

**TÜRK ŞİRKETLER HUKUKUNDA YENİ BİR  
KURUM: “HÂKİM ŞİRKETİN GÜVENDEN DOĞAN  
SORUMLULUĞU” (TTK TASARISI m. 209):  
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI  
IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME**

*A New Institution in Turkish Company Law:  
“The Liability of the Parent Company for the Confidence (similar to  
the Doctrine of Constructive Fiduciary Duty in Anglo-Saxon Law)”  
(Art. 209 Bill of TCC):  
An Evaluation in Light of the Judgments of Federal Supreme Court of  
Switzerland*

**Yrd. Doç. Dr. Halit AKER\***

**I- GİRİŞ, II- TASARI M. 209’UN İHDASI SEBEPLERİ ÜZERİNE, III- İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ’NİN “KONZERN GÜVEN SORUMLULUĞUNA” İLİŞKİN İKİ KARARI, A) KARAR 1: BGE 120 II 331-341 (Wibru/Swissair Kararı), B) KARAR 2: BGE 124 III 297-305 (Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı), C) İSVİÇRE ÖĞRETİSİNDE GÜVEN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ANILAN DİĞER BAZI KARARLAR, IV- ÖĞRETİDE FEDERAL MAHKEME KARARLARI VE BU BAĞLAMDA KONZERN GÜVEN SORUMLULUĞU HAKKINDA İLERİ SÜRÜLEN BAZI GÖRÜŞLER, V- TASARI m. 209 ANLAMI VE KAPSAMI HAKKINDA, A) Genel Olarak, B) Tasarı m. 209’un Türk Hukukundaki Kaynakları Üzerine, C) Tasarı m. 209’un Türk Şirketler Topluluğu Hukuku (Tasarı m. 195 vd.) Sistemi İçindeki Yeri, EK: Güven Sorumluluğu İle Hukuki Görünüş İlkesinin Karşılaştırılması, D) Tasarı m. 209’un Uygulanma Şartları, 1- Genel Olarak, 2- Uygulanma Şartları, a) Tasarı m. 195 ve 197’de Tanımlanan Türden Bir Şirketler Topluluğu**

---

\* Niğde Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bulunmalı, b) Şirketler Topluluğunun Topluma Veya Tüketicilere Güven Veren Düzeye Ulaşmış Bir İtibarı Bulunmalı, aa) Genel Olarak, bb) Tasarı m. 209'un Wibru/Swissair Kararı'ndan Farkı ve "İtibar" Kavramına Yer Verilmesinin Sebepleri Üzerine, cc) "Topluma Veya Tüketicilere Güven Veren Düzeye Ulaşmış Bir Topluluk İtibarı", c) Topluluk İtibarının Kullanılması, d) Topluluk İtibarının Kullanılması Sonucu Üçüncü Kişide Güven Oluşması, Yaratılan Güven Doğruluk Ve Güven Kurallarına Aykırı Biçimde Boşa Çıkarıldığından Üçüncü Kişinin Bu Güvene Dayanarak Kendisinin Yaptığı Eylemler İle Zarara Uğramış Olması, aa) Topluluk İtibarının Kullanılması Sonucu Üçüncü Kişide Güven Oluşması, bb) Üçüncü Kişi Güvenin Boşa Çıkması Neticesinde Zarara Uğramış Olmalı, e) Hâkim Şirketin Güvene Aykırı Davranışının Kusura Dayanması ve Hukuka Aykırılığı, 3- Tasarı m. 209'a Göre Sorumlu Olan İle Dava Hakkı Sahipleri, 4- Tasarı m. 209'un Akdi ve Haksız Fiil Sorumluluğu İle İlişkisi, 5- Zamanaşımı, Bireysel ve Asli Sorumluluk İlkesi, **VI) SONUÇ**

