı belirleyici olmaktadır. Bu yönden elbette inceleme, şirketler topluluğunun hangi noktada tek başına ekonomik bütünlük arz eden bir yapı (yani rekabet hukuku bakımından teşebbüs) olarak değerlendirildiği noktasında yapılmaktadır. Burada rekabet ihlallerinden sorumluluk yönünden “teşebbüs” kavramı belirleyici rol oynamaktadır⁵²⁵.

Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 anlamında şirketler topluluğu denildiği takdirde yanıtlanması gereken sorular şunlardır: Şirketler topluluğu tek başına bir teşebbüs olarak değerlendirilebilir mi, topluluk içinde yer alan şirketlerin davranışları birbirlerine ne ölçüde isnat edilebilir ve sorumluluk bu şirketler arasında

⁵²⁵ Cengiz, s. 463; Güven, s. 59; Kocadağ, s. 7 ; Özsu, s. 85. Alman öğretisinde *Zimmer* tarafından ileri sürülen görüş uyarınca, ABİDA m. 101’in uygulanmasında ayrıca bir bütün olarak şirketler topluluğunun teşebbüs kavramı altında değerlendirilmesi gerekli değildir. *Zimmer*’e göre burada kontrol kavramı ekonomik bütünlüğün belirleyici bir ölçütü olmaktan ziyade ilgili rekabet hukuku ihlalinin ana şirkete isnat edilmesinde bağlama noktası teşkil etmektedir. Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 31. Benzer yönde yine Alman öğretisinde *Grave/Nyberg*, ABAD’ın kontrol kavramıyla ekonomik bütünlük üzerinden şirketler topluluğunu değerlendirmesinin kavramsal yönden bir kargaşa yarattığını ileri sürmüştür. Yazarlara göre, kavramsal olarak rekabet hukuku normlarının muhatabı ile bu normun ihlali sonucunda sorumlu tutulacak muhatabın aşamalı değerlendirmeye tabi tutulması gerekirken ekonomik bütünlük tanımı içerisinde bu aşamalar iç içe girmiş durumdadır. Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 164.

nasıl bir paylaşıma tabidir? Bu soruların birbirinden kesin olarak ayrılması zordur. Nitekim, bu bahiste esas mesele, “*teşebbüs içinde tek başına, bağımsız hareket edemeyen teşebbüs birimlerinin*” var olup olmadığının saptanmasıdır⁵²⁶. İşte tam bu noktada, ilgili saptamanın dayanağını kontrol kavramı oluşturur.

Rekabet hukukunun merkez kavramı olan teşebbüsün tanımlanmasında, işlevsel bakış açısının yani ekonomik bütünlük ölçütünün benimsenmesi tesadüf değildir. Çünkü bu ölçütle rekabet hukuku yasaklarının muhatap alanı genişletilmekte ve ilgili yasakların yeni ekonomik modellerle dolanılmasının da önüne geçilmektedir⁵²⁷. Bu yaklaşım, şirketler topluluğu yönünden de belirleyicidir. ABAD, bağlı şirket ile hakim şirket arasındaki ilişkiye bakmakta ve bağlı şirketin karar alma mekanizması üzerinden bir sorgulamaya gitmektedir. Buna göre “*kendine ait hukuki kişiliği olmasına rağmen yavru şirket, pazardaki tutum ve davranışları konusunda otonom (özerk) karar almak yerine ana şirketin esaslı talimatlarına uyuyorsa*”⁵²⁸ artık yavru şirketin, ekonomik bütünlük arz eden şirketler topluluğunun yani teşebbüsün bir birimi olduğu söylenecektir⁵²⁹. Yavru şirketin karar almadaki özerklik eksikliği, Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 anlamında yavru şirketin, ana şirket tarafından kontrol edilip edilmediği sorusuna yönelik tespit edilmektedir.

⁵²⁶ Cengiz, s. 463; Güven, s. 58; Kocadağ, s. 8; Özsu, s. 128; Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 30.

⁵²⁷ Von Laufenberg, s. 35.

Zira rekabet hukukunda önemli olan ekonomik gerçekliktir. Şirketlerin piyasaki fiili davranışları önem arz etmektedir. Şirketler arasındaki hukuki yapı, şirket tüzel kişiliği kalıbı rekabet hukukunda aşılmıştır. Güven, Ş.: “Ana Şirket – Yavru Şirket İlişkisi Çerçevesinde Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Bazı Meseleler”, 15. Türkiye – İsviçre Hukuk Günleri – Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon (25-26 Nisan 2014), İstanbul 2017, s. 61.

⁵²⁸ EuGH, Urteil v. 14. 07. 1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, Rn. 132/135; Kommission, 05. 12. 2001, Nr. L 239/18, S. 45 f.

⁵²⁹ Cengiz, s. 465; Güven, s. 58; Kocadağ, s. 7; Özsu, s. 136; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 47; Von Laufenberg, s. 36.

Rekabet hukuku ihlallerinden bir bütün olarak şirketler topluluğunun sorumlu olmasına yönelik tartışılan kontrol kavramı, ABAD içtihadında iki ögeden oluşmaktadır: Belirleyici etkide bulunma olanağı ve bu olanağın fiilen kullanılması⁵³⁰. Bu iki ögeli tanım, Birleşme Tüzüğü m. 3'te olduğu gibi yasal bir tanım olmamakla birlikte ABAD'ın geliştirdiği içtihat hukuku sonucunda şirketler topluluğunun ekonomik bütünlük arz eden bir yapı olduğunun tespitinde nihai belirleyici rol almaktadır⁵³¹. ABAD'ın kontrol yönünden bu iki ögeli tanımını şu kararlarında geliştirdiği kabul edilebilir:

- *Imperial Chemical Industries*⁵³² ve *Allgemeine Electricitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Kommission*⁵³³: Somut olayda, yavru şirket doğrudan doğruya ana şirketin talimatına uyuyorsa ve bu talimatlar rekabet ihlali oluşturan işletme alanında fiyat ve satış politikasına dair nitelikler arz ediyorsa, kontrolün varlığı kabul edilebilir⁵³⁴.

Imperial Chemical ve *AEG* kararları sonrasında, *Stora* ve *Akzo* kararlarında belirleyici etkide bulunma olanağının kullanılmasındaki pazar odaklı ve katı yaklaşım yerini belirleyici etkide bulunma olanağı yönünden pay sahipliği oranına bırakmıştır. Bu olanağın kullanılması, pay sahipliğinden doğan hakların fiili olarak kullanılıp kullanılmadığı sorusuyla ilişkilendirilmiştir⁵³⁵.

⁵³⁰ Cengiz, s. 467-468; Güven, s. 58; Kocadağ, s. 8; Özsu, s. 128; von Laufenberg, s. 36.

⁵³¹ Von Laufenberg, s. 36. Karş. Cengiz, s. 467-468; Kocadağ, s. 8; Özsu, s. 172.

⁵³² EuGH, v. 14. 07. 1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619.

⁵³³ EuGH, v. 25. 10. 1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

⁵³⁴ EuGH, v. 14. 07. 1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, Rn. 136/141; EuGH, v. 25. 10. 1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Rn. 50.

⁵³⁵ Cengiz, s. 466-467; Kocadağ, s. 9; Özsu, s. 173-174; von Laufenberg, s. 37.

- *Stora Kopparbergs Bergslags*⁵³⁶ ve *Akzo Nobel*⁵³⁷: %100 oranında pay sahibi olan ana şirketin, yavru şirket üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağına sahip olduğu doğrudan kabul edilebilir⁵³⁸. Etkide bulunma olanağının fiili olarak kullanılmasında, belirleyici olan, “*ana şirketin, fiyat politikası, üretim ve satış faaliyetleri, satış hedefi, marjlar, satış masrafları, nakit akışı, depolama koşulları, pazarlama (gibi işletme politikalarına) etkide bulunup bulunmadığı*”dır⁵³⁹. Ancak, bu oranda bir iştirak, belirleyici etkide bulunma olanağının kullanıldığına oldukça önemli bir karine teşkil edebilir⁵⁴⁰.

ABİDA m. 101 anlamında, Stora-Akzo ekseninde gelişen hem etkide bulunma olanağının hem etkide bulunma olanağının fiilen kullanılmasının pay sahipliği odağına yerleştirilmesi⁵⁴¹, ABAD’ın diğer kararlarıyla birlikte, detaylı olarak incelenecektir. Bu kapsamda, Stora ya da Akzo karinesi (*Stora- oder Akzo-Vermutung*) yani yüzde yüz pay sahipliği ele alınacak ve sonrasında pay oranı üzerinden gelişen ABAD kararları, oranlar üzerinden tartışılacaktır. Bu alt başlığın sonunda ABİDA m. 101 anlamında kontrol ile Birleşme Tüzüğü m. 3’te tanımlanan kontrol kavramı karşılaştırılacaktır.

Rekabet Kurulu’nun yavru şirketin ihlalinden ana şirketin sorumlu olmasına ilişkin içtihadı incelendiğinde, tutarlı bir yaklaşım benimsenmediği ve net ölçütler ortaya konulamadığı görülmektedir. Rekabet Kurulu’nun, kontrolün incelenmesi bakımından iki işletmeyi aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirdiği ve bu nedenle bu şirketlerin aralarında yaptıkları anlaşmaları 4. madde kapsamında incelemeyeceği çok

⁵³⁶ EuGH, v. 16. 11. 2000, Rs. C-286/98 P, Slg. 2000, I-09925.

⁵³⁷ EuGH, v. 10. 09. 2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-08237.

⁵³⁸ EuGH, v. 16. 11. 2000, Rs. C-286/98 P, Slg. 2000, I-09925, Rn. 29.

⁵³⁹ EuGH, v. 10. 09. 2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-08237, Rn. 64; Güven Ş., Sorumluluk s. 64.

⁵⁴⁰ Cengiz, s. 469; Kocadağ, s. 19; Özsu, s. 177; von Laufenberg, s. 37, 45.

⁵⁴¹ Cengiz, s. 470; Kocadağ, s. 19; Özsu, s. 178; von Laufenberg, s. 70.

sayıda kararı mevcuttur⁵⁴². Ancak, kontrolün ihlalden sorumluluğun yavru şirket veya ana şirketten hangisine yükletileceği noktasında, az sayıdaki kararlardan genel bir ölçüt çıkarılması imkanı görünmemektedir. Kurul'un BİAK⁵⁴³, Metro Motorlu Taşıtlar⁵⁴⁴, Motorlu Taşıtlar⁵⁴⁵, Kuru İncir⁵⁴⁶, Kırmızı Et⁵⁴⁷ ve Türk Telekom – TTNNet⁵⁴⁸ kararlarında aynı ekonomik bütünlük içindeki farklı tüzel kişilerin ihlalden birlikte sorumlu tutulmaları söz konusu olmuştur. Ancak öğretide bu kararlar için, ayrıntılı bir analiz yapılmadığı, yalnızca hissedarlık ve yönetim yapılarına dayanarak ana şirkete yavru şirketle birlikte sorumluluk atfedildiği yönündedir⁵⁴⁹. Öğretide, Kurul'un belirsizlikleri ortadan kaldıracak biçimde karar tesis etmesi gerekliliği vurgulanmıştır⁵⁵⁰.

2.9.2. Rekabet Hukuku İhlalinde Kontrol Karinesi

Ana şirket, rekabet ihlali bulunan yavru şirketlerden birinin yüzde yüz sermayesini elinde tutuyorsa, Stora ya da Akzo karinesi uyarınca, AB rekabet hukukunda, ana şirketin, yavru şirket üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağına

⁵⁴² Rekabet Kurulu'nun 03.05.2012 tarih ve 12-24/666-188 sayılı, 11.12.2001 tarih ve 01-59/624-165 sayılı, 17.07.2001 tarih ve 01-33/331-94 sayılı, 26.09.2000 tarih ve 00-36/401-227 sayılı, 13.11.2003 tarih ve 03-73/881-381 sayılı ve 03.05.2012 tarih ve 12-24/666-188 sayılı kararları. Ayrıca değerlendirme için bkz. Kocadağ, s. 51 vd.

⁵⁴³ Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı kararı.

⁵⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 6 05.10.2001 tarih ve 01-47/483-120 sayılı kararı. Anılan karar Danıştay 13. Daire'sinin 16.12.2008 tarihli, 2006/4791 E. ve 2008/7687 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Zira Danıştay, Kurul'un ekonomik bütünlüğün sorumluluğunu değerlendirirken salt hissedarlık ve yönetim yapısına dayanmasını yeterli görmemiş, ihlalde ana şirketin belirleyici etkisine dair delillere dayanılması gerektiğini vurgulamıştır.

⁵⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı kararı.

⁵⁴⁶ 16.03.2012 tarihli, 12-12/383-112 sayılı Kurul kararı.

⁵⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1510-538 sayılı kararı.

⁵⁴⁸ Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı.

⁵⁴⁹ Kocadağ, s. 59.

⁵⁵⁰ Güven Ş., Sorumluluk, s. 71.

sahip olduğu ve karineten bu olanağı rekabet hukuku ihlalinin gerçekleştirilmesinde de kullandığı kabul edilir⁵⁵¹. Bunun sonucunda yavru şirketle birlikte müteselsil sorumlu olduğu kabul edilecek olan ana şirket, ancak yavru şirketin ilgili pazarda tek başına ekonomik faaliyette bulunduğunu kanıtlarsa, yani Stora ya da Akzo karinesini çürütürse, sorumluluktan kurtulabilmektedir⁵⁵².

Kontrole ilişkin Stora ya da Akzo karinesinin nasıl aksinin ispat edileceğı Alman hukuk öğretisinde oldukça tartışmalıdır⁵⁵³. Bu karinen, gerçekte çürütülemez, kesin bir karine teşkil ettiğini savunan görüşler, Stora ya da Akzo karinesinin esasında “*probatio diabolica*” (şeytani ispata) döndüğünü ileri sürmektedir⁵⁵⁴. ABAD, bu karinenin çürütülmesinin “çok zor ama imkânsız olmadığını” kabul etmektedir⁵⁵⁵. Tez çalışmasının odağında kalabilmek ve kontrol kavramından sapmamak için karinenin çürütülmesine ilişkin tartışmaya⁵⁵⁶ girilmeyecektir. Devam eden kısımda, karinen uygulama alanı bulamayacağı pay sahipliğı oranlarında ABAD’ın tutumu tartışılacaktır.

İlaveten, pay oranının %100 olmadığı durumlarda ABAD’ın kontrol kavramına yaklaşımına da değinilmelidir. ABAD, Stora ya da Akzo karinesini, yüzde yüze yakın pay sahipliğı durumlarında da uygulamaktadır. Bu duruma, *Armando Álvarez* kararında yüzde 98, 6 oranı ve *Total-Elf Aquitaine* kararında yüzde 96, 6 oranı örnek olarak gösterilebilir⁵⁵⁷. Ancak karinenin uygulama alanına ilişkin sınırın nerede

⁵⁵¹ Cengiz, s. 463; Güven, s. 58; Kocadağ, s. 8; Özsu, s. 128; Güven Ş., Sorumluluk, s. 65; Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 141; Von Laufenberg, s. 71.

⁵⁵² Cengiz, s. 463; Güven, s. 58; Kocadağ, s. 8; Özsu, s. 128; Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 141; Von Laufenberg, s. 72-73.

⁵⁵³ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 146.

⁵⁵⁴ İlgili tartışma ve niteleme için bkz. Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 146. Karş. Kocadağ, s. 23.

⁵⁵⁵ EuGH U. v. 16. 6. 2016, C-155/14 P Rn. 44.

⁵⁵⁶ Detaylı tartışma için bkz. Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 147-148.

⁵⁵⁷ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, dn. 312. Karş. Kocadağ, s. 33.

çizileceği belirsizdir⁵⁵⁸. ABAD karinenin uygulama alanını, sadece pay oranının yüzde yüz ya da yüze yakın olduğu durumlarla sınırlamak yönünde bir tutum sergilememektedir⁵⁵⁹. Mahkemeye göre, “çoğunluk pay sahibi, ne ilgili teşebbüsün stratejik kararlar alınacağı sırada ne ilgili teşebbüsün o günkü gündeminde, diğer pay sahiplerinin menfaatlerini göz önüne almak zorunda değilse” (Goldman Sachs)⁵⁶⁰ artık bu teşebbüs, çoğunluk pay sahibi olan şirketin kontrolü altındadır ve birlikte bir ekonomik bütünlük arz etmektedirler⁵⁶¹. Ancak böylesi bir saptama yapılırken muhakkak azınlığın ilgili teşebbüs içindeki konumu ve haklarının incelenmesi gerekir⁵⁶². Dolayısıyla ABAD burada ikili bir test uygulamakta, ihlalin gerçekleştiği dönemde hakim şirketin bağlı şirket üzerinde belirleyici etki uygulama imkanına sahip olup olmadığına ve eğer bu imkana sahipse bu yetkisini gerçekten kullanıp kullanmadığına bakmaktadır⁵⁶³.

2.9.3. Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 Anlamında Kontrol ile Birleşme Tüzüğü m. 3’te Tanımlanan Kontrol Kavramının Karşılaştırılması

Rekabet Kanunu m. 4 ve ABİDA m. 101 anlamında kontrol, tam olarak Birleşme Tüzüğü m. 3’te tanımlanan kontrol kavramına tekabül etmemektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, Birleşme Tüzüğü m. 3 f. 2 uyarınca, kontrol, hak,

⁵⁵⁸ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 142. Karş. Kocadağ, s. 34.