## ÖZET

Şirketler topluluğu hukukunu Türk Hukukunda ilk kez düzenleyen TTK Tasarısı'nın bu bağlamdaki önemli hükümlerinden birisi de 209. maddedir. Buna göre "*hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*". Türkiye böylece Kara Avrupası Hukuk Sisteminde topluluk güven sorumluluğunu yasal olarak düzenleyen ilk ülke olacaktır. M. 209, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1994 yılında verdiği ve bu hususta temel içtihat kabul edilen *Wibru/Swissair Kararı*'nda yer alan ilkelere dayanmaktadır. Federal Mahkeme c.i.c. sorumluluğuna dayanan güven sorumluluğunu (*Vertrauenshaftung*) konzern ilişkilerine uygulamış ve topluluk güven sorumluluğu kurumunu (*Konzernvertrauenshaftung*) geliştirmiştir. Çalışmada topluluk güven sorumluluğu konusunda İsviçre'de ileri sürülen görüşler ve mahkeme kararları dikkate alınarak Tasarı m. 209'un anlam, kapsam ve özellikle uygulama şartları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** TTK Tasarısı m. 209, şirketler topluluğu, hâkim şirket, topluluk güven sorumluluğu, Wibru/Swissair kararı

## ABSTRACT

The Draft TCC regularizes the law of corporate groups for the first time in Turkish law. Its relevant article is Art. 209, according to which "*the parent company is liable for the confidence results from the use of the reputation when the reputation of corporate groups ensures confidence for the society and customers.*" Turkey will be the first state in continental Europe to regulate the liability of the confidence in corporate groups with a

code provision. Art. 209 is based on the *Wibru/Swissair* case of the Switzerland Supreme Court in 1994 which is regarded as the leading case. The Swiss Supreme Court applied the doctrine of the liability of the confidence based on the doctrine of confidence in corporate groups to corporate groups relations and generated the doctrine of the liability of the confidence of corporate groups (similar to the Anglo-Saxon doctrine of constructive fiduciary duty). This study investigates the meaning, the scope and especially the conditions of applying of Art. 209, taking into consideration discussions and judgments in Switzerland on the topic of the doctrine of the liability of the confidence in corporate groups.

**Keywords:** Draft TCC Art. 209, corporate groups, parent company, the liability of confidence in corporate groups, *Wibru/Swissair* case

## I- GİRİŞ

TTK Tasarısı<sup>1</sup> Şirketler Hukuku özellikle de Anonim Şirketler Hukuku alanında oldukça önemli ve yürürlükteki hukuku ve uygulamayı temelden etkileyen değişiklikler getirmektedir. Tasarı'nın Ticaret Şirketlerini konu edinen İkinci Kitabının Birinci Kısımında (Genel Hükümler) yer alan ve “*Şirketler Topluluğu*” başlığı altında düzenlenen m. 195-209 hükümleri de anılan türden yeniliklerdendir. Tasarı, Türk Hukukunda daha önce düzenlenmemiş bir alan olan şirketler topluluğu konusunu, topluluğun oluşumu, topluluk içi ilişkiler, özellikle sorumluluk, toplulukta finansal raporlama ve bilgi alma, pay sahiplerinin hakları, alacaklıların korunması ve hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğu gibi meseleleri seçerek bir bütün halinde düzenlemeye çalışmıştır.

Çalışmanın konusunu Tasarı'nın 209. maddesi teşkil etmektedir<sup>2</sup>: Buna göre “*hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*”. Bu hüküm, Sorumluluk Hukuku özellikle de Şirketler Hukuku alanında, hemen her açıdan gerçek bir yeniliktir. Tasarı m.

<sup>1</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005), (*müteakiben* “Hükümet Tasarısı” şeklinde kısaltılmıştır. AY m. 88/II ve 155/II'e göre her ne kadar “tasarı”, zaten Bakanlar Kurulunca hazırlanan kanun “tekliflerinin” ismi ise de, aşağıda da görüleceği gibi Alt Komisyon Metninden ayırmak için zorunlu olarak bu kısaltma kullanılmıştır.

<sup>2</sup> Tasarı m. 209 hükmü, TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen metinde, küçük bir imlâ kuralı (Tasarı: “*hallerde*”, Alt Komisyon: “*hâllerde*”) haricinde, herhangi bir değişikliğe uğramamıştır, karşı. m. 209 <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (erişim tarihi: 23.11.2007), (*müteakiben* “Tasarı”). Çalışmadaki TTK-Tasarısına ilişkin atıflarda, Alt Komisyon Metni esas alınmıştır. Yine belirtilmelidir ki Tasarı m. 209 tek bir fıkradan oluştuğundan, orijinal halinde olduğu gibi m. 209/1 şeklinde değil, m. 209 şeklinde anılacaktır.

209’da düzenlenen sorumluluğun, BK’nda öngörülmüş olan sözleşme (BK m. 1-40), haksız fiil (BK m. 41-60), sebepsiz zenginleşme (BK m. 61-66) ve vekâletsiz iş görme (BK m. 410-415) şeklindeki dört klasik borç (sorumluluk) kaynağı<sup>3</sup> ile ilişkileri, Şirketler Hukukuna ilişkin diğer

<sup>3</sup> Belirtilmelidir ki borcun kaynakları konusunda değişik kıstaslar kullanılmış ve buna göre farklı tasnifler yapılmıştır. Bu, bilimsel düşünce, analiz ve metodun bir gereği ve sonucu olarak görülmelidir. Kanun koyucuların tasnifleri yanında, doktrin de bu hususta oldukça ayrıntılı tespitlerde bulunmuştur. Her tasnif kendi içinde hiç şüphesiz yerindedir ve dayandığı kıstas dikkate alınarak muhtelif meselelerin izahında işlev üstlenebilir. Bir diğer açıdan ise herhangi bir sınıflandırmanın tek doğru ve geçerli bir sınıflandırma olarak görülmesi de yerinde olmayacaktır. Zira her tasnif “gerçeğin/sorunun” sadece bir yanını öne çıkarır ve hadiseye kendi kıstası açısından yaklaşırken, bir diğeri başka bir ölçüt çerçevesinde hareket etmektedir. Bu açıdan her tasnif isabetli olduğu kadar zorunlu olarak eksiktir de.

Kullanılan iki önemli kıstastan ilki, borç kaynağının kanunda, özellikle BK’nda, ismen öngörülmüş olup olmadığıdır. Nitekim sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme ile örn. özellikle MK ya da TK gibi diğer kanunlarda öngörülmüş borç kaynakları (kanuni borç kaynakları; *gesetzliche Obligationsentstehungsgründe*) ve c.i.c., fiili sözleşme ilişkisi ve güven sorumluluğu (kanunlarda anılmayan borç kaynakları; *außergesetzliche Obligations-entstehungsgründe*) şeklindeki ayrım (bkz. *BUCHER*, Eugen: “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, in: *Festschrift für Hans-Peter WALTER zum 60. Geburtstag*, Bern, 2005, s. 235 vd., 252) BK’nun belli bir borç kaynağını ismen zikredip zikretmediğine dayanmaktadır.