⁵⁵⁹ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 143; Von Laufenberg, s. 75.

⁵⁶⁰ EuG v. 12. 7. 2018, T-41914 Rn. 51.

⁵⁶¹ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 143. Karş. Özsu, s. 179.

⁵⁶² Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 144. Buna ek olarak bulunması gereken ölçütler için ayrıca bkz. Von Laufenberg, s. 76 vd.

⁵⁶³ Güven Ş., Sorumluluk, s. 66.

sözleşme ya da diğer araçlarla, bir teşebbüsün faaliyetleri üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağıdır. Tüzük yönünden kontrolün sağlanıp sağlanmadığı, tüm fiili ve hukuki koşullar dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu yönden bakıldığında, veto haklarıyla sağlanan belirleyici olumsuz etkide bulunma olanağı, Tüzük anlamında kontrolün kurulmasında yeterli olabilmektedir. Ancak ABİDA m. 101 anlamında kontrol, ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde etkin rol oynadığı için veto haklarıyla sağlanan bu olumsuz etki, m. 101 anlamında kontrol olarak değerlendirilemez⁵⁶⁴.

“Belirleyici etkide bulunma olanağı” ifadesi iki kural düzleminde de karşımıza çıkmaktadır⁵⁶⁵. Ancak bu, ABİDA m. 101 anlamında *yüksek olasılıkla kullanılacak bir dereceye ulaşmış* olanağa ifade eder. Bu nedenle hangi anlamda kontrolden bahsedildiğine dikkat edilmesi gerekir⁵⁶⁶. Bununla beraber AB rekabet hukukunda “kontrol sağlama” ile “etkide bulunma” arasında yaklaşım farkı olduğu da göze çarpmaktadır. Kontrol sağlama daha çok, operatif yani işlem düzeyine varmadan genel bir bakış açısıyla incelenirken; etkide bulunma, stratejik olarak işlem düzeyinde ele alınmaktadır⁵⁶⁷. Bununla birlikte, AB rekabet hukukunda ABİDA m. 101 anlamında kontrolün, Birleşme Tüzüğündeki tanımdan tamamen bağımsız olarak yorumlandığını düşünmek isabetli değildir⁵⁶⁸. Nitekim *Toshiba/Kommission*⁵⁶⁹ kararında, ABAD özellikle Birleşme Tüzüğündeki tanımla, ABİDA m. 101 anlamında kontrol kavramını anlamlı kılmaya çalışmıştır⁵⁷⁰. Bu nedenle iki kavramın içeriksel olarak birbirine

⁵⁶⁴ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 123.

⁵⁶⁵ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 124.

⁵⁶⁶ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 122.

⁵⁶⁷ Grave/Nyberg, LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 125.

⁵⁶⁸ Zandler, D.: Die wirtschaftliche Einheit als Normadressat im Kartellbußgeldrecht, NZ-Kart 2016, s. 99.

⁵⁶⁹ EuG, v. 9.9.2015, T-104/13, Rn. 107 vd. Başka benzer yöndeki kararlar için bkz. Zandler, NZ-Kart, dn. 13.

⁵⁷⁰ Zandler, NZ-Kart, s. 100.

paralel olduğunun kabul edilmesi gerekir; ancak yukarıda açıklanan nedenlerle ABİDA m. 101 anlamında kontrol ile Birleşme Tüzüğü anlamında kontrol birbirlerine denk tutulamaz.

2.10. Rekabet Hukukunun “Kontrol” Kavramı ile Hakimiyet Kavramının Karşılaştırılması

Rekabet hukukunda kontrol ve şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet kavramına ilişkin sunulan detaylı açıklamalar sonucunda, bu kavramların büyük ölçüde örtüştüğünü söylemek mümkündür. Gerçekten de, özellikle Birleşme Devralmalar Tebliği ile TTK’nın hakimiyetin tesisi için öngördüğü koşullar, yani meydana geliş bakımından kontrol ve hakimiyet olguları benzeşmektedir. Ancak, rekabet hukukunun kontrolü algılayışı ve kontrol kavramının oynadığı rol, doğası gereği ekonomik bir bakış açısına sahiptir. İkinci olarak, rekabet mevzuatının varlık sebebi düşünüldüğünde ve amacın piyasalarda etkin rekabetin tesisi ve korunması olduğu akılda tutulduğunda, rekabet hukukunda kontrol kavramının (özellikle 4. madde ihlallerinde cezalandırılacak teşebbüsün belirlenmesi bakımından) kanun koyucunun bu amaçlarına hizmet edecek biçimde ele alındığı da söylenebilecektir.

Rekabet hukukunda kontrol ve şirketler topluluğu hukukunda hakimiyetin elde edilişi bakımından genel olarak bir örtüşme olduğu belirtilmişti. Ancak, ayrışan kimi önemli noktalar da bulunmaktadır. Öncelikle, rekabet hukukunda mal varlığı devri ile kontrol elde edilebilir iken, şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet bu yolla kazanılamamaktadır. İkinci olarak, veto haklarının ortak kontrole sebebiyet verebileceği hususunda rekabet hukukunda bir tartışma bulunmaz iken, şirketler

topluluğu hukukunda olumsuz etki üzerinden kurulan pasif kontrolün hakimiyet için yeterli olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır.

3. Sermaye Piyasası Hukukunda “Yönetim Kontrolü” Kavramı

3.1. Sermaye Piyasası Hukukunda “Yönetim Kontrolü” Kavramının İşlevi

Sermaye piyasası hukukunda “kontrol” kavramı, “yönetim kontrolü” olarak ele alınmıştır. Yönetim kontrolü kavramının sermaye piyasası hukukundaki temel önemi, zorunlu pay alım teklifinin “merkez kavramı” olmasıdır. İkinci bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere zorunlu pay alım teklifi, en sade tarifıyla ortaklığın kontrolü herhangi bir yöntemle el değiştirdiğinde, bu kontrolü ele geçiren yeni hakimin, kontrolün dışında kalan pay sahiplerinin paylarını satın almak üzere belli bir fiyattan çağrıda / teklifte bulunma zorunluluğu”dur⁵⁷¹. Bu zorunluluğun ne zaman ortaya çıkacağını belirlenmesinde yönetim kontrolünün değişmesi kritik önemdedir. Zira, pay alım teklifi zorunluluğunun ilk ve en önemli nedeni⁵⁷², ortaklıkta gerçekleşecek olan kontrol değişikliği karşısında, kontrolün dışında kalan pay sahiplerine ortaklıktan ayrılma hakkı vermektir. Öğretide ifade olunduğu üzere, pay alım teklifi zorunluluğu ile, yönetim kontrolünün ele geçirilmesi halinde halka açık anonim ortaklığın yönetimini ele geçiren tarafından yönlendirileceğini dikkate alan diğer pay sahiplerine

⁵⁷¹ Pashı A.: “Pay Alım Teklifi Zorunluluğu”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi - Tebliğler ve Tartışmalar (Ed. Helvacı, M./Uzel, N./Sönmez, N. S.), İstanbul 2019, s. 291.

⁵⁷² İkinci neden olan kontrol primi hakkında açıklamalar için bkz. Pashı, A.: “Pay Alım Teklifi (Takeover Bid)” Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uymu - Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 387; Esin, İ.: Birleşme ve Devralmalar, 4. Baskı, İstanbul 2021, s. 595.

ortaklık paylarını satın alırken öngöremedikleri kapsamlı bir değişim karşısında yatırımlarını gözden geçirme ve hakim ortak ile eşit koşullar altında paylarını satarak ortaklıktan ayrılma olanağı sunan bir mekanizmadır⁵⁷³. Bu mekanizmayı harekete geçiren de yönetim kontrolünde yaşanan değişimler olduğuna göre, yönetim kontrolünün birincil işlevi (öğretide ifade olunduğu üzere, halka açık anonim şirketteki kontrol değişikliğinin hem sebebini/sürecini hem de sonucunu teşkil etmesi ile oldukça önemli bir müessese olan⁵⁷⁴) zorunlu pay alım teklifi yönünden ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu pay alım teklifine ek olarak, hangi durumda sermaye piyasası mevzuatındaki kolaylaştırılmış birleşme hükümlerine başvurulabileceği hususunda yine kontrol kavramı belirleyici olmaktadır. Bu itibarla Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin (II-23.2)⁵⁷⁵ “Kolaylaştırılmış usulde birleşme” başlıklı 13. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi, hangi durumda kolaylaştırılmış birleşme uygulanacağını, yine kontrol kavramı temelli belirlemektedir: “Bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının %95 veya daha fazlasına sahip bir halka açık ortaklık tarafından devralınması suretiyle birleşmede, halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesini gerektirmeyen durumlarda veya halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesi gereken ancak halka açık ortaklık paylarının nakit karşılığının devrolunan şirketlerin ortaklarına seçimlik hak olarak önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşme uygulanabilir.”

Kontrol kavramının sermaye piyasası hukukundaki diğer bir işlevi ise “Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar” (Sermaye Piyasası Kanunu m. 15)

⁵⁷³ Manavgat, Ç.: Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s. 357.

⁵⁷⁴ Paşlı, Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, s. 371.

⁵⁷⁵ 28.12.2013 Tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır

bakımından olmaktadır. Bu itibarla, “yatırımcıların zamanında, tam ve doğru bilgilendirilerek sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişini sağlamak amacıyla sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin kamuya açıklanmasına ilişkin usul ve esasları” düzenleyen (II-15.1 sayılı) Özel Durumlar Tebliği, detayları aşağıdaki alt başlıkta açıklanacağı üzere “ana ortaklık”, “bağlı ortaklık”, “kontrol edilen işletme”⁵⁷⁶ ve “yönetim kontrolü” kavramlarına yer vermektedir. Yönetim kontrolündeki değişiklikler, kamunun aydınlatılmasında özel durumların hangi durumlar olduğu noktasında belirleyici olmaktadır.

3.2. Sermaye Piyasası Mevzuatının “Yönetim Kontrolü” Düzenlemesi

Yönetim kontrolü kavramının zorunlu pay alım teklifinin merkez kavramı olduğu yukarıda açıklanmıştı. Bu itibarla, 6362 s. Sermaye Piyasası Kanunu’nun pay

⁵⁷⁶ Öğretide Sönmez’in işaret ettiği (ve bizim de katıldığımız) üzere, “kontrol edilen işletme” kavramı, yönetim kontrolünü değil, özel durum açıklamalarında hâkim ortaklık - bağlı ortaklık kavramlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır. Öğretide “kontrol edilen işletme” kavramının kontrole işaret ettiğini belirten yazarlar olsa da, bu yoruma katılmak mümkün görünmemektedir. Sönmez, Y. Z.: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2018, C. 4, S. 2, s. 277. Karş.: Uygun, s. 48.

Benzer şekilde, (31.12.2020 tarih ve 31351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan) Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği’nin (II-27.3) 4. maddesinin birinci fıkrasında “hakimiyetin tespit edildiği” yönündeki görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira, ilgili fıkra, öğretide ileri sürüldüğünün aksine “hakim konumunun tespitinin nasıl gerçekleşeceğini” ortaya koymamakta, hangi hallerde ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının doğacağını hükme bağlamaktadır: “Pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde sahip olunan paylara ilişkin oy haklarının, ortaklığın oy haklarının %98’ine ulaşması veya bu durumda iken ek pay alınması durumunda, bu Tebliğde belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, hâkim ortak açısından sahip oldukları payların imtiyazlı olup olmadığı dikkate alınmaksızın diğer pay sahiplerinin tamamını ortaklıktan çıkarma hakkı, diğer ortaklar açısından da paylarını hâkim ortağa satma hakkı doğar.” Karş. Yasaman, Sermaye Piyasası Yansımaları, s. 142; Atakan, s. 58-59.

alım teklifi zorunluluğunu düzenleyen⁵⁷⁷ 26. maddesinin ikinci fıkrasında, yönetim kontrolü kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: *“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, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir.”*

Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1)⁵⁷⁸ ise 12. maddenin ilk fıkrasında ise şu düzenlemeye yer verilmektedir: *“Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez.”*⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Mülga 2499 s. Sermaye Piyasası Kanunu’nda (m. 16/A’da “yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla” ibaresine yer verilse de) kontrol kavramına ilişkin herhangi bir tanım bulunmuyordu. Mevzuatta bir tanım bulunmayışı da öğretide tartışmalara yol açmıştı. Halihazırda yürürlükte olan (ve yönetim kontrolü tanımına yukarıda yer verilen) Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1) ile 2014 yılında yürürlükten kaldırılan yayımlanan Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: IV, No: 44) ile, ilk kez 2009 yılında yönetim kontrolü kavramı tanımlanmıştır. Mülga Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: IV, No: 44) ile getirilen tanım uyarınca, anonim ortaklıktaki yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı payların elde edilmesi yönetim kontrolünün elde edilmesi anlamına gelmekte idi.

⁵⁷⁸ 23/1/2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Yönetim kontrolü kavramının geçtiği diğer tebliğler, bu tanıma ya da doğrudan Sermaye Piyasası Kanunu’nun tanımına atıf yapmaktadır. Bkz. Sönmez, s. 277.

⁵⁷⁹ Pay Alım Teklifi Tebliği’nin 12. maddesi “ortaklığın oy haklarının” yüzde ellisinden fazlasına sahip olma kriterini öngörürken, 11. maddenin birinci fıkrasında oy haklarının yanı sıra yönetim kontrolü sağlayan payların iktisabında da pay alım teklifi zorunluluğu doğacağını düzenlemektedir: *“Gönüllü olarak yapılan pay alım teklifi, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına*

Bu tanımlardan hareketle, yönetim kontrolü için gerekli araçlar oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olmak (%50 + 1 oy) ve yönetim kurulunun salt çoğunluğunu belirleyecek imtiyazlı payların elde edilmesi olarak belirlenmiştir⁵⁸⁰.

Öğretide, (2009 yılında yapılan değişiklikle⁵⁸¹) yönetim kontrolü için aranan eşğin sermayenin veya oy haklarının %50 ve daha fazlası olarak değiştirilmiş olması eleştiri konusu yapılmıştır. Bu değişikliğin sebebinin yabancı yatırımcılar bakımından Türkiye piyasasında şirket alımını çekici kılmak olduğu öğretilerinde belirtilmiştir⁵⁸². İlaveten, öğretilerinde yönetim kontrolü ölçütü olarak toplam oy hakkı bakımından hakimiyetin esas alınması da eleştirilmiş, bunun yerine ortakların sermaye dağılımlarına göre sahip oldukları oy hakkına bağlı olarak birbirleri üzerindeki göreceli hakimiyetin esas alınması önerilmiştir⁵⁸³. Nitekim, ortaklıktaki pay dağılıma bağlı olarak %50 oranının altındaki bir oransal güçle de yönetim kontrolünün kurulması olanaklıdır⁵⁸⁴.

veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenler, söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer ortakların paylarını satın almak üzere pay alım teklifinde bulunmak zorundadır.” Kanun'un lafzı (SerPK m. 26) oldukça açık bir biçimde oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olmayı bir ölçüt olarak belirlemişken, Tebliğ'in 12. maddesi ile ortaklığın yönetim kontrolünün pay iktisabı ile de olabileceğini belirtmesi, uygun değildir. Öğretilerde Erişir Karacan/Karacan, Tebliğ'in hem 11. hem de 12. maddesinin ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan oy hakkına sahip paylar vurgusu ile revize edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Erişir Karacan/Karacan, s. 303.

⁵⁸⁰ Sönmez, s. 276.

⁵⁸¹ Kontrol eşiği Seri: IV, No:44 Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği ile %25'ten %50'ye çıkarılmış ve gerekçe olarak da halka açık ortaklıkların “daha kolay stratejik ortak bulacakları” belirtilmiştir. Bkz. Çağrı Yoluyla Anonim Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliğine İlişkin Basın Duyurusu, <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/200992/0> Son Erişim: 01.09.2022)

⁵⁸² Erişir Karacan/Karacan, s. 303.

⁵⁸³ Manavgat, Halka Arz, s. 360; Manavgat, Yönetim Kontrolü, s. 1453 vd.

⁵⁸⁴ Manavgat, Halka Arz, s. 359.

İlaveten Manavgat, yönetim kontrol eşiğinin (toplam oy haklarının) asgari %30 oranına göre belirlenmesi veya sözleşmesel yolla oy hakkına sahip olmanın esas alınması gerektiğini belirtmekte, ortaklıktaki pay dağılımına göre SPK'nın muafiyet vermesine dayalı bir sistemin adil olacağı görüşünü ifade etmektedir. Manavgat, Yönetim Kontrolü, s. 361.

Burada değinilmesi gereken bir diğerk önemli sorun, yönetim kontrolü ölçütleri ışığında genel kurulda oy haklarının %50'sinden fazlasını elinde bulunduran pay sahibi ile yönetim kurulundaki hakimiyeti elinde tutan pay sahibinin farklı olması durumunda yönetim kontrolünün paylaşılıp paylaşılmadığıdır. Genel kurulun ana sözleşme değışikliğı, yönetim kurulu üyelerinin ibrası, bilançonun onaylanması, kar dağıtımı gibi kritik konularda belirleyici olduğu dikkate alındığında, genel kuruldaki oy haklarının %50'sinden fazlasını elinde bulunduran pay sahibinin gücü de yadsınamaz. Bu itibarla, yönetim kontrolünün bir tarafın lehine yorumlanması mümkün değildir ve yönetim kontrolü paylaşılmaktadır⁵⁸⁵.