Kanunda sayılan borç kaynaklarının dar ve eksik oluşunun zamanla ortaya çıkmasının da etkisiyle (bkz. *BUCHER*, in: *FS WALTER*, s. 252), borç kaynaklarının tasnifinde farklı bir kıstas tercih edilmiştir. Bu kıstasın özü, borcun (borç ilişkisinin) doğumunun borçlunun iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Bu çerçevede, borç kaynakları -kanunda sayılanlar da dahil olmak üzere- borcun doğumu için ilgilinin iradesinin gereklik gerekmediği kıstas alınarak “*doğumları ilgililerin borçlanma iradesini gerektiren borçlar*” (hukuki işlemlerden doğan borçlar; sözleşmelerden, tek taraflı hukuki işlemlerden ve kararlardan doğan borçlar) ve “*doğumları ilgililerin borçlanma iradesini gerektirmeyen borçlar*” (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, velayet, vesayet, tapu ve ticaret sicillerinin tutulmasından doğan sorumluluklar) ayrımı yapılmaktadır, (bu ayrım için bkz. *TEKİNAY*, S. Sulhi/*AKMAN*, Sermet/*BURCUOĞLU*, Halûk/*ALTOP*, Atilla: *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 33-34; *EREN*, Fikret: *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2008, s. 108-109. “*Hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri*” ve “*doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri*” ayrımını yapan *EREN*, bu son gruba haksız fiilden, kusursuz sorumluluktan, hakkaniyet sorumluluğundan (BK m. 54), fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden, yakın kan hısımları arasındaki nafakadan, paylı mülkiyette paydaşların, kat mülkiyetinde maliklerin ortak giderlere katılma ilişkisinden, sözleşme öncesi borç ilişkisinden (*culpa in contrahendo*), koruma yükümlerinin ihlâlinden ve fiili sözleşme ilişkisinden doğan borçları dahil etmektedir. “*Hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri*” ve “*doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri*” ayrımının esasen BK’na yabancı olmadığı söylenebilir. Nitekim BK m. 51/II’de haksız fiil, sözleşme ve kanun gereği sorumlu olan kimse ayrımı yapılmıştır.

Ne var ki “sözleşme öncesi ilişkiden (*culpa in contrahendo*)”, “koruma yükümlerinin ihlâlinden” ve “fiili sözleşme ilişkisinden” doğan borçların, BK ve MK’da yer alan esaslardan hareketle önce doktrinde geliştirilmiş ve sonra da yargı içtihatlarınca benimsenip

düzenlenme alanlarını (örn. anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin hukuki sorumlulukları) etkileyip etkilemeyeceği, Sermaye Piyasası Hukuku, Banka Hukuku ve Tüketicinin Korunması Hukuku'na etkileri, mevzuattaki diğer sorumluluk hükümleri ile ilişkisi (yarışması), özellikle de Tasarı m. 209'daki sorumluluk halinin anlam, kapsam ve sınırlarının tespiti gibi hemen akla gelen noktalar, zaman içinde hiç şüphesiz yargısal ve bilimsel içtihatları beraberinde getirecektir. İtiraf edilmelidir ki anılan hususların her biri müstakilen monografi ya da makale konusu olabilecek konulardır. Bu bakımdan, Tasarı m. 209'un yürürlüğe girdiğinde, "yeni TTK'nun" uygulamayı ve doktrini meşgul edecek hükümlerinden olacağı söylenebilir.

Çalışmada, önce Tasarı gerekçeleri de göz önünde tutularak m. 209'un ihdası sebeplerine değinilecektir. Gerek Tasarı'nın Genel Gerekçesinde gerekse madde gerekçelerinde belirtildiği gibi m. 209'un, kaynağını İsviçre Hukuku'nda aramak gerekir. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesinin 15 Kasım 1994 tarihli "*Wibru Holding AG vs. Swissair Beteiligungen AG*" ve

---

artık sorumluluk hukukunun müstekar ilkeleri ve böylece hukuk düzeninin parçası haline gelmiş oldukları da bilindiğinden, bu son üçünün -"doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri" ifadesindeki "doğrudan" kelimesi lâfzen anlaşılacak olursa-, tasnifte ayrı bir yere konulmalarının daha yerinde olacaktır.

Diğer yandan sözleşme öncesi sorumlulukta, kurulmuş ya da kurulması akim kalmış bir sözleşmenin söz konusu olması ( tarafların hukuki bağlılık kurma amacıyla karşı karşıya gelmeleri), koruma yükümlerinin yine bir sözleşme ilişkisinin ifası sürecinde gündeme gelmesi (bkz. sadece WIEGAND, Wolfgang: "Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil I", recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis), 3/1997, s. 85, 92) ve fiili sözleşme ilişkisinde sorumluluğun altında, klasik anlamdaki bir icap-kabul süreci içinde kurulmamış da olsa yine de bir sözleşmenin yatması; bu hallerde iradenin, doktrin ve mahkemeler tarafından sorumluluk yaratacak biçimde yorumlanana MK ve BK ilkeleri ile birlikte, -haksız fiil hukukunun terminolojisi ödünç alınacak olursa- ortak illiyet bağı içinde (*gemeinsame Kausalität=kumulative Kausalität*; EREN, s. 506; GAUCH, Peter: "Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts", recht, 6/1996, s. 225, 229-230) sorumluluğun/borç ilişkisinin doğumuna yol açtığını göstermektedir. Bir diğer deyimle, bu hallerde ne "irade" ne de "kanun" sorumluluğun doğması için tek başına yeterli olmadığı gibi bunlardan hiçbirinin sonuca etki bakımından (sorumluluğun/borç ilişkisinin doğuşu) diğerine nedensellik üstünlüğü de yoktur. Kanaatimizce bu son nokta, "sözleşme öncesi ilişkinin (*culpa in contrahendo*)", "koruma yükümlerinin ihlâlinin" ve "fiili sözleşme ilişkisinin", bunların kanunda sorumluluk kaynağı olarak açıkça (doğrudan) öngörülmemiş olmalarının yanında, "*hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri*" ile "*doğrudan kanundan doğan borç ilişkilerinden*" ayrı bir kategoride ele alınmalarını haklı kılmaktadır. BUCHER, borç ilişkisinin kanunda yazılı olmayan kaynaklarının, gerek varlık nedenlerinin (meşruiyetlerinin) gerekse muhtevalarının bir şekilde kanunla ilişkilendirilmesinin, özellikle Alman Hukukunda benimsenmiş olan "*kanuna sadık hukuki düşünme ve açıklama metodu*" (*Gesetzestreue dokumentierender Stil juristischen Denkens*) ile yakından ilgili olduğunu belirterek, burada "kanuna" maddi anlamda kaynaklıktan çok, pozitivist hukuk anlayışının da etkisiyle "meşruiyet kaynağı" işlevi yüklendiğine ve böylece "yeni borç kaynaklarını" hukuk çevrelerince kabulünün kolaylaştırıldığına dikkat çekmektedir, BUCHER, in: FS WALTER, s. 241.

16 Nisan 1998 tarihli “*Musikvertrieb AG vs. Motor Columbus AG*” kararları anılmalıdır<sup>4</sup>. Tasarı m. 209’un anlamının ortaya çıkarılmasında, her iki kararın da Türk doktrin ve uygulamasına yol gösterici olacağı düşünüldüğünden<sup>5</sup>, bu kararların Türkçe çevirilerine çalışmada kısaltılmadan yer verilmiştir. Müteakiben kararlar hakkında İsviçre öğretisinde yapılan bazı değerlendirmeler ele alınmış ve bu arka plandan hareketle de Tasarı m. 209’un anlamı, kapsamı ve uygulanma şartları hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Gerçekten de Tasarı m. 209, anılan kararlar ve topluluk güven sorumluluğu konusunda İsviçre’de yapılan tartışmalar dikkate alınmaksızın doğru olarak anlaşılabilir.

Çalışmanın konusu, aşağıda da görüleceği gibi “şirketler topluluğu” kavramı ile ilgilidir. Öyle ki Tasarı m. 209’un uygulanması, yasal tanıma uyan bir “şirketler topluluğunun” varlığını gerektirmektedir. Ancak Hükümet Tasarısını inceleyen TBMM Adalet Alt Komisyonu, konuyu düzenleyen m. 195-208’de, esaslı değişiklikler yapmıştır<sup>6</sup>. Bundan dolayı, “şirketler topluluğu” konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapmak ve her hangi bir sonuca ulaşmak bu çalışmanın kaleme alındığı tarihler itibariyle mümkün gözükmemektedir. Sonuç olarak, anılan hususlara, bunların incelemenin ana konusunu teşkil etmediği de göz önünde tutulursa, sadece Tasarı m. 209’un değerlendirilmesinin gerektirdiği ölçüde değinilecektir. Ayrıca güven sorumluluğunun gerçekleşmesi halinde hâkim şirket ile yöneticiler arasında ya da hâkim şirketin eylemlerini engellemeyerek bağımlı şirketin zarara uğramasına yol açan yöneticiler ile bağımlı şirket arasında söz konusu olabilecek rücu ilişkileri de ele alınmayacaktır.