Pay Alım Teklifi Tebliğı'nin 12. maddesinin ikinci fıkrasında *“Birinci fıkradaki haller dışında, ortaklığın sermaye yapısı veya genel kurul toplantısında oluşan fiili durum nedeniyle yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunun fiilen seçilebilir olması yönetim kontrolünün ele geçirildiğı anlamına gelmez.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla, öğretilde de altı çizildiğı üzere fiili hakimiyet kabul edilmemiştir⁵⁸⁶.

Yönetim kontrolünün bu tanımına ek olarak, Sermaye Piyasası Kanunu m. 26/3, *“ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değışiklik olmasa bile (...) bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri de bu madde kapsamında değerlendirilir.”* hükmüne yer vererek, kontrol değışikliğinin ortaklar arasında yapılacak anlaşmalarla da gerçekleşebileceğini ifade etmiştir. Pay Alım Teklifi Tebliğı m. 11/2 düzenlemesi de aynı doğrultudadır:

⁵⁸⁵ Manavgat, Halka Arz, s. 364; Kendigelen, A.: “Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Hukuki Yaptırımı”, Hukuki Mütalaalar C VI, İstanbul 2004, s. 159 vd.

⁵⁸⁶ Manavgat, Halka Arz, s. 357; Gözübüyük, B.: “Karşılaştırmalı Hukukta Halka Açık Anonim Ortaklık Yönetim Kontrolü El Değışikliklerinde Kontrol Priminin Paylaşılması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, C. 24, S. 2, s. 231.

“Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa dahi, ortakların kendi aralarında yapacakları özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri sonucunda da pay alım teklifi zorunluluğu doğar.” Bu bağlamda, yönetim kontrolünü sağlayabilecek araçlar arasında, ortaklar arasında yapılacak anlaşmalar da yer almaktadır⁵⁸⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, öğretide de işaret edildiği üzere SerPK ve Pay Alım Teklifi Tebliği düzenlemeleri, olumsuz kontrol gücü veren veto hakları ile yönetim kontrolünün elde edilemeyeceği yönündedir⁵⁸⁸.

3.3. Sermaye Piyasası Hukukunun “Yönetim Kontrolü” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması

Sermaye piyasası hukukunun yönetim kontrolü kavramının şirketler topluluğu hukukunun hakimiyet kavramı ile kıyaslanmasına dair değerlendirmeler sunmak gerekirse, öğretide, pay alım teklifi zorunluluğunun esasen TTK m. 195’in sonucu olduğu belirtilmiştir⁵⁸⁹. Bu itibarla, yönetim kontrolü kavramı ile hakimiyet kavramı büyük ölçüde örtüşmektedir⁵⁹⁰.

Bununla birlikte Pay Alım Teklifi Tebliği’nin [(oransal olarak) oy hakkının %50’sinden fazlasına sahip olunması durumunda doğan] hakimiyet olgusu/yönetim

⁵⁸⁷ Sermaye piyasası mevzuatımızın düzenlemeleri, kontrol değişikliğinin ortaklar arasında yapılacak anlaşmalarla veya pay hakkında imtiyaz sağlanmasıyla da doğabileceğini düzenleyerek; kontrol değişikliğine yönelik yalnızca devir hallerini düzenleyen Avrupa Parlamentosu ve Konsey’in 21 Nisan 2004 tarih ve 2004/25/AT sayılı (pay) alım teklifine ilişkin Yönergesi’nden ayrılmaktadır. Mevzuatımızdaki düzenlemenin azınlık pay sahiplerinin daha lehine olduğunu hakkında bkz. Paslı, Takeover Bid, s. 388.

⁵⁸⁸ Manavgat, Halka Arz, s. 357-358.

⁵⁸⁹ Paslı, Takeover Bid, s. 398.

⁵⁹⁰ Öğretide, her yasanın ve her kurumun yönetim kontrolü konusunda farklı ölçütler belirlemesinin doğal olduğu, zira her kurumun farklı nedenlere dayanarak getirildiği ve farklı amaçlara sahip olan hedeflere yöneldiği dile getirilmiştir. Erişir Karacan/Karacan, s. 300.

kontrolü eşiğinin TTK'ya kıyasla daha dar olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla, oy hakkının çoğunluğuna değil %50'sine sahip olma ölçütü getirilmesi, değinilmesi gereken en önemli ayrışmadır. Öğretide, yönetim kontrolü ölçütü olarak %50 oranının belirlenmiş olmasının çağrı yükümlülüğünün amacına hizmet etmediği eleştirisi getirilmiştir⁵⁹¹.

İlaveten öğretide, halka açık şirketlerin mevcut durumdaki sermaye yapıları değerlendirildiğinde, TTK'ya nazaran daha dar belirlenmiş yönetim kontrolü eşiğinin halihazırda bir sorun teşkil etmediği; ancak atomize pay yapısına sahip halka açık şirketlerin sayısı artıkça (ve olması gerektiği şekilde halka açıklık oranları yükseldikçe) yönetim kontrolü eşiğinin düşürülmesinin gündeme gelebileceği belirtilmiştir⁵⁹².

4. Banka Hukukunda “Kontrol” Kavramı

4.1. Banka Hukukunda “Kontrol” Kavramının İşlevi

Artan rekabet ve teknolojiideki yeni gelişmelerle banka, sigorta, menkul kıymetler gibi finansal alanlarda; ölçek ekonomilerinin (*economies of scale*) getirilerinden ve sektörler arası sinerjiden faydalanmak, gelir kaynaklarını çeşitlendirmek ve müşteri kitlelerine sunulan ürün ve hizmet yelpazesini genişletmek amacıyla finansal grupların oluşumu hızlanmıştır⁵⁹³. 5411 s. Bankacılık Kanunu

⁵⁹¹ Manavgat, Halka Arz, s. 359.

⁵⁹² Paslı, Takeover Bid, s. 398.

⁵⁹³ Cengiz, D.: Finansal Holding Şirketler ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Konuya İlişkin Yapılabilecek Düzenleme Önerileri, Ankara 2003 (Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/413> Son Erişim: 01.09.2022), s. iv.

(“Bankacılık Kanunu”), bankaların bir topluluk içinde yer almasıyla doğan menfaat çatışmalarını kamu yararı gerekçesini temel alarak düzenlemiştir⁵⁹⁴. Zira, bankaların emin bir şekilde finansal istikrar içinde çalışması, finansal sistem için oldukça kritiktir. Öğretide, Bankacılık Kanunu’nun, şirketler topluluğunu Türkiye’de finansal gruplar itibariyle (en azından tanımlar ve sınırlamalar bakımından dar kapsamda) ilk düzenleyen kanun olma özelliğine vurgu yapılmaktadır⁵⁹⁵. Mülga Ticaret Kanunu döneminde şirketler topluluğu düzenlemesi bulunmadığı için, Bankacılık Kanunu gruplaşmaya ilişkin hükümler öngörerek finansal sistemi ve tasarruf sahiplerini korumayı amaçlamıştır. Ancak elbette Bankacılık Kanunu’nun düzenlemelerinde finansal gruplara bakış açısı, 6102 s. TTK’nın özel hukuk odaklı bakış açısından farklıdır ve bankaların emin bir şekilde çalışacak finansal yapıyı korumasına odaklıdır⁵⁹⁶. Çalışmanın aşağıdaki başlıklarında, bankacılık sektöründe “kontrol” kavramına Bankacılık Kanunu perspektifinden yaklaşılabilecektir⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Aytaç, Grup Bankaları, s. 61-62.

⁵⁹⁵ Aytaç, Grup Bankaları, s. 72; Aytaç, Z.: “Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları – 12, Ankara 2001, s. 8.

⁵⁹⁶ Altay, S. A.: Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı, İstanbul 2019, s. 9, Tekinalp, Ü.: Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 205.

⁵⁹⁷ TTK’nın kontrol perspektifinin bankacılık sektörüne uygulanması hususunda, grup bankaları ve finansal holdinglere şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabilirliği tartışmasına, çalışmanın sınırları gereği burada yer verilememektedir. Bu hususta, Aytaç’ın şirketler topluluğunun kontrol hükümlerinin grup bankalarına ve finansal holdinglere uygulanabileceği; kaldı ki Bankacılık Kanunu m. 3’ün de buna açıklık tanıdığı görüşüne katıldığımızı belirtmekle yetineceğiz. Aytaç, Grup Bankaları, s. 70.

Bu itibarla, Altay’ın da işaret ettiği gibi, finansal holdinglere öncelikle özel hüküm niteliğini haiz Bankacılık Kanunu hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde genel hüküm niteliğinde olan TTK’nın şirketler topluluğu hükümleri (m. 195 – 209) uygulanacaktır. Finansal holding şirketi olarak nitelendirilmeyen topluluklar hakkında ise, Bankacılık Kanunu m. 78/1 uyarınca “*Kurulca belirlenen kapsama girmekle birlikte finansal holding şirketi kurması zorunlu tutulmayan bir grubun tâbi olacağı hükümleri tespite Kurul yetkilidir.*” Bu itibarla, finansal holding şirketi olarak nitelendirilmeyen topluluklar hakkında uygulanacak kuralları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (“BDDK”) belirlemeye yetkilidir. BDDK bu hususta bir düzenleme yapmadığından, bu tür toplulukların TTK m. 195 – 209 hükümlerine tabi olacakları belirtilmektedir. Altay, Banka Anonim Ortaklığı, s. 150, 164.

İlaveten, rekabet hukukunda kontrol kavramının bankacılık sektöründeki izdüşümlerine ilişkin olarak bkz. Aşçıoğlu Öz, G.: Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunun Bankacılık Alanında Uygulanması, Ankara 2015, s. 101 vd; Zırhlıoğlu, T.: Rekabet Hukuku Açısından Türk Bankacılık Sektörü, İstanbul 2012, s. 53 vd. (Özellikle yoğunlaşmalara ilişkin bkz. 104 vd.); Bafra, E.: Rekabet Hukuku Açısından Banka Birleşmeleri, Ankara 2009, s. 125 vd.

Banka hukukunda kontrol kavramı, güven kurumu olan bankaların finansal sistemdeki özellikli yeri dolayısıyla, banka anonim ortaklığının hakim(ler)inin bankanın kaynaklarını kötüye kullanmalarının önlenmesi ve bankaların mali durumunun bozulması ihtimalinde bu kişilerin malvarlığına başvurulabilmesi bakımından önemlidir⁵⁹⁸. Zira, 5411 S. Bankacılık Kanunu’na öngörülen hakim ortak ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması ancak kontrol kavramı dolayısıyla hakim(ler)in bulunmasıyla olabilir⁵⁹⁹. Ayrıca, riskli işlemlere sınırlama getirilmesini kolaylaştırmak bakımından da kontrol kavramı önem arz etmektedir⁶⁰⁰. Sonuç olarak, banka üzerindeki kontrol ilişkilerinin belirlenmesi, banka anonim ortaklığının hakim(ler)inin bankanın kaynaklarını kötüye kullanmaları ihtimalinin önüne geçilmesi ve bankanın mali durumunun bozulması söz konusu olursa banka ortaklığına hakim olan kimselerin malvarlığına başvurulabilmesi amaçlıdır⁶⁰¹.

4.2. Bankacılık Kanunu’nun “Kontrol” Düzenlemesi

Bankacılık Kanunu, “kontrol” kavramını “*Tanımlar ve kısaltmalar*” başlıklı 3. maddesinde “*Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine 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*

⁵⁹⁸ Altay, Ortak Girişimler, s. 427.

⁵⁹⁹ Cengiz, D.: “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, C. 23, S. 1, s. 397.

⁶⁰⁰ Hazar, A./Babuşçu, Ş.: Banka Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, 42

⁶⁰¹ Altay, Ortak Girişimler, s. 427; Sönmez, s. 272

*tasarrufla bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması” olarak tanımlamaktadır*⁶⁰². Bu hükme öğretide, yasama tekniği bakımından hükmün düzenleniş biçiminin yerinde olmadığı yönünde bir eleştiri getirilmiş, zira kanun koyucunun kontrol kavramını tanımlamadığı, hükümde saydığı olguları kontrole yol açan durumlar olarak değil kontrol kavramını oluşturan ölçütler olarak esas aldığı belirtilmiştir⁶⁰³. Gerçekten de kanun koyucu, özel olarak hukuki araçları saymış⁶⁰⁴, ancak kontrole kavramsal açıdan yaklaşmamıştır⁶⁰⁵.

Bu itibarla, Bankacılık Kanunu’nun tanımına göre kontrol, şu durumlarda tesis edilmiş olacaktır:

1. Banka anonim ortaklığının⁶⁰⁶ paylarının çoğunluğuna sahip olunması:

Anılan bu çoğunluğun asgari %50 + 1 oy olması yönünde bir şart yoktur.

Ayrıca, çoğunluğa doğrudan ya da dolaylı biçimde sahip olunabilir.

⁶⁰² Yine aynı maddedeki tanıma göre “kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usûl ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketi” (Bankacılık Kanunu’nun tercih ettiği terminoloji ile) ana ortaklık, “ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıklar” ise bağlı ortaklık olarak tanımlanmaktadır. Bankaların Konsolide Finansal Tablolarının Düzenlenmesine İlişkin Tebliğ’de ise, “ana ortaklık” değil “ana ortaklık banka” tanımlanmış, “Ana ortaklık banka: Bağlı ortaklıkları ve/veya birlikte kontrol edilen ortaklıkları bulunan ve gruba dahil ortaklıkların finansal tablolarının nezdinde konsolide edildiği Türkiye’de kurulu bankayı (...) ifade eder” denilerek, Bankacılık Kanunu’nun tanıma dahil ettiği finansal holding şirketi tanımının dışında tutulmuştur. Bağlı ortaklık ve kontrol tanımları için, doğrudan Bankacılık Kanunu’nun yukarıda ilgili kısımları alıntılanan 3. maddesine atıf yapılmış, ancak Kanun’da tanımlanmayan grup ve iştirak tanımlarına yer verilmiştir: “Grup: Ayrı tüzel kişilik altında faaliyet gösterecekleri dahi, aynı sermayedar grubun kontrol ettiği, ana ortaklık banka altında; yurt içinde ve yurt dışında kurulu ortaklıklardan oluşan topluluğu, İştirak: Ana ortaklık bankanın sermayesine katıldığı, üzerinde kontrolü bulunmamakla birlikte önemli etkinliğe sahip olduğu, yurt içinde veya yurt dışında kurulu bulunan ortaklığı (...) ifade eder.”

Tanımlardan görülebileceği üzere, bankacılık hukukunda ana ortaklık kavramı, yalnızca bağlı ortaklıkları hakimiyeti altında tutma unsurunu değil, gruba dahil olan bankaların finansal tablolarının nezdinde konsolide edilmesi niteliğini de barındırmaktadır.

⁶⁰³ Altay, Ortak Girişimler, s. 386.

⁶⁰⁴ Paslı, AO Devralınması, s. 39.

⁶⁰⁵ Altay, Ortak Girişimler, s. 393.

⁶⁰⁶ 5411 s. Bankacılık Kanunu m. 7/1(a) uyarınca, Türkiye’de kurulacak bir bankanın anonim şirket olarak kurulması gerekmektedir. Bkz. Reisoğlu, S.: Bankacılık Kanunu Şerhi – Cilt 1, Ankara 2015, s. 1151.

Burada, “bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna (...) sahip olunması”nın kontrole vücut vereceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. Ancak, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere TTK m. 195/2, (oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluk sermaye çoğunluğunu etkisiz hale getirebileceğinden) sermaye çoğunluğunu hakimiyetin varlığı yönünden sadece bir karine olarak görmekte; bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip olunmasını hakimiyetin tesisi için yeterli bulmamaktadır. Bu itibarla, sermaye çoğunluğuna sahip olma her zaman hakimiyet bahşetmeyeceğinden, öğretideki TTK m. 195 düzenlemesinin Bankacılık Kanunu’nun düzenlemesine nazaran daha isabetli olduğu görüşüne katılıyoruz⁶⁰⁷.

2. **Çoğunluk paylarına sahip olunmamasına karşın imtiyazlı payların elde bulundurulması marifetiyle:** Oyda imtiyaz sağlayan paylar yoluyla, sermayenin yarısından fazlasını temsil eden paylar sahip olunmasa dahi oy haklarının çoğunluğuna sahip olunabilir. Bu itibarla, yönetime katılmada imtiyaz kontrolün elde edilmesine hizmet ettiğinden, kanun koyucunun imtiyazları kontrolün tesis araçlarından biri olarak sayması yerindedir⁶⁰⁸.
3. **Oy sözleşmeleri uyarınca (diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden) veya herhangi bir suretle⁶⁰⁹ yönetim kurulu üyelerinin**

⁶⁰⁷ Altay, Ortak Girişimler, s. 382, dn. 952; Uygun, s. 35.

⁶⁰⁸ Altay, Ortak Girişimler, s. 387.