Çalışmada özellikle kısa oluşunun sağladığı ifade kolaylığı sebebiyle “*konzern*” kavramı yanında gerek Hükümet Tasarısı m. 195/1 b. 5, ve 209’da gerekse Tasarı m. 209’da kullanılmış olan “*topluluk*” kavramı tercih edilmiştir. Tasarı, m. 195-208’de “şirketler topluluğu” ifadesini kullanmış ve “topluluk” terimini tek başına kullanmaktan kaçınmışsa da, m. 209’da sırf “topluluktan” bahsedilmiş olmasına burada işaret etmekte fayda vardır. “Şirketler topluluğu” tamlaması yerine en azından m. 209’da “topluluk” teriminin zikredilmiş olması sadelik bakımından isabetli bulunmak gerekir. Tasarı’nın bu haliyle yasalaşması halinde, “topluluk” kelimesinin, “şirketler

<sup>4</sup> *Wibru/Swissair Kararı* “konzern güven sorumluluğu” bağlamında temel karar (*Grundlagenentscheidung, lead case*) olarak görülmektedir, bkz. *DRUEY*, Jean Nicolas: “Der Entwurf für ein türkisches Konzernrecht in rechtsvergleichender Sicht”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 338 dn. 17; *SOMMER*, Ueli: “Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationsrechts?”, *AJP* (Aktuelle Juristische Praxis), 9/2006, s. 1033, *KOCH*, Jens: Die Patronatserklärung, Habil., Tübingen, 2005, s. 446 dn. 425.

<sup>5</sup> Karş. *DRUEY*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e Armağan, s. 321, 338 dn. 17.

<sup>6</sup> Bkz. Tasarı m. 195-208, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (erişim tarihi: 23.11.2007).

topluluğu” kavramının yerini tutan ve Türk Hukukunda yasal dayanağı olan (m. 209) bir terim olarak görülmesi gerekir. Ayrıca gerek Tasarı m. 209’da açıkça “hâkim şirketin” sorumluluğundan bahsedilmiş olması hem de m. 195-209’da da “hâkim teşebbüs” kavramının yanında kullanılmış olması sebebiyle çalışmada “hâkim şirket” terimi tercih edilmiştir. Uygulamadaki örnekler de göstermektedir ki hâkim teşebbüs, hemen her zaman bir ticaret, hatta sermaye şirkettir. Bu da hemen daima bir anonim şirkettir. Bu yüzden “hâkim teşebbüs” yerine doğrudan “hâkim şirket” ifadesinin kullanılması daha isabetli bulunmuştur. Ayrıca Tasarı m. 195-209’da bazen “hâkim teşebbüs”<sup>7</sup> ve bazen de “hâkim şirket”<sup>8</sup> kavramının kullanılmasının nedeni, her zaman tam olarak anlaşılammaktadır<sup>9</sup>. Bu bakımdan “hâkim şirketi” de kapsayan “hâkim teşebbüs” kavramının tercih edilmesi terim birliği bakımından daha yerinde olurdu.

Günümüz Türkçesinde “güven” kelimesi, Osmanlıcadan gelen ve hukuk dilinde de kullanılan iki ayrı kelimeyi (anlamı) karşılamaktadır: Bunlardan biri “*itimat*” (*Vertrauen*), diğeri ise “*emniyet*” (*Sicherheit*). Çalışmada kullanılan “güven” kelimesi “itimat” kelimesinin karşılığıdır. Anlam farkı, güven (*itimat*) sorumluluğunun yalnızca herhangi bir bireyin hukuki işlem güvenliğini (*emniyetini*) (*Individuallschutz*) değil, aynı zamanda bir kurum olarak herkes için söz konusu olan hukuki işlem güvenliğini de (*emniyetini*) sağlamayı (*Institutionsschutz*) amaçladığı<sup>10</sup> olgusunu ifade eden bu cümleden de anlaşılabilir.