⁶⁰⁹ Bankacılık Kanunu’nun kontrol tanımında kanun koyucunun kontrolün diğer tesis biçimlerinin yanı sıra “herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması” ifadesine de tanımda yer verdiği dikkat çekmektedir. Öğretide, bu yolla kanun koyucunun “şirketler hukuku ve uygulamanın gelişimine paralel olarak ortaya çıkabilecek diğer yöntemlere de kapıyı açık bıraktığı” ifade edilmiştir. Bkz. Altay, Ortak Girişimler, s. 387, Uygun, s. 35.

karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme:

Kontrolün bu tesis biçimi öğretide iki yönden eleştirilmiştir. Öncelikle, hükmün bu kısmı yalnızca yönetim kurulunu esas aldığı için eleştirilmektedir, zira stratejik kararlar yalnızca yönetim kurulunda alınmamaktadır⁶¹⁰. Kontrol tanımının, genel kuruldaki stratejik kararlara yön verebilmeyi de içerecek şekilde oluşturulması yerinde olurdu. İkinci eleştiri ise, “yönetim kurulunu görevden alabilme”nin bir kontrol göstergesi olması noktasındadır. Zira anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları genel kurulun münhasır yetkisindedir⁶¹¹. Bu itibarla, genel kurul dışında herhangi bir pay sahibinin yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu görevden alması imkanı değildir⁶¹². Ancak, oyda imtiyaz yoluyla veya sermayenin yarısından fazlasını temsil eden paylara sahip olunması yoluyla oy haklarının çoğunluğuna sahip olunursa genel kurulda yönetim kurulu üyesinin görevden alınması yönünde alınacak bir kararda etkide bulunulması söz konusu olabilir. Ayrıca, bu yollarla genel kurulda yönetim kurulu üyesinin görevden alınması yönünde alınacak bir kararda etkide bulunulsa bile, yönetim kurulu üyesinin görevden alınmasını sağlama gücü tek başına hiçbir surette şirketin stratejik kararları üstünde etkide bulunulması gücünü vermemektedir⁶¹³. Bu nedenle, yönetim kurulu üyesini görevden alabilecek güce sahip olmanın

⁶¹⁰ Altay, Ortak Girişimler, s. 388-389.

⁶¹¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 530-531.

⁶¹² Altay, Ortak Girişimler, s. 391.

⁶¹³ Altay, Ortak Girişimler, s. 393.

kontrolü sağlayabileceği yönündeki düzenlemenin yerinde olmadığı görüşüne katılıyoruz.

4.3. Bankacılık Hukukunun “Yönetim Kontrolü” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması

Öğretide TTK’nın şirketler topluluğu ve Bankacılık Kanunu’nun kontrol düzenlemelerinin tam olarak örtüşmediği ancak araç ve yöntemler bakımından büyük ölçüde benzerlik taşıdığı ifade edilmektedir⁶¹⁴. Şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet kavramı ile banka hukukundaki kontrol kavramının ayrıldığı en önemli nokta, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere çoğunluk paylarına sahip olunmasına ilişkin yaklaşımdır. Şirketler topluluğunda hakimiyetin sağlanması bakımından çoğunluk paylarına sahip olunması karine iken, Bankacılık Kanunu bu durumda kontrole hükmetmektedir. Bankacılık Kanunu’nun bu yaklaşımı, özellikle oyda imtiyaz yoluyla azınlığın veto hakları vesilesiyle kararlarda belirleyici olabildiği örnekler gibi çoğunluk paylarına sahip olmanın her zaman hakimiyeti sağlamadığı örnekleri göz ardı etmektedir. Şirketler topluluğundaki hakimiyet ve Bankacılık Kanunu’ndaki kontrol kavramları arasında değinilmesi gereken ikinci fark ise, Bankacılık Kanunu’nun (yukarıda eleştirileri aktardığımız üzere) yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünü kontrol sağlayan bir durum olarak nitelendirmiş olmasıdır. Son olarak, öğretide

⁶¹⁴ Aytaç, Grup Bankaları, s. 69; Gürpınar, B.: “Banka Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü - Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (Ed. Topaloğlu, M./Özer, I.), Ankara 2019, s. 152; Atakan, s. 64.

Bankacılık Kanunu’nun kontrole kavramsal açıdan yaklaşmadığı ve hangi olguların varlığı halinde kontrolden bahsedilebileceğini düzenlediği belirtilmelidir⁶¹⁵.

5. Finansal Raporlama Standartlarında “Kontrol” Kavramı

5.1. Finansal Raporlama Standartlarında “Kontrol” Kavramının İşlevi

Finansal tablolar; şirketlerin pay sahipleri, alacaklılar potansiyel yatırımcılar, çalışanlar, işletmeye verebilecek kredi kuruluşları, işletmeye mal ve hizmet satanlar, işletmenin müşterileri ve nihayet kamu için oldukça önemlidir. 6102 s. TTK’nın önemli yeniliklerinden biri de uluslararası standartlara dayanan bağımsız denetim sisteminin benimsenmesidir⁶¹⁶. Zira, finansal tabloların küreselleşmesi, yatırımcıların ve kredi verenlerin kararları, payların uluslararası borsalara kote ettirilebilmesi ve denetim otoritelerinin etkin denetimi bakımından oldukça önemlidir⁶¹⁷.

TTK m. 88 uyarınca ve Gerekçe’de de ifade olunduğu üzere, Kamu Gözetimi Kurumu (“KGK”) tarafından yayımlanan Türkiye Muhasebe Standartları, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (*International Accounting Standards Board – “IASB”*) tarafından yayımlanan Uluslararası Finansal Raporlama Sistemi (*International Financial Reporting Standards – “IFRS”*) ile özdeş olacağı için⁶¹⁸ 6102 s. TTK ile

⁶¹⁵ Altay, Ortak Girişimler, s. 393.

⁶¹⁶ Demir, K.: “Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uymu - Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 255-259.

⁶¹⁷ Manavgat, Ç.: “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, BATİDER 2014, C. 20, S. 3, s. 42.

⁶¹⁸ KGK, Uluslararası Muhasebe ve Finansal Raporlama Standartlarının tercümesini yaparak Türkiye Muhasebe Standartları (“TMS”) ve Türkiye Finansal Raporlama Standartları (“TFRS”) olarak yayımlamaktadır. TMS ve TFRS Yorumları ise, IFRS Yorumlama Komitesi (*IFRS Interpretations Committee – “IFRIC”*) tarafından oluşturulan ve IASB tarafından uygun görülüp yayımlanan

IFRS'nin Türkiye'de uygulanması sağlanmış olmaktadır. Bu düzenleme ile amaçlanan, Türkiye uygulamasının hem ayrıntılı hem de gelişme halindeki standartların hakimiyeti altına girmesi ile bu alanda uluslararası toplumla ve piyasalarla bütünleşmiş olmasıdır⁶¹⁹.

Kanun'un 517. maddesinin birinci fıkrası, konsolide finansal tabloları⁶²⁰ hazırlamakla yükümlü işletmelerin ve hangi işletmelerin konsolidasyon kapsamına gireceğinin belirlenmesinde (ve ilgili diğer konularda) Türkiye Muhasebe Standartları'nın geçerli olduğunu hüküm altına almıştır. 517. maddenin ikinci fıkrası şirketler topluluğunun konsolide finansal tablolarının hazırlanması hususunda, anonim şirketlerin finansal tabloları bakımından kurucu ilke olan dürüst resim ilkesine (TTK m. 515)⁶²¹ atıf yapmakta, 518. madde ise hakim şirketin yönetim kurulu tarafından

Yorumların birebir çevirileridir. Örtten, R./Kaval, H./Karapınar, A.: Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS – TFRS) Uygulama ve Yorumları, 10. Baskı, Ankara 2017, s. v. TFRS'nin IFRS ile özdeş olma zorunluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Altaş, S.: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 773-774.

⁶¹⁹ Gerekçe, m. 88; Pulaşlı, Şerh C. III, s. 2607-2608.

⁶²⁰ Konsolidasyon, “kontrol eden ortaklıkla kontrol edilen ortaklıkların hesaplarının birlikte tutulması ve bütünleştirilmesi” anlamına gelmektedir. Konsolide finansal tablolar da hakim şirketin ve bağlı şirket(ler)in mali yapılarını, bu öznelerin birbirleriyle ilişkilerini ortaya koyacak şekilde yansıtan tablolardır. Altay, Ortak Girişimler, s. 394-395.

Tekinalp'e göre de, konsolide finansal tablolar bağlı ve hakim şirketlerin mali yapıları ve ilişkileri açısından bilgi verici, açıklayıcı ve özellikle denetleyici araçlardır. Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 234.

Bu itibarla konsolidasyonun amacı, şirketler topluluğunun finansal durumunun gerçeğe uygun biçimde bir bütün olarak görülebilmesi için hakim şirket ve bağlı şirketlerin aktif, pasif, gelir ve giderleri ile gayri nakdi yükümlülüklerini “konsolide ederek” tek bir bütünlüğe ait biçimde göstermektir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun II.14.1. sayılı Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği'nden de, konsolide finansal tabloların amacının; hakim şirketle bağlı şirketlerin aktifleri, pasifleri, finansal durumu ve kâr ve zararı ile ilgili gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmak olduğu anlaşılmaktadır (m.9). Altıntaş, A.: Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standartları Doğrultusunda Konsolide Finansal Tablolarla İlgili Uygulama, Trabzon 2021 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 5; Taşpunar, E.: Uluslararası Muhasebe Standartlarına Göre Konsolidasyon ve Bir Uygulama, İstanbul 2015 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 9; Arslan Toramanoğlu, N.: Şirketler Topluluğunda Konsolidasyon: Muhasebe ve Finansal Raporlama Standartları Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 16.

Ayrıca konsolidasyonun olumlu ve olumsuz yönleri için bkz. Şeker, Y.: “Karşılıklı İştirak Durumunda Konsolidasyon”, Muhasebe Enstitüsü Dergisi 2020, S. 63, s. 57-58.

⁶²¹ TTK m. 515 uyarınca TMS'ye göre hazırlanacak anonim şirket finansal tabloları dürüst resim ilkesine uygun olmalı; yani finansal tablolar şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını, tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin

hazırlanacak olan topluluğa ilişkin yıllık faaliyet raporu bakımından anonim şirket yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu için öngörülen esasların (TTK m. 515) geçerli olacağını hüküm altına almaktadır.

TTK m. 517'nin işaret ettiği, konsolide finansal tablolara ilişkin güncel standart, "TFRS 10 - konsolide finansal tablolar standardı"dır⁶²². Bu itibarla, TFRS 10, "bir işletme bir veya daha fazla işletmeyi kontrol ettiğinde düzenlenecek olan konsolide finansal tabloların hazırlanmasına ve sunumuna ilişkin finansal raporlama ilkelerini belirlemeyi" amaçlamaktadır⁶²³. Bu amaç doğrultusunda TFRS 10 uyarınca,

niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtabilecek şekilde çıkarılmalıdır. Zira, Kavramsal Çerçeve'de ifade olunduğu üzere "*Finansal bilginin faydalı olması için, ihtiyaca uygun olması ve açıklamayı amaçladığı hususu gerçeğe uygun bir şekilde sunması gerekir. Finansal bilgi karşılaştırılabilir, doğrulanabilir, anlaşılabilir ise ve zamanında sunulmuşsa söz konusu bilginin faydası arttırılmış olur.*" [Bkz. Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu Tarafından Yayımlanan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve Hakkında Tebliğ'in (Sıra No: 209) ekinde Yer Alan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve, Nö 4)] TTK m. 515'in yasal çerçevesini çizdiği, finansal tabloların kurucu unsuru olan dürüst resim ilkesinin içeriği, muhasebe ilke ve kavramlarıyla belirlenmektedir. Dürüst resim ilkesi, TTK m. 517 ve m. 518 uyarınca, şirketler topluluğunun finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporları konusunda da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Manavgat, Ç.: "Anonim Ortaklıklarda Dürüst Resim İlkesi – Kapsam ve İlkeye Aykırılığın Finansal Tabloların Geçerliliğine Etkisi", BATİDER 2019, C. 35, S. 4, s. 5.

Dürüst resim ilkesinin algılanışı bakımından süregelen bir tartışma: Dürüst Resim İlkesi ile İhtiyat Prensibi Çelişkisi. Alman geleneğinin dürüst resim ilkesine diğer ilkelerle birlikte yer vermekle birlikte ilkenin üst norm özelliğini kabul etmek istemediği ve nötr bir tablodansa kötü senaryo üzerinden resmin oluşturulduğu ihtiyat prensibini (*Vorsichtsprinzip*) tercih ettiği hakkında açıklamalar için bkz. Demir, K.: "Sermaye Ortaklıklarının Ferdi ve Konsolide Yılsonu Finansal Tabloları", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu - Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 249.

⁶²² TFRS 10 standardından önce konsolidasyona ilişkin olarak TMS 27 "Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolar" standardı mevcuttu. Mayıs 2011'de, TMS 27 "Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolar" standardı yerine TFRS 10 standardı yayınlanmıştır. 2013 yılından itibaren konsolide finansal tablolara ilişkin olarak TFRS 10 standardı kullanılmaktadır. Örtten, R./Kaval, H./Karapınar, A.: Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS – TFRS) Uygulama ve Yorumları, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 755.

TMS 27 standardında kontrol kavramı hakkında incelemeler için bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 90-92.

TMS 27 ve TFRS 10 standartlarındaki kontrol kavramının kıyaslayan bir çalışma için bkz. Terzi, S.: "Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri ve Kontrol Modeli" Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi 2013, C. 15, S. 1, s. 291.

Uygun, s. 39-40.

⁶²³ Savaşkan, D. E.: Konsolide Finansal Tablolar Standardının (TFRS 10) İncelenmesi, İstanbul 2015 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 31.

hakim şirket (veya TTK m. 195/5 uyarınca teşebbüs) konsolide finansal tablolar sunmak zorundadır⁶²⁴.

TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar Standardı'nda ("Standart" olarak anılacaktır) kontrol konsolidasyonun dayanağıdır⁶²⁵. Bu itibarla, aşağıdaki başlıkta detaylı olarak açıklanacağı üzere, konsolidasyonun belirleyicisi kontrol ilişkileri olmaktadır. Bir diğer deyişle, kontrol kavramının finansal raporlama standartları bakımından işlevi, konsolidasyonu belirleyiciliğidir.

Kontrol kavramı bakımından anılması gereken iki diğer standart ise TMS 28 ve TFRS 11'dir. TMS 28 "İştirakler ve İş Ortaklıklarındaki Yatırımlar" standardının amacı "*iştiraklerdeki yatırımların muhasebeleştirilmesini tanımlamak, iştiraklerdeki ve iş ortaklıklarındaki yatırımların muhasebeleştirilmesi durumunda özkaynak yönteminin uygulanmasına ilişkin hükümleri ortaya koymak*" iken, TFRS 11 "Müşterek Anlaşmalar" standardı "*müştereken kontrol edilen anlaşmalarda (müşterek anlaşmalarda) payı olan işletmeler tarafından yapılacak finansal raporlamanın ilkelerini düzenlemeyi*" amaçlamaktadır. TFRS 11 ve TMS 28, kontrolü detaylı olarak ele almamakta, müşterek kontrol ve önemli etkiye dair açıklamalar sunmaktadır.

⁶²⁴ Bu kuralın istisnaları da TFRS 10'da şu şekilde belirlenmiştir:

"Aşağıdaki koşulların tamamını karşılayan bir ana ortaklık konsolide finansal tablo sunmak zorunda değildir:

(i) Ana ortaklığın başka bir işletmenin tamamen sahip olduğu bir bağlı ortaklık olması ya da başka bir işletmenin kısmen sahip olduğu bir bağlı ortaklık olması ve oy hakkı olmayan ortaklar da dâhil olmak üzere, diğer ortaklara ana ortaklığın konsolide finansal tablo sunmayacağını bildirilmiş olması ve ortakların da bu duruma itiraz etmemiş olması,

(ii) Ana ortaklığın borçlanma araçlarının ya da özkaynağa dayalı finansal araçlarının kamuya açık bir piyasada (yerel ve bölgesel piyasalar da dâhil olmak üzere, yerli veya yabancı bir sermaye piyasasında veya tezgâh üstü piyasada) işlem görmüyor olması,

(iii) Ana ortaklığın, herhangi bir finansal aracın kamuya açık bir piyasada ihracı için bir sermaye piyasası otoritesine veya düzenleyici diğer bir kuruma, finansal tablolarını vermek suretiyle başvuruda bulunmuş olmaması veya başvuruda bulunma sürecinde olmaması ve

(iv) Ana ortaklığın nihai veya herhangi bir ara kademe ana ortaklığının kamunun kullanımına açık ve TFRS'lere uygun konsolide finansal tablolar hazırlıyor olması." Bkz. TFRS 10, "Kapsam", para. 4.

⁶²⁵ Busch, J/Zwirner, C.: 'Konsolidierung von Zweckgesellschaften nach IFRS 10, Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung (IRZ), 2012 373, s. 373.

Kontrolü işleyen temel standart TFRS 10 olduğundan, çalışmamızda TFRS 11 ve TMS 28 incelenmeyecektir.

5.2. TFRS 10 Standardında “Kontrol” Düzenlemeleri

TFRS 10 standardı, kontrolün nasıl uygulanacağını açıklamakta ve muhasebeleştirme hükümlerinin nasıl olacağına açıklık getirmektedir⁶²⁶. TFRS 10, kontrolü tariflerken “yatırımcı işletme” ve “yatırım yapılan işletme” kavramlarından hareket etmekte, ancak bu kavramların tanımını sunmamaktadır. İlaveten, “kontrol”e ek olarak bir de “güç” kavramına yer verilmiş; güç *“ilgili faaliyetlerin hâlihazırda yönetilmesi imkanını sağlayan mevcut haklar”* olarak tanımlanmıştır⁶²⁷. Kontrol ise şöyle tariflenmiştir: *“Yatırımcı bir işletme, yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kaldığı veya bu getirilerde hak sahibi olduğu, aynı zamanda bu getirileri yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücüyle etkileme imkanına sahip olduğu durumda yatırım yaptığı işletmeyi kontrol etmektedir.”*⁶²⁸ Kontrol ve güç kavramlarına bakıldığında, net olarak genişletilmiş kontrol yani fiili kontrolün esas alındığı görülmektedir⁶²⁹. Bu nedenle kontrol değerlendirilirken tanımlar ve standartlar, mutlak “nicel ölçütlere” (dar anlamda kontrol) bağlı tutulmamıştır⁶³⁰. Standartlar, nitel ölçütler üzerine kurulmuştur⁶³¹. İlaveten, yatırımcı işletme yatırım

⁶²⁶ Bkz. TFRS 10, “Amaç”, para. 1-2. Ayrıca bkz. Busch/Zwirner, IRZ 2012, s. 373.

TFRS 10, işletme birleşmelerine ilişkin muhasebeleştirme hükümlerini ve bu hükümlerin konsolidasyon üzerindeki etkilerini düzenlemekte, bu noktada TFRS 3 *İşletme Birleşmeleri* Standardı’na yollama yapmaktadır. Bkz. TFRS 10, “Amaç”, s.1, para. 3.

⁶²⁷ Bkz. TFRS 10, EK A – “Tanımlanan Terimler”, s. 5.

⁶²⁸ Bkz. TFRS 10, “Kontrol”, s. 2, para. 6.

⁶²⁹ Busch/Zwirner, IRZ 2012, s. 374; Pollmann, R.: ‘Beherrschungskonzepte nach IAS 27 und IFRS 10- Gegenüberstellung und Auswirkungen auf die Bilanzpraxis’, IRZ 2014 239, s. 240.

⁶³⁰ Busch/Zwirner, IRZ 2012, s. 374.

⁶³¹ Pollmann, IRZ 2014, s. 243-244.

yapılan işletmeyi kontrol ediyor ise, TFRS 10 uyarınca, bir veya daha fazla işletmeyi kontrol eden işletme olarak tanımlanan “ana ortaklık” olarak kabul edilecektir⁶³². Sonuç olarak, ana-yavru şirket ilişkisinin bulunduğu kabul edilen hallerde, topluluk finansal tablolarını bu standartlara göre hazırlanmakla yükümlüdür⁶³³.

TFRS 10’a göre kontrolün varlığını kabul edebilmek için aşağıdaki şartlar kümülatif olarak aranmaktadır⁶³⁴:

- 1. Güç:** Yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletmenin getirilerinin önemli ölçüde etkileyen faaliyetlerini yönetme imkanını veren haklara sahip olmak suretiyle “yatırım yaptığı işletme üzerinde güce sahip olmalıdır”.

TFRS 10’a göre, güç haklardan doğmaktadır. Bazen, örneğin oy haklarının çoğunluğunun elde tutulması⁶³⁵ gibi durumlarda, bu yönetme imkanı veren güç açıkça tespit edilebilmektedir⁶³⁶. Ancak, gücün sözleşmelerden doğduğu durumlarda kontrole vücut verip vermediği değerlendirmesi daha karmaşık olabilmektedir. Bu durumda

⁶³² Bkz. TFRS 10, “Kontrol”, s. 2, para. 6; EK A – “Tanımlanan Terimler”, s. 5.

⁶³³ Busch/Zwirner, IRZ 2012, s. 373.

⁶³⁴ TFRS 10, “Kontrol”, s. 2, para. 7.

⁶³⁵ TFRS 10’un “Oy haklarının çoğunluğuyla sahip olunan güç” için aradığı oran, oy haklarının yarısından çoğunun elde bulundurulmasıdır. Detaylar için bkz. TFRS 10, “Oy hakları – oy haklarının çoğunluğuyla sahip olunan güç”, s. 13, para. B35.

⁶³⁶ TFRS 10’un güç sağlayan haklara verdiği örnekler şunlardır:

“(a) Yatırım yapılan işletmedeki oy hakkı (veya potansiyel oy hakkı) şeklindeki haklar: Yatırım yapılan işletmenin, getirilerini önemli düzeyde etkileyen bir dizi işletme ve finansman faaliyetlerinde bulunması durumunda ve bu faaliyetlerle ilgili olarak asli karar almanın sürekli olarak gerekmesi durumunda, yatırımcı işletmeye güç sağlayan, genellikle, oy hakkı veya benzer haklar olmaktadır.

(b) Yatırım yapılan işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânı bulunan kilit yönetici personelini atama, yeniden atama veya azletme hakları;

(c) İlgili faaliyetleri yöneten başka bir işletmeyi atama ya da azletme hakları;

(d) Yatırımcı işletmenin, kendi menfaatine işlemler tesis etmek veya işlemlerdeki herhangi bir değişikliği veto etmek üzere yatırım yapılan işletmeyi yönetmeye yönelik hakları.

(e) Elinde bulunduran kişiye ilgili faaliyetleri yönetme imkânı veren diğer haklar (bir yönetim sözleşmesinde belirlenen karar alma hakları gibi).” TFRS 10, s. 9, para. B15-16.

TFRS 10, ilgili faaliyetlerin tek taraflı olarak yatırımcı şirket tarafından yönetilme imkanının olup olmadığının değerlendirilmesini önermektedir⁶³⁷.

⁶³⁷ İlavaten, TFRS 10, yatırımcı işletmenin haklarının yatırım yaptığı işletme üzerinde güç sağlamasına yeterli olduğuna ilişkin kanıt sağlayabilecek değerlendirmelere örnekler de sunmaktadır:

“Yatırımcı işletme, bu konuda sözleşmeye bağlı bir hakkı bulunmaksızın, yatırım yaptığı işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânına sahip kilit yönetici personelini atayabilmekte veya onaylayabilmektedir.

(b) Yatırımcı işletme, bu konuda sözleşmeye bağlı bir hak bulunmaksızın, kendi lehine olacak önemli bazı işlemleri gerçekleştirmek ya da bu tür işlemlerdeki değişiklikleri veto etmek suretiyle, yatırım yaptığı işletmeyi yönetebilmektedir.

(c) Yatırımcı işletme, ya yatırım yaptığı işletmenin idari organına üye seçimine ilişkin adaylık sürecinde ya da oy haklarını ellerinde bulunduran diğer kişilerden vekaleten oy toplanmasında baskındır.

(d) Yatırım yaptığı işletmenin kilit yönetici personeli, yatırımcı işletmenin ilişkili taraflarındandır (örneğin, yatırım yapılan işletmenin icradan sorumlu genel müdürü ile yatırımcı işletmenin icradan sorumlu genel müdürü aynı kişilerdir).

(e) Yatırım yapılan işletmenin idari organının üyelerinin çoğunluğu, yatırımcı işletmenin ilişkili taraflarındandır.” TFRS 10, “Yatırımcıya yatırım yapılan işletme üzerinde güç sağlayan haklar”, s. 10, para. B18.

Buna ek olarak TFRS 10, kimi durumda yatırımcı işletmeyle yatırım yapılan işletme arasında bulunan özel bir ilişkinin de pasif bir payı elinde tutma durumunun ötesine geçerek gücün varlığına delil oluşturabileceğini belirtmektedir. Bu itibarla, TFRS 10, aşağıda örnekleri sunulan durumlar mevcut ise, bu durumların sağladığı etkiye bulunma imkanının yatırımcı işletmenin diğer haklarıyla birlikte değerlendirilmesini ve gücün bulunup bulunmadığı analizinin buna göre yapılmasını önermektedir:

“(a) Yatırım yapılan işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânına sahip kilit yönetici personeli, yatırımcı işletmenin mevcut veya eski personelidir.

(b) Yatırım yapılan işletmenin faaliyetleri, aşağıdaki durumlarda olduğu gibi, yatırımcı işletmeye bağımlıdır:

(i) Yatırım yapılan işletme, faaliyetlerinin önemli bir kısmının finanse edilmesinde yatırımcı işletmeye dayanmaktadır.

(ii) Yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletmenin borçlarının önemli bir kısmına kefil olmaktadır.

(iii) Yatırım yapılan işletme, kritik öneme sahip hizmetler, teknoloji, malzemeler veya ham maddeler açısından yatırımcı işletmeye dayanmaktadır.

(iv) Yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletme için kritik öneme sahip lisans veya marka gibi varlıkları kontrol etmektedir.

(v) Yatırım yapılan işletme, kilit yönetici personel konusunda yatırımcı işletmeye dayanmaktadır (örneğin, yatırımcı işletmenin personeli, yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerine ilişkin özel bilgilere sahipse).

(c) Yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerinin önemli bir kısmı, yatırımcı işletmeyi içermekte ya da yatırımcı adına yürütülmektedir.

(d) Yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmeyle ilişkisinden kaynaklanan, getirilere maruz kalma veya getirilerde hak sahibi olma düzeyi, oy haklarından ya da benzeri haklardan orantısız bir biçimde daha büyüktür. Örneğin yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmenin oy haklarının yarısından azını elinde bulundurmasına rağmen, yatırım yaptığı işletmenin getirilerinin yarısından fazlasını hak ettiği ya da yarısından fazlasına maruz kaldığı durumlar ortaya çıkabilir.” TFRS 10, “Yatırımcıya yatırım yapılan işletme üzerinde güç sağlayan haklar”, s. 10, para. B19.

Buna ek olarak, gücün varlığının kabulü için yönetme imkanını kullanabiliyor olmak yeterlidir⁶³⁸, halihazırda kullanmış olmak aranmaz⁶³⁹. Birden fazla yatırımcı işletme bir yatırım yapılan işletme üzerinde güce sahipse, yatırım yapılan işletmenin getirilerini en önemli şekilde etkileyen faaliyetleri yönetme imkanına sahip olan yatırımcı işletmenin yatırım yapılan işletme üzerinde güce sahip olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁰.

TFRS 10, kontrolün unsurlarından olarak belirlediği güç kavramının belirlenmesine esas aldığı, yatırımcı şirketin yönetmesi beklenen “getirileri önemli ölçüde etkileyen faaliyetleri” şu şekilde örneklemiştir⁶⁴¹:

- “Yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerine ve (bütçe kararları da dâhil olmak üzere) sermaye yapısına ilişkin kararların saptanması,
- “Yatırım yapılan işletmenin kilit yönetici personelinin veya hizmet sağlayıcılarının atanması ve ücretlerinin belirlenmesi ile işlerine veya hizmetlerine son verilmesi,
- Mal ve hizmetlerin alımı ve satımı,
- Finansal varlıkların elde tutma süresince yönetimi,
- Varlıkların seçimi, edinimi veya elden çıkarılması,
- Yeni ürün ve süreçlerin araştırılması ve geliştirilmesi,
- Finansman yapısının belirlenmesi veya fon edinimi.”

⁶³⁸ Pollmann, IRZ 2014, s. 240.

⁶³⁹ TFRS 10, “Güç”, s. 2, para. 12.

Ancak, “hakları elinde bulunduranı (veya bulunduranları) bu hakları kullanmaktan alıkoyan herhangi bir engelin (ekonomik veya diğer) bulunup bulunmadığı” da değerlendirilmelidir. TFRS 10’da yer verilen engel örnekleri için bkz. TFRS 10, “Asli haklar”, s. 11, para. B22-24.

⁶⁴⁰ TFRS 10, “Güç”, s. 2, para. 13.

⁶⁴¹ TFRS 10, “Güç – İlgili faaliyetler ve ilgili faaliyetlerin yönetimi”, s. 7, para. B12.

2. Getiriler: Yatırımcı işletme, “yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalmalı veya bu getirilerde hak sahibi olmalıdır”.

Getirinin değişken olması ile kastedilen, yatırım yapılan işletmenin performans sonuçlarına bağlı olarak pozitif, sadece negatif veya hem pozitif hem de negatif olabilmesidir⁶⁴².

TFRS 10, getiriden pay almakla birlikte kontrol sahibi olmayan yatırımcıların da olabileceğine dikkat çekerek şu örneği vermiştir: “*Örneğin; kontrol gücü olmayan payları ellerinde bulunduranlar, yatırım yapılan işletmenin kârında veya kârdan yaptığı dağıtımlarda pay sahibi olabilir.*”⁶⁴³

3. Güç ve getiriler arasındaki ilişki: Yatırımcı işletme “elde edeceği getirilerin miktarını etkilemek için, yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücünü kullanma imkanına sahip olmalıdır”.

TFRS 10, salt gücün veya getiri elde etmenin kontrolün varlığı için yeterli olmadığını, “Yatırımcı işletmenin, ayrıca, elde edeceği getirilerin miktarını etkileyebilmek için yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücünü kullanma imkanına

⁶⁴² TFRS 10, “Getiriler”, s. 3, para. 15.

TFRS 10’un getirilere verdiği örnekler aşağıdaki gibidir:

“(a) Temettüler, yatırım yapılan işletmeden ekonomik faydaların diğer şekillerdeki dağıtımları (örneğin, yatırım yapılan işletme tarafından ihraç edilen borçlanma araçlarının faizleri) ve yatırımcı işletmenin yatırım yaptığı işletmedeki yatırımının değerinde meydana gelen değişiklikler.

(b) Yatırım yapılan işletmenin varlık veya borçlarının yönetimi karşılığında edinilen ücretler, kredi veya likidite desteği sağlanması karşılığında elde edilen ücretler ve bu nedenle maruz kalınan zararlar, yatırım yapılan işletmenin tasfiyesi halinde bu işletmenin varlık ve borç bakiyelerinde sahip olunan paylar, vergi avantajları, yatırımcı işletmenin yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisi dolayısıyla gelecekte likidite sağlaması.

(c) Diğer pay sahiplerinin yararlanamayacağı getiriler. Örneğin, yatırımcı bir işletme diğer varlıklarının değerini artırmak amacıyla, varlıklarını yatırım yaptığı işletmenin varlıkları ile birleştirerek kullanabilir (örneğin faaliyet fonksiyonlarının ölçek ekonomilerinden yararlanmak amacıyla birleştirilmesi, maliyet tasarrufu sağlanması, nadir bulunan ürünlerin satın alımı, özel bilgilere erişim ya da bazı faaliyetlerin ya da varlıkların kullanımının kısıtlanması gibi).” TFRS 10, “Yatırım yapılan işletmeden değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunması”, s. 19, para. B57.

⁶⁴³ TFRS 10, “Getiriler”, s. 3, para. 16.

sahip olması gerektiğini⁶⁴⁴ vurgulamıştır. Burada TFRS 10, karar alma hakkına sahip bulunan yatırımcının vekilinin, yatırım yapılan işletmeyi kontrol etmeyeceğini açıklamıştır⁶⁴⁵.

İlaveten, TFRS 10, “birlikte kontrol” kavramına da yer vermektedir. Buna göre: *“İki veya daha fazla yatırımcı işletmenin yatırım yaptıkları bir işletmenin ilgili faaliyetlerini (başka bir ifadeyle yatırım yaptıkları işletmenin getirilerini önemli ölçüde etkileyen faaliyetleri) yönetebilmek için birlikte hareket etmek zorunda olmaları halinde, yatırım yaptıkları işletmenin birlikte kontrolü söz konusudur. Bu tür durumlarda hiçbir yatırımcı diğerleriyle işbirliği yapmaksızın söz konusu faaliyetleri yönetemediğinden, hiçbir yatırımcı yatırım yapılan işletmeyi tek başına kontrol edememektedir. Her bir yatırımcı, bu işletmedeki payını ilgili TFRS’ler (TFRS 11 Müşterek Anlaşmalar, TMS 28 İştiraklerdeki ve İş Ortaklıklarındaki Yatırımlar veya TFRS 9 Finansal Araçlar gibi) uyarınca muhasebeleştirir.”* TFRS 10’un birlikte kontrol tanımı, rekabet hukukundaki ortak kontrol durumu ile paralellikler göstermektedir.

5.3. Finansal Raporlama Standartlarının “Kontrol” Kavramının “Hakimiyet” Kavramı ile Kıyaslanması

TFRS 10’un esas aldığı kontrol kavramı ve şirketler topluluğu hukukunun merkez kavramı hakimiyeti kıyaslamak adına TFRS 10’un kontrol ölçütleri

⁶⁴⁴ TFRS 10, “Güç ve getiriler arasındaki ilişki”, s. 3, para. 17.

⁶⁴⁵ TFRS 10, “Güç ve getiriler arasındaki ilişki”, s. 3, para. 18.

Delege edilen güç hakkında detaylı açıklamalar için bkz. TFRS 10, “Delege edilen güç”, s. 19-20, para. B58-B63.

incelendiğinde, ölçütlerin hukuki olmaktan çok ekonomik zorunlulukları temel alan ölçütler olduğu söylenebilir⁶⁴⁶. Ancak, elbette “şeffaflığın sağlanması ve ilgililerin aydınlatılması⁶⁴⁷” TFRS 10 ve şirketler topluluğu hükümlerinin ortak amacıdır.