Çalışmanın ana kavramı olan “(topluluk) güven sorumluluğu” (*(Konzern-)Vertrauenshaftung*) çerçevesinde bir diğer terminolojik meseleye daha değinmek de fayda vardır. İsviçre ve Alman literatüründe güven sorumluluğundan konzern bağlamında söz edildiğinde “konzern güven sorumluluğu” (*Konzernvertrauenshaftung*<sup>11,12</sup>, *Haftung aus*

<sup>7</sup> Tasarı m. 195/5; 198/1, 202/1-e; 202/2; 202/5.

<sup>8</sup> Tasarı m. 195/3-4; 197; 199/1; 199/4; 200/1; 201/1-2; 202/1-a-b; 203; 206/1; 207; 208; 209.

<sup>9</sup> Ancak Alt Komisyon Metninde, maddelerde yapılan değişikliklerin gerekçeleri açıklanırken kavram farklılıklarının sebepleri hakkında bazı açıklamalar bulmak mümkündür, bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmatas.htm> (erişim tarihi: 23.11.2007). Şirketler topluluğu unsurlarına yabancı ve Türk hukuklarında verilen isimler hakkında bkz. *BOYACIOĞLU*, Cumhuriyet: Konzern Kavramı, Ankara, 2006, s. 12 ve 20.

<sup>10</sup> *LOSER*, Peter: “Die Vertrauenshaftung in der Praxis”, in: Tagungsband Recht aktuell 2006, (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht), Bern, 2006, Rz. 10.

<sup>11</sup> *KOCH*, s. 438-439.

<sup>12</sup> *KOCH*’un verdiği bilgilere göre “konzern güven sorumluluğu” (*Konzernvertrauenshaftung*) kavramını İsviçre Hukuk çevresinde ilk kullanan *SCHNYDER* (“Patronatserklärungen - Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?”, in *SJZ* (Schweizerische Juristenzeitung) 1990/86, s. 57, 64) olmuş ve bu müteakiben Federal Mahkeme tarafından benimsenmiştir, s. 439, dn. 382; ayrıca bkz. BGE 120 II 331, 333.

*Konzernvertrauen*<sup>13</sup>, *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*<sup>14</sup>, *Haftung aus erwecktem Konzernverhalten*<sup>15</sup>) kavramı kullanılmaktadır. Diğer bir deyimle “güven sorumluluğu” kavramının tek başına kullanıldığı hallerde, bunun Borçlar Hukukundaki yazılı olmayan sorumluluk kaynaklarından birisi olarak anıldığı kabul edilmek gerekir. Çalışmada da, yerinde bulunan bu ayrıma bağlı kalınarak “*topluluk/konzern güven sorumluluğu*” kavramı tercih edilmiştir. Ancak belirtilmelidir ki böylece “güven sorumluluğu” kavramından bağımsız yeni bir kurum oluşturulmamaktadır. Söz konusu olan güven sorumluluğunun şirketler topluluğu bağlamında tatbiki<sup>16</sup>.

Alman Hukukunda “konzern güven sorumluluğu” sorunu üzerinde ilk olarak Eckard *REHBINDER*’in durduğu hatta “konzern güven sorumluluğu” (*Konzernvertrauenshaftung*) kavramının ilk kez bu Yazar tarafından kullanıldığı daha sonra ise *WIEDEMANN* ve *FLEISCHER* tarafından üstlenildiği ifade edilmektedir<sup>17</sup>. *REHBINDER*, ana şirketin, kendisiyle yavru şirket arasındaki bütünlüğe (*Identität*), yavru şirketin yapacağı sözleşmenin kendi menfaatine olduğuna işaret etmek ya da yavru şirketin işlemlerini kontrol ettiğini vurgulamak, sözleşme şartlarını yavru şirketin yerine geçerek kendi lehine olacak şekilde bizzat müzakere etmek ve

<sup>13</sup> *BÖCKLI*, Peter: Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich vd., 2004, s. 1234; *MEIER-HAYOZ*, Arthur/*FORSTMOSER*, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern, 2004, s. 616; *LUTTER*, Markus: “Haftung aus Konzernvertrauen?”, in: Gedächtnisschrift für Brigitte *KNOBBE-KEUK*, Köln 1997, s. 232 vd.; *HONSELL*, Heinrich: “Haftung aus “Konzernvertrauen” im schweizerischen Recht”, in: Gedächtnisschrift für Jürgen *SONNENSCHNEIN*, Berlin, 2003, s. 661.