Kontrolün ele alınışı yönünden TTK ve TFRS’nin kanımızca en önemli farkı, hakimiyetin tesisinde olumsuz etkiyi haiz yetkilerin değerlendirilmesi noktasındaki farktır. TTK’da hakimiyet kavramında esas olan, hükmedici etkide bulunma olanağıdır. Bu nedenle bu olanak sağlandığında, fiilen bu olanığın kullanılabilirliği istisna olarak tartışmaya açılmaktadır. Bu olanığın fiilen kullanılabilirliğini olumsuz etkileyen veto haklarının, hakimiyetin kurulmasında kural olarak göz önüne alınmaması bu konuya örnek teşkil eder. Ancak TFRS 10, B. 28 (b)’de düzenleme bulan durumlardan “yatırım yapılan bir işletmede kontrol gücü olmayan bir payı elinde bulunduran ancak işin olağan akışının gerektirdiğinden daha yüksek bir sermaye harcamasını ya da borçlanma aracı veya özkaynağa dayalı araç ihraçlarını onaylama hakkı” bulunan pay sahipleri, çoğunluk tarafından hakimiyetin aksine bir karine teşkil edebilmektedir⁶⁴⁸.

TTK ve TFRS 10’un kontrol kavramına bakış açısındaki ikinci önemli farklılık ise, TFRS 10’un “atama, yeniden atama veya azletme” haklarını yatırımcıya yatırım yapılan işletme üzerinde güç sağlayan haklar olarak değerlendirmesidir. Yukarıda

⁶⁴⁶ Uygun, s. 42.

⁶⁴⁷ Gerekçe, m. 198.

⁶⁴⁸ Kohl, T./Meyer, M.: ‘Beherrschung nach § 290 HGB im Vergleich zu IFRS 10’, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2014 1361, s. 1361.

TFRS 10, “Yatırımcı işletme, hakların yatırım yaptığı işletme üzerinde kendisine güç sağlayıp sağlamadığını değerlendirirken, haklarının ve diğer tarafların elinde bulundurduğu hakların koruyucu haklar olup olmadığını değerlendirmelidir.” demekte, koruyucu haklara örnek olarak, yukarıda alıntılanan B. 28 (b)’ye ilaveten şu örnekleri vermektedir:

“(a) Borç alanın, borç verenin zararına olacak şekilde kredi riskini önemli düzeyde değiştirebilecek faaliyetler üstlenmesini sınırlayan, borç verenin sahip olduğu haklar.

(...)

(c) Kredi geri ödeme hükümlerini yerine getirememesi durumunda, borç verenin, borçlunun varlıklarına el koyma hakkı.”

açıklandığı üzere, anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması genel kurulun devredilemez yetkilerindendir⁶⁴⁹. Bu itibarla, oyda imtiyaz yoluyla veya sermayenin yarısından fazlasını temsil eden paylara sahip olunması yoluyla oy haklarının çoğunluğuna sahip olunarak genel kurulda yönetim kurulunun görevden alınması kararında etkide bulunulabilecek olsa da, bu yetki stratejik kararların alınmasında olumlu bir etkinin varlığını doğrudan göstermemektedir.



⁶⁴⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 530-531.

SONUÇ

Bağımsız hukuk öznelere olan şirketler, teknik, ekonomik ve hukuki nedenlerle ekonomik bir bütünlük içerisinde girerek bir topluluk çatısı altında birleşmektedirler. Topluluk çatısı altında birleşen, hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan şirketler ve hakim şirketin birlikte oluşturduğu yapı, şirketler topluluğudur. Şirketler topluluğu hukuku da, bu birlikteliği konu edinerek, hâkim şirket ile bağlı şirketler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Ayrıca, ortakların, pay sahiplerinin ve alacaklıların özel dava haklarıyla korunması, bu bağlamda özel sorumluluk kuralları öngörülmesi ve böylece şeffaflığın sağlanması, şirketler topluluğu hukukunun konusudur. 6102 sayılı TTK ile getirilen şirketler topluluğu düzenlemeleri ile, ekonomik yaşamda süregelen fiili durum hukuk dünyasında da tanınmış, şirketler arasındaki “hakimiyet” ilişkisine hukuki sonuçlar bağlanmıştır.

Şirketler topluluğunun iki temel unsuru bulunmaktadır: Hakim şirket ve bağlı şirket(ler) ve hakim şirket ile bağlı şirket(ler) arasında, topluluğun bütünlüğünü sağlayan “hakimiyet” unsuru. TTK m. 195/1, bir “ticaret şirketinin”, diğer bir “ticaret şirketi” üzerinde hakimiyet kurmasını öngörmektedir. TTK m. 195/5, şirketler topluluğunun hakiminin bir “teşebbüs” olması halinde de şirketler topluluğunun oluşacağını ve bu hâkim teşebbüsün tacir sayılacağını hüküm altına almaktadır. Ancak, bu fıkra istisnai olarak uygulama bulmaktadır. Şirketler topluluğunun oluşumu için gereken asgari şirket sayısı bakımından ise, öğretideki baskın görüş bir hakim şirket ve bir bağlı şirketin varlığını şirketler topluluğunun oluşumu için yeterli kabul etmektedir. Şirketler topluluğunun ikinci unsuru ise, topluluğun merkez kavramı olan hakimiyettir. Hakimiyet ve kontrol kavramları iç içe geçmektedir. Çalışmamız

sonucunda, hakimiyet kavramının somutlaştırılması ihtiyacının daha matematiksel bir kavram olan kontrol kavramını ortaya çıkardığı kanısına ulaşılmıştır. Hakimiyet kavramı kontrolü de kapsayan bir üst kavramdır ve fiili hakimiyet, belirleyici etki uygulama imkanı gibi bağlı şirketi yönlendirme imkanı veren birden çok olguyu kapsamaktadır. Hakimiyet ve kontrol kavramları, çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı olarak ele alınmıştır.

Şirketler topluluğunun süjeleri, topluluk dışı bir şirketi devralmak suretiyle veya topluluk süjesi şirketlerin aralarında gerçekleştirdikleri devralma işlemleriyle yeniden yapılabilmektedirler. Şirketler topluluğunda gerçekleşen devralmalar (özellikle topluluk içi devralmalar) hakimiyet ve kontrol durumlarında bir değişikliğe yol açmamaları nedeniyle, başta şirketler hukuku olmak üzere birçok hukuk alanında özellikli haller vücut vermektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, şirketler topluluğunda gerçekleşen devralmalarda hakimiyet ve kontrol kavramı dolayısıyla ortaya çıkan bu özellikli haller inceleme konusu yapılmıştır. Bu bölümde, ilk olarak, topluluk içi devralmaların şirketler hukuku alanındaki özellikli bir görünümü olan “kolaylaştırılmış birleşme” ele alınmıştır. Bu itibarla, TTK m. 155 ve 156 (“yeniden iç yapılanmaları”) kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Kolaylaştırma, birleşmeye katılan şirketler yönünden yüzde 100 (TTK m. 155 f. 1, m. 156 f. 1) ya da en azından yüzde 90 (TTK m. 155 f. 2, m. 156 f. 2) oranında malvarlığının aynı şirketin elinde bulunup bulunmamasına bağlanmıştır. İki halde de Kanun kolaylaştırılmış birleşmeden söz etmektedir. Kolaylaştırılmış birleşme usulü, hakimiyette bir değişiklik olmamasından hareketle öngörölmüş bir dizi kolaylık getirmektedir. Bu itibarla, şirketler topluluğunda topluluk içinde gerçekleşen bir devralmada hakimiyette bir değişiklik olmaması, özellikli bir hal olan kolaylaştırılmış birleşmeye vücut vermektedir.

Devralma işleminin taraflarından en az birinin halka açık bir şirket olması durumunda, Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuat uygulanacaktır. İlaveten, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 23. maddesinin birinci fıkrası uyarınca devralma işleminin taraflarından en az birinin halka açık bir şirket olması durumunda önemli nitelikte işlem söz konusu olacaktır. Bir grup içi devralma söz konusu ise, iki durumda kolaylaştırılmış birleşme uygulanabilecektir. Halka açık ortaklığın devralacağı yavru şirkete, halka açık şirket paylarından verilmesinin gerekmediği durumda ve halka açık ortaklığın devralacağı yavru şirketin azınlık pay sahiplerine, halka açık şirket paylarından verilmesinin gerektiği durumda kolaylaştırılmış birleşme söz konusudur.

Şirketler topluluğunda devralmaların kontrol kavramı dolayısıyla özellik gösterdiği bir diğer durum olarak, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleştirilecek devralmaların rekabet hukuku bağlamında yoğunlaşmaların denetlenmesi bakımından nasıl incelendiği aktarılmış, bu itibarla “grup içi işlem” kavramına değinilmiştir. Alman hukukunun aksine, rekabet hukuku mevzuatımızda şirketler topluluğunda topluluk içerisinde gerçekleştirilen devralma yönünden açık bir hüküm bulunmamaktadır. “2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in m. 6/1(a) hükmünde düzenleme bulan grup içi işlemler ve teşebbüs kavramı, şirketler topluluğunda topluluk içi devralmalarda uygulama alanı bulmaktadır. Zira, hakim ve bağlı şirketlerden oluşan bir şirketler topluluğunun bulunduğu hallerde, topluluğu oluşturan şirketler rekabet hukuku anlamında tek bir teşebbüs olarak kabul edilir. Tam da bu nedenle, topluluk içi yapılanmalarda, yoğunlaşma içine girecek iki (rekabet hukuku anlamında) teşebbüs bulunmadığı için topluluk içindeki devralma yoluyla birleşme, rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma olarak kabul edilmemektedir.

Kontrol kavramının şirketler topluluğunda devralmalar bakımından rekabet hukuku alanında belirleyici olduğu ikinci husus ise, Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmü uyarınca cironun hesaplanmasıdır. Anılan hüküm incelenerek şirketler topluluğunun bir süjesinin gerçekleştireceği bir yoğunlaşma işleminde yoğunlaşma denetiminin incelenmesinde esas alınacak cironun nasıl belirleneceği bakımından ciro hesabına değinilmiştir. Birleşme Devralma Tebliği m. 8/1 hükmü [Alman hukukundaki adlandırması ile “grup klozu” (*Verbundklausel*)] topluluk içinde malvarlığının yerinin değiştirilmesi suretiyle Birleşme Devralma Tebliği hükümlerinin dolanılmasının önüne geçmektedir.

Topluluk içi devralmaların, sermaye piyasası hukuku bakımından özellik gösterdiği haller ise pay alım teklifi zorunluluğundan istisna olma ve pay alım teklifi zorunluluğundan muafiyet durumlarıdır. Sermaye Piyasası Kanunu’nun 26. maddesinin m. ikinci ve üçüncü fıkraları ile Pay Alım Teklifi Tebliği’nin 12. maddesi uyarınca “ortaklığın oy haklarına, tek başına veya birlikte hareket eden kişiler tarafından doğrudan veya dolaylı %50’sinden fazlasına sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkına yahut genel kurulda söz konusu üyelikler için aday gösterme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olunması” durumlarında yönetim kontrolü elde edilmiş olacaktır. Yönetim kontrolü değişikliği üzerine şirketten ayrılmak isteyen yatırımcıların zarara uğramadan şirketten ayrılabilmelerine olanak sağlamak için pay alım teklifi zorunluluğu getirilmiştir. Zira, bir şirkette yönetim kontrolünün değişmesi üzerine azınlık pay sahiplerinin değişen konjonktürü kabul etmek zorunda olmaları adil değildir. Ancak, şeklen bir kontrol değişikliğinin olduğu, gerçek bir kontrol değişikliğinin söz konusu olmadığı durumlarda, Pay Alım Teklifi Tebliği’nin 14. maddesi uyarınca pay alım teklifi

zorunluluğu doğmamaktadır. Bu itibarla, Pay Alım Teklifi Tebliği'nin 14. maddesinin ilk fıkrasının (ç) bendi uyarınca “*yönetim kontrolünü sağlayan oy haklarının, 12 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca birlikte hareket ettiği kabul edilen veya birlikte hareket ettiklerini beyan etmeleri sebebiyle hedef ortaklıkta pay alım teklifinde bulunmuş olan gerçek veya tüzel kişilerin kendi aralarında yapılan devir işlemleri sebebiyle elde edilmesi*” durumunda, pay alım teklifi zorunluluğu doğmayacaktır. Anılan fıkranın “*12 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca birlikte hareket ettiği kabul edilen*” ifadesiyle atıf yaptığı karineye göre, “*gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar*” ile “*tüzel kişi ortakların yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıkların*” kendi aralarında yapılan devir işlemleri nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilmesi durumunda pay alım teklifi zorunluluğunun bir istisnasından bahsedilecektir.

Ayrıca, pay alım teklifi zorunluluğu doğmasına karşın Pay Alım Teklifi Tebliği m. 18/1(ç) uyarınca, “*Ana ortaklıktaki yönetim kontrolü değişikliğinin, halka açık ortaklıktaki yönetim kontrolünün elde edilmesi amacını taşıması (Bu şartın varlığının tespitinde; hedef ortaklığın, ana ortaklığın son yıllık finansal tablolarına göre varlık toplamına olan etkisinin %10'u aşmaması ve ana ortaklığın faaliyet hacmi içinde önemli bir yer taşıması*” durumunda muafiyet söz konusu olacak, yönetim kontrolü elde edildiği halde pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan kurtulunabilecektir. Pay alım teklifi zorunluluğundan istisna ve muafiyet halleri de kontrol (yönetim kontrolü) kavramı nedeniyle (bir diğer deyişle yönetim kontrolünde bir değişiklik olması ve olmaması hasebiyle) ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak anılan

bütün bu özellikli hallere, bu hukuki kurumların uygulanmasına sebebiyet veren kavram, kontrol kavramıdır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, hakimiyet ve kontrol kavramları detaylı olarak incelenmiştir. TTK, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde hakimiyetin tespiti açısından genişletilmiş kontrol sistemini benimsemiştir. Sistem kapsamında hakimiyetin varlığından söz edebilmek için, dört ölçüt ve bir de aksi kanıtlanabilir karineden (hepsi birlikte aranmaksızın) herhangi birisinin bulunması yeterlidir. TTK, hakimiyet kavramına ilişkin açık bir tanım getirmemiştir. Hakimiyeti, kontrol kavramı üzerinden şekillendiren Kanun, esasında hakimiyetin, yani geniş anlamda kontrolün sağlanması için yöntemleri düzenlemiştir. Hakimiyet araçları, kanunun sistematigi uyarınca üç başlık altında incelenir: Pay sahipliği ya da pay sahipliğinden doğan haklarla hakimiyet, sözleşmeden doğan hakimiyet ve diğer yollarla kurulan hakimiyet. Pay sahipliği haklarının araç olarak kullanılmasıyla hakimiyet kurulabilmesi için; oy haklarının çoğunluğuna ya da yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üyenin seçimini sağlayabilme hakkına veya payların çoğunluğuna sahip olunması gerekir. Kullanılabilir oy hakkı, süreklilik arz eden bir biçimde oy hakkı sınırlamasına tabi olmayan oy haklarını anlatır. Bir şirket, diğer bir şirketin kullanılabilir oy haklarının çoğunluğuna sahipse, burada hakimiyetin kurulduğu kabul edilir. Bu hesapta, sahip bulunulan paylardan doğan oy haklarının toplamı, kullanılabilir tüm oy haklarının toplamına oranlanmaktadır. Bu konuda, önleyici azınlık istisnai olarak dikkate alınır.

Oy hakkının çoğunluğundan farklı olarak şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üyenin seçimini sağlayabilme hakkından doğan hakimiyet, şirket sözleşmesindeki özellikli ya da belirli düzenlemelerden doğan haklar

yoluyla kurulur. Bu hakimiyet aracının özelliği, belirli yönetim kurulu üyelerinin, diğer üyelerin etkisini dikkate almaksızın, şirketi yönetme imkanına sahip olmasıdır. Kanunda yer alan “karar alabilecek” nitelemesi, nitelikli bir çoğunluğun söz konusu olduğunu gösterir.

Bir pay sahibi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasına karşın şirkette hakimiyetini sağlayamayabilir. Bu nedenle hakimiyet, TTK m. 195/1’den farklı olarak TTK m. 195/2’de pay sahipliği haklarından değil, doğrudan pay sahipliği yani iştirakten doğmaktadır. TTK m. 195/1 (b) uyarınca, bir şirket, diğer bir ticaret şirketi üzerinde sözleşmeye dayalı olarak hükmedici etkide bulunabilir. Kanun koyucu, TTK m. 195 kapsamında hangi sözleşmeleri kastettiğini TTK m. 198/3’te “hakimiyet sözleşmesi” ifadesiyle açıklığa kavuşturmuştur. Ancak kanun koyucunun hakimiyet sözleşmesi ve diğer işletme sözleşmelerini kapsayan bir düzenleme yapması gerekmektedir; çünkü (i) TTK’da bağlı şirketin pay sahipleri yönünden yeterli koruma mekanizmasının düzenlenmemiştir ve (ii) TTK m. 340 uyarınca emredici kurallara aykırılık ve (iii) sermaye şirketlerinde ekonomik amaç koşulunun bu sözleşmeler yönünden sağlanıp sağlanmadığı sorunları ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte TTK m. 195/1 (b), yalnızca sözleşme yoluyla değil ayrıca başka yollarla da bir şirketin hakimiyet altına alınabileceğini öngörmüştür.

Rekabet hukukunda kontrol incelendiğinde ise, maddi anlamda kontrol kavramı benimsendiği sonucuna varılmıştır. Kontrol bir teşebbüsün faaliyetlerinde belirleyici etki uygulama olanağıdır. Belirleyici etki, somut olayın tüm hukuki ve fiili faktörlerini kapsayıcı bir bakış açısıyla tespit edilir. Teşebbüse dair esaslı kararları belirleme olanağı yeterlidir. Genel olarak, belirleyici etki, şirketin yönetim, planlama ve politikasına yönelik esaslı soruları belirleyebilme olanağının varlığıyla birlikte

oluşmuş kabul edilmektedir. Kontrol araçları sırasıyla payın devralınması, malvarlığı değerlerinin devralınması, sözleşme ve diğer yollarla kontrolün devralınmasıdır.

Rekabet hukukunda kontrol kavramının bir diğer unsuru da belirleyici etkide bulunma olanağının “kalıcı” olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken, sürecelecek biçimde temin edilen kontrol ve buna bağlı olarak pazar yapısına ilişkin değişikliktir. Yani, belirleyici bir etkide bulunma olanağı, geçici koşullara ya da şirketlerin değişken koalisyonlarına bağlı olmamalı, en başından itibaren süreklilik temin edilmiş olmalıdır. Rekabet hukukunda, şirketler topluluğuna yönelik “kontrol” kavramı sadece yoğunlaşmalar yönünden ele alınmaz. Daha da önemlisi, şirketler topluluğunun hangi hallerde rekabet hukuku yasaklarının muhatabı, öznesi olduğunun tartışılmasında da kontrol kavramı karşımıza çıkar. Ana şirket, rekabet ihlalinde bulunan yavru şirketlerden birinin yüzde yüz sermayesini elinde tutuyorsa, Stora ya da Akzo karinesi uyarınca, AB rekabet hukukunda, ana şirketin, yavru şirket üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağına sahip olduğu ve karineten bu olanağı rekabet hukuku ihlalinin gerçekleştirilmesinde de kullandığı kabul edilir. Çoğunluk pay sahibi, ne ilgili teşebbüsün stratejik kararlar alınacağı sırada ne ilgili teşebbüsün o günkü gündeminde, diğer pay sahiplerinin menfaatlerini göz önüne almak zorunda değilse artık bu teşebbüs, çoğunluk pay sahibi olan şirketin kontrolü altındadır ve birlikte bir ekonomik bütünlük arz etmektedirler.

Sermaye piyasası hukukunda “kontrol” kavramı, “yönetim kontrolü” olarak ele alınmıştır. Yönetim kontrolü kavramının sermaye piyasası hukukundaki temel önemi, zorunlu pay alım teklifinin “merkez kavramı” olmasıdır. Kontrol kavramının sermaye piyasası hukukundaki diğer bir işlevi ise “Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar” (Sermaye Piyasası Kanunu m. 15) bakımından olmaktadır. Yönetim kontrolü için

gerekli araçlar genel kurulda çoğunluğu sağlayacak oy haklarının ve yönetim kurulunun salt çoğunluğunu belirleyecek imtiyazlı payların elde edilmesi olarak belirlenmiştir. Öğretide, pay alım teklifi zorunluluğunun esasen TTK m. 195'in sonucu olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte yönetim kontrolü ve hakimiyet arasında, özellikle pay sahipliği haklarına dayalı hakimiyet tesisi bakımından bir fark bulunmaktadır: Pay Alım Teklifi Tebliği'nin [(oransal olarak) oy hakkının %50'sinden fazlasına sahip olunması durumunda doğan] hakimiyet olgusu/yönetim kontrolü eşiğinin TTK'ya kıyasla daha dardır.

Banka hukukunda kontrol kavramı, güven kurumu olan bankaların finansal sistemdeki özellikli yeri dolayısıyla, banka anonim ortaklığının hakim(ler)inin bankanın kaynaklarını kötüye kullanmalarının önlenmesi ve bankaların mali durumunun bozulması ihtimalinde bu kişilerin malvarlığına başvurulabilmesi bakımından önemlidir. Bu itibarla, Bankacılık Kanunu'nun tanımına göre kontrol, şu durumlarda tesis edilmiş olacaktır: (i) Banka anonim ortaklığının paylarının çoğunluğuna sahip olunması, (ii) çoğunluk paylarına sahip olunmamasına karşın imtiyazlı payların elde bulundurulması marifetiyle, (iii) oy sözleşmeleri uyarınca veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme. TTK'nın şirketler topluluğu ve Bankacılık Kanunu'nun hakimiyet düzenlemelerinin tam olarak örtüşmemekte ancak araç ve yöntemler bakımından büyük ölçüde benzerlik taşıdığı ifade edilmektedir.

TTK m. 88/2 uyarınca Kamu Gözetimi Kurumu tarafından yayımlanan Türkiye Muhasebe Standartları, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan Uluslararası Finansal Raporlama Sistemi ile özdeş olacağı için 6102 s. TTK ile IFRS'nin Türkiye'de uygulanması sağlanmış olmaktadır. Kanun koyucu

şirketler topluluğunun finansal raporlarının düzenlenmesini de bu uluslararası standartlara tabi kılmıştır. Kanun'un 517. maddesinin birinci fıkrası, konsolide finansal tabloları hazırlamakla yükümlü işletmelerin ve hangi işletmelerin konsolidasyon kapsamına gireceğinin belirlenmesinde (ve ilgili diğer konularda) Türkiye Muhasebe Standartları'nın geçerli olduğunu hüküm altına almıştır. TTK m. 517'nin işaret ettiği, konsolide finansal tablolara ilişkin güncel standart, "TFRS 10 - konsolide finansal tablolar standardı"dır.

TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar Standardı'nda kontrol konsolidasyonun dayanağıdır. TFRS 10, kontrolü tariflerken "yatırımcı işletme" ve "yatırım yapılan işletme" kavramlarından hareket etmekte, ancak bu kavramların tanımını sunmamaktadır. İlaveten, "kontrol"e ek olarak bir de "güç" kavramına yer verilmiş; güç "ilgili faaliyetlerin hâlihazırda yönetilmesi imkanını sağlayan mevcut haklar" olarak tanımlanmıştır. Kontrol ve güç kavramlarına bakıldığında, net olarak genişletilmiş kontrol yani fiili kontrolün esas alındığı görülmektedir.

Şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet ile rekabet hukukunda kontrol, sermaye piyasası hukukunda yönetim kontrolü, banka hukuku ve finansal raporlama standartlarındaki kontrol kavramlarının incelenmesi sonucunda, bu kavramların büyük ölçüde örtüştüğü, ancak her hukuk dalının bu kavramlara kendi perspektifinden bakması dolayısıyla kavramlar arası ayrışmalar da bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin, rekabet hukukunun kontrolü algılayışı ve kontrol kavramının oynadığı rol, doğası gereği ekonomik bir bakış açısına sahiptir. Bu itibarla rekabet hukukunun kontrol kavramı ile şirketler topluluğu hukukunun hakimiyet kavramı arasında iki önemli ayrışma tespit edilmiştir: İlk olarak, rekabet hukukunda mal varlığı devri ile kontrol elde edilebilir iken, şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet bu yolla

kazanılamamaktadır. İkinci olarak, veto haklarının ortak kontrole sebebiyet verebileceği hususunda rekabet hukukunda bir tartışma bulunmaz iken, şirketler topluluğu hukukunda olumsuz etki üzerinden kurulan pasif kontrolün hakimiyet için yeterli olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır.

Sermaye piyasası hukukunun yönetim kontrolü kavramı ile şirketler topluluğu hukukunun hakimiyet kavramı ise, büyük ölçüde örtüşmektedir. Bununla birlikte Pay Alım Teklifi Tebliği'nin [(oransal olarak) oy hakkının %50'sinden fazlasına sahip olunması durumunda doğan] hakimiyet olgusu/yönetim kontrolü eşiği TTK'dan farklıdır.

Şirketler topluluğu hukukunda hakimiyet kavramı ile banka hukukundaki kontrol kavramı da büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır; ancak ayrıldığı en önemli nokta, çoğunluk paylarına sahip olunmasına ilişkin yaklaşımdır. Banka anonim ortaklığının paylarının çoğunluğuna sahip olunmasını kontrolün tesisi için yeterli gören Bankacılık Kanunu düzenlemesi, oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluğun sermaye çoğunluğunu etkisiz hale getirebileceği olasılıklarını değerlendirerek pay çoğunluğuna sahip olmayı karine olarak değerlendiren TTK'dan ayrılmaktadır. Şirketler topluluğundaki hakimiyet ve Bankacılık Kanunu'ndaki kontrol kavramları arasında ikinci fark ise, Bankacılık Kanunu'nun yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünü kontrol sağlayan bir durum olarak nitelendirmiş olmasıdır.

Çalışmamızda son olarak, finansal raporlama standartlarından TFRS 10'un kontrol kavramı, şirketler topluluğu hukukunun hakimiyet kavramı ile kıyaslanmıştır. İnceleme sonucunda, kontrolün ele alınışı yönünden TTK ve TFRS'nin olumsuz etkiyi

haiz yetkileri farklı değerlendirdiği, ilaveten TFRS 10'un “*atama, yeniden atama veya azletme*” haklarına da kontrol bakımından önem atfettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmamızda, şirketler topluluğu hukuku, rekabet hukuku, sermaye piyasası hukuku, bankacılık hukuku ile finansal raporlama standartları hakimiyet ve kontrol kavramına kendi perspektifinden bakmakla birlikte, hakimiyet ve kontrol kavramının ele alınışının büyük ölçüde benzerlik gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır.



KAYNAKÇA

- Aker, H.:** “Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57, S. 4, s. 1-97.
- Aker, H.:** “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hakim Teşebbüs", BATİDER 2009, C. 25, S. 2, s. 229-295.
- Akın, İ.:** Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014.
- Akıncı, A.:** Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- Akipek, J. G./Akıntürk, T./Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 2016.
- Aksoy, M. A.:** “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, s. 23-40.
- Al Kılıç, Ş.:** Türk Ticaret Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009.
- Altaş, S.:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 10. Baskı, Ankara 2021.
- Altay, S. A.:** Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul 2009 (Anılış: Ortak Girişimler).
- Altay, S. A.:** Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı, İstanbul 2019 (Anılış: Banka Anonim Ortaklığı).

- Altıntaş, A.:** Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standartları Doğrultusunda Konsolide Finansal Tablolarla İlgili Uygulama, Trabzon 2021 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Arkan, S.:** “Topluluk Şirketleri Arasındaki Kredi İşlemleri”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 47-53.
- Arslan Toramanoğlu, N.:** Şirketler Topluluğunda Konsolidasyon: Muhasebe ve Finansal Raporlama Standartları Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Aslan, M.:** Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2018 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Aslan, Y.:** Rekabet Hukuku – Teori ve Uygulama, 6. Baskı, Bursa 2021.
- Aşcıoğlu Öz, G.:** Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunun Bankacılık Alanında Uygulanması, Ankara 2015.
- Atakan, M.:** Şirketler Topluluğunda Hakimiyet, İstanbul 2021.
- Aydın, F.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketler – Limited Şirketler ve Şirketler Topluluğu, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Ayhan, R./Çağlar, H./Özdamar, M.:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2021.
- Aytaç, Z.:** “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, BATİDER 1976, C. 8, S. 4, s. 97- 125 (Anılış: Bağlı İşletmeler).
- Aytaç, Z.:** “Grup Bankaları- Finansal Holdingler ve Şirketler Topluluğu Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl

- Sempozyumu, Banka Hukukuna Genel Yaklaşım, Teori-Uygulama, Nisan 2017, s. 61-79 (Anılış: Grup Bankaları).
- Aytaç, Z.:** Anonim Ortaklıklarda İbra, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982 (Anılış: İbra).
- Aytaç, Z.:** “Vakıflar ve Şirketler Topluluğu Hukuku”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ekim 2017, s. 95-115 (Anılış: Şirketler Topluluğu Hukuku).
- Aytaç, Z.:** “Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları – 12, Ankara 2001, s. 3-32.
- Aytaç, Z.:** “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2013, C. 29, S. 4, s. 5-55 (Anılış: YK Üyelerinin Sorumluluğu).
- Aytuğar, B.:** Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, İstanbul 2019.
- Bafra, E.:** Rekabet Hukuku Açısından Banka Birleşmeleri, Ankara 2009.
- Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2021 (Anılış: Ortaklıklar).
- Bahtiyar, M.:** Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul 2019.
- Barlas, N.:** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Bilgili, F./Demirkapı, E.:** Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2021.
- Boğa, S.:** Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul 2010.
- Bora, S.:** “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 5, S. 9, s. 93-113.

Boyacıoğlu, C.: Konzern Kavramı, Ankara 2006.

Bozkurt, T.: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2022.

Busch, J./Zwirner, C.: “Konsolidierung von Zweckgesellschaften nach IFRS 10”,
Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung (IRZ) 2012, s. 373-376.

Büren, R.: Der Konzern, Basel 2005.

Cengil, M. F.: Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2018.

Cengiz, D.: “AB ve Türk Rekabet Hukukunda Grup Ortaklarında Ana Ortaklığın Yavru Ortakların İhlallerinden Doğan Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 S. 2, 2017, s. 453-512. (Anılsız: Rekabet)

Cengiz, D.: “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, C. 23, S. 1, s. 371-440.

Cengiz, D.: Finansal Holding Şirketler ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Konuya İlişkin Yapılabilecek Düzenleme Önerileri, Ankara 2003 (Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/413> Son Erişim: 01.09.2022)

Çamoğlu, E.: “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 12, S. 2, s. 19-33.

Çebi, H.: “Hâkimiyet Sözleşmesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, S. 19/20, s. 83-105.

Çelebi, A. E.: “Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C. 17, S. 2, 517-575.

Çetin, N./Töremiş, H. E./Cantimur, Z.: 6263 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistematiği Analizi, Ankara 2014.

Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009.

Çoştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Kararları, Ankara 2013.

Daniş, E.: Birleşme ve Devralmaların Denetim Usulü, İstanbul 2022 (Yayımlanmamış doktora tezi).

Daylık Yıldırım, B.: Anonim Şirketlerde Şirketler Topluluğuna Özgü Uygulamalar ve Hukuka Aykırı Müdahaleden Doğan Sorumluluk, Ankara 2022 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Demir, K.: “Sermaye Ortaklıklarının Ferdi ve Konsolide Yılsonu Finansal Tabloları”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu- Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 246-255.

- Demir, K.:** “Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu - Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 255-259.
- Dinç, S.:** “6102 Sayılı Kanun'un Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ile Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk (TTK m. 209) Kavramının İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi 2017, C. 12, S. 126, s. 14-41.
- Dural, M./Oğuz, T.:** Türk Özel Hukuku - Cilt II Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014.
- Durna, E. A.:** Şirketlerde Kolaylaştırılmış Birleşme, İstanbul 2019.
- Dündar, E.:** Çok Uluslu Şirketlerin Ticaret Hukukundaki Yeri, İstanbul 2019.
- Ebenroth, T. C./Rösler, P.:** “Die Anwendbarkeit des Zusammenschlußbegriffes nach Art. 3 Fusionskontrollverordnung auf Lean Production Strukturen”, RIW 1994, s. 453-541.
- Eminoğlu, C.:** Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, İstanbul 2014 (Anılış: Kurumsal Yönetim).
- Eminoğlu, C.:** “Schutzmechanismen Des Neuen Türkischen Konzernrechts (Yeni Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Koruyucu Mekanizmaları)”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 2, S. 1, s. 37-54.
- Eminoğlu, C.:** “Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri - TTK'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme-”, XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (22 Aralık 2017), Ankara 2018, s. 11-64 (Anılış: Kuram-Uygulama).

Eminoğlu, C.: Konzern/Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU Ein Rechtsvergleich, İstanbul 2013.

Emmerich, V./Habersack, M./Schürngrand, J. (Hrsg.): Aktien-und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage, München 2019. (Anılış: Emmerich/Habersack).

Erdem, E.: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003.

Erişir Karacan, E./Karacan, A. İ.: Pay Alım Teklifi – Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme, İstanbul 2018.

Esen, E.: “Konsorsiyum ve Joint Venture’ların Hukuki Nitelendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021/2, s. 2072-2099.

Esin, İ.: Birleşme ve Devralmalar, 4. Baskı, İstanbul 2021.

Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Baskı, Bern 2007.

Forum Europaeum Konzernrecht: “Konzernrecht für Europa”, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht 1998, s. 672-772.

Geçgel, E.: “Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13.

Goette, W./Habersack, M./Kalss, S. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§1-75, 5. Auflage, München 2019. (Anılış: MüKo zum Aktiengesetz)

- Bayer, in MüKo zum Aktiengesetz, AktG § 18.

Goette, W./Habersack, M./Kalss, S. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5 §§278-328 SpruchG, ÖGesAusG-Österreichisches Konzernrecht, 5. Auflage, München 2020.

- Altmeppen, in MüKo zum AktG, AktG § 291.
- Van Rossum, in MüKo zum AktG, AktG § 304.

Goette, W./Habersack, M./Kalss, S. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6 §§ 329-410 WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 5. Auflage, München 2021.

Göktürk, K.: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), 2. Baskı, Ankara 2022.

Göktürk, K.: “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 17, S. 1-2, s. 631-662.

Gözübüyük, B.: “Karşılaştırmalı Hukukta Halka Açık Anonim Ortaklık Yönetim Kontrolü El Değişikliklerinde Kontrol Priminin Paylaşılması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, s. 221-248.

Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, 75. Ergänzungslieferung, München 2022.

Grigoleit, H. C.: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2020.

Gültepe, İ.: Bağlı Şirketi Kayba Uğratma Suretiyle Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 2022.

Gündoğdu, G.: “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi 2014, C. 12, S. 133, s. 107-126.

Gündoğdu, G.: Das türkische Konzernrecht im Lichte des schweizerischen und deutschen Rechts, Frankfurt am Main 2014 (Anılış: Das türkische Konzernrecht)

Gürbüz Usluel, A. E.: "Şirketler Topluluğunda Denkleştirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2012, C. 18, S. 2, s. 281-308.

Gürel, M.: “Şirket Birleşmelerinde Finansal Destek Verme Yasağına İlişkin TTK 380.1 Uygulanabilir Mi?”, BATİDER C. 29, S.4, s. 187-211.

Gürkaynak, G.: Turkish Competition Law, New York 2021.

Gürpınar, B.: “Banka Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü- Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (Ed. Topaloğlu, M./Özer, I.), Ankara 2019, s. 137-173.

Güven, P.: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009.

Güven, Ş.: AT ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Birleşme Kontrolü, Ankara 2001 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Güven, Ş.: “Ana Şirket – Yavru Şirket İlişkisi Çerçevesinde Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Bazı Meseleler”, 15. Türkiye – İsviçre Hukuk Günleri – Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon (25-26 Nisan 2014), İstanbul 2017, s. 61-73 (Anılış: Güven Ş., Sorumluluk).

Güzel, O.: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Ankara 2003.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016. (Anılış: CHK-Handkommentar)

-**Triebold**, in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, FusG Art. 3.

Handschin, L. (Hrsg.): Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 2016. (Anılış: Zürcher Kommentar)

Handschin, L. (Hrsg.): Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft- Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Auflage, Zürich 2018.

- Bühler, in Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, OR Art. 716a.

Hatemi, H.: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2021.

Hazar, A./Babuşcu Ş.: Banka Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

Heerman, P. W.: “Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht”, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 161 1997, 706.

Hopt, K. J. (Çev. Çelikboya, K.): “Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller, Yasal Stratejiler”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku- 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı (Ed. Okutan Nilsson, G.), İstanbul 2018, s. 15-34.

Kocadağ, N.: Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 137, Ankara 2015.

İhtiyar, M.: Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul 2006.

İpek Kayalı, F.: 2014. Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler. İstanbul 2014.

Jones, A.: “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law”, European Competition Journal 2012, Vol. 8, No. 2, p. 301-331.

Kaplan, İ.: Şirketler Hukuku - Şirketlerde Yapı Değişikliği, Ankara 2021.

Kaplan, İ.: İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı -Joint Venture-, 3. Baskı, Ankara 2013.

Karakılıç, H.: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, İstanbul 2019.

Karataş Durmuş, N.: “Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2015, C. 1, S. 2, s. 71-84.

Karayalçın, Y.: “Üst Kuruluşlar Hukuku”, BATİDER 1991, C. 16, S. 1, s. 7-47.

Kaya, A.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.

Kayar, İ.: “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, Rekabet Kurumu, 4 Nisan 2003, s. 151-194.

Kayar, İ./İlbasmış Hızlısoy, Ö.: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Rekabet Kurumu (6 Mayıs 2011), s. 55-98.

Kekevi, G.: Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku’nda Kartel Anlaşmalarının Denetimi, Ankara 2007 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2016.

- Kendigelen, A.:** “Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.II, İstanbul 2010, s. 1163-1204.
- Kendigelen, A.:** “Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Hukuki Yaptırımı”, Hukuki Mütalaalar C VI, İstanbul 2004, s. 159-205.
- Kırca, İ.:** “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi”, Bankacılar Dergisi 2011, S. 79.
- Kırca, İ./ Şehirali Çelik, F./Manavgat, Ç.:** Anonim Şirketler Hukuku Cilt I – Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Kocaer, Ş.:** Şirket Yeniden Yapılandırmaları Birleşme- Devralma - Bölünme - Tür Değiştirme - Hisse Değişimi, 4. Baskı, Ankara 2018.
- Koch, J.:** Beck’sche Kurz-Kommentare Aktiengesetz, 16. Auflage, München 2020.
- Kohl, T./Meyer, M.:** “Beherrschung nach § 290 HGB im Vergleich zu IFRS 10”, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 2014, 1361-1367.
- Kolcuoğlu, U.:** Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, İstanbul 2009.
- Korfmacher, H. W.:** Konzernrecht und Fusionskontrolle- Kartellrechtliche Verweisungen auf den aktienrechtlichen Abhängigkeitstatbestand, Frankfurt am Main 1989.
- Korkmaz, G.:** “Rekabet Kurulu'nun Güncel Kararları Işığında Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu İşlem ve Eylemleri ile Bunlara Uygulanabilecek Yaptırımlar”, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2021 (Ed.: Sanlı, K. C./Alma, D./Tanlı, D.), İstanbul 2022, s. 443-483.

Korkmaz, G.: “Rekabet Kurumu Tarafından Uygulanan Para Cezalarının Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi”, Bilkent Üniversitesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu – Ceren Damar Şenel Anısına (26-27 Kasım 2021), (Ed.: Göka, E./Orhan, U./Aksoy, H. C.), Ankara 2022, s. 249-276.

Korkut, Ö.: “Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı”, Legal Hukuk Dergisi 2007, C. 5, S. 52, s. 1151-1164.

Köprülü, B.: Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 1984.

Körber, T./Schweitzer, H./Zimmer, H. (Hrsg.): Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2019.

- Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV.

Körber, T./Schweitzer, H./Zimmer, H. (Hrsg.): Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2020.

- Thomas, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB §§ 36, 37.

Körber, T./Schweitzer, H./Zimmer, H. (Hrsg.): Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3. Fusionskontrolle Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2020.

- Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 3 FKVO.

Kunz, P. V.: “Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2012, S. 148, s. 354-362.

Kunz, P. V.: Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Baskı, Bern 2012.

Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A./Kersting, C./Meyer-Lindemann,

H.J. (Hrsg.): Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht,

4. Auflage, München 2020. (Anılış: LMRKML)

- Ablasser/Neuhuber, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 5.
- Grave/Nyberg, in LMRKML, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1.
- Riesenkampf/Steinbarth, in LMRKML, Kartellrecht, FKVO Art. 3.

Louri, V.: “Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC

Competition Rules”, Legal Issues of Economic Integration 2002, Vol. 29, No. 2, p. 143-176.

Manavgat, Ç.: “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, BATİDER 2014,

C. 20, S. 3, s. 41-61 (Anılış: Bağımsız Denetim).

Manavgat, Ç.: “Anonim Ortaklıklarda Dürüst Resim İlkesi – Kapsam ve İlkeye

Aykırlılığın Finansal Tabloların Geçerliliğine Etkisi”, BATİDER 2019, C. 35, S. 4, s. 5-27.

Manavgat, Ç.: “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki

Sınırları”, BATİDER 2015, C. 31, S. 1, s. 87-105.

Manavgat, Ç.: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çağrı Yükümlülüğünün Doğması

Bakımından Yönetim Kontrolü Ölçütleri”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, s. 1449-1465 (Anılış: Yönetim Kontrolü).

Manavgat, Ç.: Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid), Ankara 1997

(Anılış: Pay Alım Teklifi).

Manavgat, Ç.: Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016 (Anılış: Halka Arz).

Mestmäcker, E. J./ Schweitzer, H.: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.

Moroğlu, E.: Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2015.

Odudu, O.: “The Meaning of Undertaking within 81 EC”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2005, Vol. 7, p. 211-241.

Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2018.

Okutan Nilsson, G.: “Türk Ticaret Kanunu’nda Şirketler Topluluğunun Anahatları”, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları (15-16 Mayıs 2014), İstanbul 2015 (Der. Şenocak, K./Rohe, M./Yarayan, A./Ay, B.), s. 239-256.

Okutan Nilsson, G.: Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, İstanbul 2016 (Anılış: Birleşme Amaçlı Ortaklık).

Okutan Nilsson, G.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009 (Anılış: Şirketler Topluluğu Hukuku).

Okutan Nilsson, G.: “Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hâkim Şirketin Bilgi Alma Hakkı”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı (Ed. Okutan Nilsson, G.), İstanbul 2018, s. 141-150 (Anılış: Hakim Şirketin Bilgi Alma Hakkı).

- Okutan, G.:** “Şirketler Topluluğu”, Bankacılar Dergisi 2011, S. 79, s. 90-103.
- Oran, O.:** “Halka Açık Anonim Şirketlerde Zorunlu Pay Alım Teklifi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 16, S: 2-2, s.
- Örten, R./Kaval, H./Karapınar, A.:** Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS – TFRS) Uygulama ve Yorumları, 10. Baskı, Ankara 2017.
- Özcanlı, B.:** “Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa’da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, S. 2, s. 355-387.
- Özcanlı, F. B.:** Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, İstanbul 2021 (Anılış: Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması).
- Özden, E.:** “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Şirketler Topluluğunda Bağlı Şirket Alacaklılarının Dava Haklarının Değerlendirilmesi”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (11 – 12 Ekim 2019) (Ed. Orhan, U./Göka, M. E./Göztepe, E.), Ankara 2020, s. 581-623.
- Özdin, F.:** “Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C. 16, S. 197-198, s. 319-364.
- Özdin, F.:** “Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Organının Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, (Ed. Alışkan, M./Mersin, B. U./Sarıkaya, S.), s. 51-115.

- Özsu, G.:** Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk - Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden, Ankara 2021.
- Özsunay, E.:** “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları - 5, Ankara 2000, s. 41-69.
- Öztan, B.:** Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 45. Baskı, Ankara 2020.
- Öztek, S.:** “Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m.363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 291-333.
- Palanduz, S.:** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, İstanbul 2019.
- Pash, A.:** “Pay Alım Teklifi Zorunluluğu”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi - Tebliğler ve Tartışmalar (Ed. Helvacı, M./Uzel, N./Sönmez, N. S.), İstanbul 2019 (Anılış: Pay Alım Teklifi Zorunluluğu).
- Pash, A.:** “Pay Alım Teklifi (Takeover Bid)” Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu - Özel Hukuk (Ed. Kaya, A./Engin, B. İ./Aşıkoğlu, Ş. İ./Oğuz, E.), İstanbul 2020, s. 387; Esin, İ.: Birleşme ve Devralmalar, 4. Baskı, İstanbul 2021, s. 371-402 (Anılış: Takeover Bid).
- Pash, A.:** Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009 (Anılış: AO Devralınması).
- Pash, A.:** “Merger Control in Turkish Competition Law”, Sixth Bosnian Herzegovinian, Croatian and Turkish Jurist Days - The Legal Framework for Economic Competitiveness (Zagreb, 19-23 April 2017), s. 96-109.

Pollmann, R.: “Beherrschungskonzepte nach IAS 27 und IFRS 10-Gegenüberstellung und Auswirkungen auf die Bilanzpraxis”, IRZ 2014, 239-244.

Poroy, R./Tekinalp, Ü/ Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul 2021 (Anılış: Ortaklıklar I).

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul 2019 (Anılış: Ortaklıklar II).

Pulaşlı, H.: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, 1329-1351.

Pulaşlı, H.: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 11, S. 1-2, 259-277 (Anılış: Güven Sorumluluğu).

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2022 (Anılış: Genel Esaslar).

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi - Cilt I, 4. Baskı, Ankara 2022 (Anılış: Şerh C. I).

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi - Cilt III, 4. Baskı, Ankara 2022 (Anılış: Şerh C. III).

Reisoğlu, S.: Bankacılık Kanunu Şerhi – Cilt 1, Ankara 2015.

Savaşkan, D. E.: Konsolide Finansal Tablolar Standardının (TFRS 10) İncelenmesi, İstanbul 2015 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Schmidt, K/ Ebke, W. F.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4 Drittes Buch. Handelsbücher §§ 238-342e HGB, 4. Auflage, München 2020.

- Busse von Colbe/Fehrenbacher, MüKo zum Handelsgesetzbuch, HGB § 290.

Semerci Vuraloğlu, T.: Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018.

Serozan, R.: Medeni Hukuk, 8. Baskı, İstanbul 2018.

Silahşör, M.: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Şirketler Topluluğunun Vergilendirilmesi, İstanbul 2021.

Sönmez, Y. Z.: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2018, C. 4, S. 2, s. 263-325.

Sumer, A.: Ticaret Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2020.

Sunay, N. A.: Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi, İstanbul 2012.

Susuz, K.: “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), C. 18, S. 2, s. 269-280 (Anılış: Hakim Teşebbüs).

Susuz, K.: Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Pay Sahiplerinin Korunması, İzmir 2011 (Yayımlanmamış doktora tezi).

Şehirali Çelik, Feyzan H.: “Ulusal Düzenlemeler ile Topluluk Hukuku Sınırında Altın Paylar”, BATİDER 2007, C. 24, S. 2, s. 349-395.

Şeker, Y.: “Karşılıklı İştirak Durumunda Konsolidasyon”, Muhasebe Enstitüsü Dergisi 2020, S. 63, s. 53-65.

Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019.

Tarhan, D. G.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul 2018.

Tarhan, D. G.: “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşme İşlemleri Açısından Ayrılma Hakkı Ayrılma Akçesi,” BATİDER 2017, C. 33, S. 1, s. 211-258.

Taşpunar, E.: Uluslararası Muhasebe Standartlarına Göre Konsolidasyon ve Bir Uygulama, İstanbul 2015 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 9; Arslan Toramanoğlu, N.: Şirketler Topluluğunda Konsolidasyon: Muhasebe ve Finansal Raporlama Standartları Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Theusinger, I.: “Das deutsche Konzernrecht - Grundlagen und aktuelle praktische Fragestellungen”, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları (15-16 Mayıs 2014), İstanbul 2015 (Der. Şenocak, K./Rohe, M./Yarayan, A./Ay, B.), s. 257-272.

Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020 (Anılış: Yeni Hukuk).

Tekinalp, Ü.: “Inspired by German Konzern Law, but of a Different Breed: Turkey’s Şirketler Topluluğu”, Global Wisdom on Business Transactions, International Law and Dispute Resolution Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag, München 2015, 541-549 (Anılış: Turkey’s Şirketler Topluluğu).

- Tekinalp, Ü.:** “Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS”, BATİDER 2007, C. 24, S. 2, s. 33-66,
- Tekinalp, Ü.:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, İstanbul 1979.
- Tekinalp, Ü.:** Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 205.
- Tekinalp, Ü.:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1543 – 1556 (Anılış: Kontrol İlkesi).
- Tekinalp, G./Tekinalp, Ü.:** “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143-176.
- Terzi, S.:** “Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri ve Kontrol Modeli” Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi 2013, C. 15, S. 1, s. 281-300.
- Topuz, M./Bakar, G.:** On İki Banka Örneği Üzerinden Uyumlu Eylem ile Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017.
- Turan, K.:** “Sermaye Şirketlerinde Kolaylaştırılmış Birleşme Usulü”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2016, s. 279-287.
- Türk, H. S.:** Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.
- Türkyılmaz, İ.:** Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul 2015.
- Uygun, İ. D.:** Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet, İstanbul 2015.

Ünlü, U.: “Şirketler Topluluğunda Hakimiyet ve Sorumluluk İlişkisi”, Terazi Hukuk Dergisi 2016, C. 11, S. 122, s. 102-107.

Veziroğlu, C./Arıcı, M. F.: Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasası, İstanbul 2018.

Vischer, F. (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. Auflage, Zürich 2012.

- Albrecht, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Vor Art. 3-28.
- Burckhardt, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 23.
- Luginbühl, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 12.

Vogel, A./Heiz, C./Behnisch, U.R./Sieber, A./Opel, A. (Hrsg.): FusG Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, 3. Auflage, Zürich 2017 (Anlş: OFK)

Von Laufenberg, C.: Kartellrechtliche Konzernhaftung, Berlin 2017.

Wiedemann, G.: Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020.

- Steinvorth, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 19.
- Wiedemann, in Wiedemann-Handbuch des Kartellrechts, § 15.

Wils, W. P. J.: “The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons”, European Law Review 2000, p. 99-116.

Yasaman, H.: “Şirketler Topluluğu Hukukunun Sermaye Piyasası Hukukuna Yansımaları”, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı (Ed. Okutan Nilsson, G.), İstanbul 2018, s. 141-150 (Anılış: Sermaye Piyasası Yansımaları).

Yasaman, H.: Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992 (Anılış: Menkul Kıymetler Borsası).

Yatağan Özkan, Ç.: Anonim Şirketlerde Altın Paylar, İstanbul 2016.

Yazıcı, A. H.: “Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent?”, Law and Justice Review 2014, C. 5, S. 9, 127-172.

Yılmaz, A.: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010.

Zandler, D.: “Die wirtschaftliche Einheit als Normadressat im Kartellbußgeldrecht”, NZ-Kart 2016, 98-104.

Zırhhoğlu, T.: Rekabet Hukuku Açısından Türk Bankacılık Sektörü, İstanbul 2012.

Diğer Kaynaklar

Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2019
<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf> (Son erişim tarihi: 01.09.2022).

Rekabet Kurumu, Temel Kavramlar, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukukunun-esaslari/temel-kavramlar> (Son erişim tarihi: 01.09.2022).

Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri için: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (TBMM S. Sayısı: 96),
<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Son erişim tarihi: 01.09.2022).