<sup>14</sup> BGE 120 II 331, 336, 337 (Wibru/Swissair Kararı); BGE 124 III 297, 303 (Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı); BGE 123 II 220, 231 (Omni Holding AG Kararı).

<sup>15</sup> BGE 123 II 220, 231 (Omni Holding AG Kararı).

<sup>16</sup> Karş. *BÖCKLI*, s. 1234. Güven sorumluluğunun anglo-amerikan hukukundaki “constructive fiduciary duty” doktrinine benzediği ifade edilmektedir, *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1041; *von der CRONE*, Hans Caspar/*WALTER*, Maria: “Konzernerklärung und Konzernverantwortung”, SZW (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht), 2/2001, s. 53.

<sup>17</sup> *LUTTER*, in: GS *KNOBBE-KEUK*, s. 236-237; *DRUEY*, Jean Nicolas: “«Konzernvertrauen»”, in: Festschrift für Marcus *LUTTER*, Köln, 2000, s. 1069-1070, dn. 2-3; *HONSELL*, in: GS *SONNENSCHNEIN*, s. 661, dn. 3; *KOCH*, s. 439, dn. 382; *von PLANTA*, Andreas: Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel, 1981, s. 104, 106 vd. “Konzernvertrauen” kavramını makale boyunca tırnak içinde anan *DRUEY*, bu durumu, kavramın bir boşluğu doldurduğuna inanmasına rağmen -en azından yazısının yayınlandığı 2000 yılı için- kavramın içeriğinin ve sınırlarının henüz belli olmaması, bunun mitoslaşma (*Mystifizierung*), yanlış yorumlanma ve karşıtlarınca hemen reddedilme tehlikesini beraberinde getirmesi ve nihayetinde oluşum süreci içindeki bir kavramla karşı karşıya olduğuna işaret edilmesi gerektiği düşüncesiyle izah etmektedir, in: FS *LUTTER*, s. 1082.; hâkim şirketin konzern ilişkileri içinde üçüncü kişilere karşı doğabilecek sözleşme dışı ve bu arada c.i.c. sorumluluğuna ilişkin olarak *Wibru/Swissair Kararı* öncesinde ileri sürülmüş olan görüşler için bkz. *HANDSCHIN*, Lukas: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich, 1994, s. 293 vd., 304 vd.; *von PLANTA*, s. 100 vd.



kararlaştırmak gibi davranışlarıyla, karşı tarafı, yavru şirketin ve yükümlülüklerinin “arkasında durduğuna” inandırdığını, bunun da “güven yaratma” (*Setzung eines Vertrauenstatbestandes*) anlamına geldiğini ifade etmektedir. *Yazar*, ana şirketin, üçüncü kişilerin bu gibi davranışları güven uyandırma biçiminde anladıkları iddialarına karşı kendisini savunabileceğini ifade etmekle, güven uyarıcı davranışların hâkim şirketin otomatik sorumluluğu anlamına gelmeyeceğini de belirtmiştir<sup>18</sup>.

## II- TASARI M. 209’UN İHDASI SEBEPLERİ ÜZERİNE

Eugen *BUCHER*, 2005 yılında yayınlanan makalesinde güven sorumluluğunun (*Vertrauenshaftung*) genelde sorumluluk hukuku özelde de şirketler topluluğu hukuku bağlamındaki akıbeti hakkında şu tahminde bulunmuştu: “*Haksız fiil benzeri bir sorumluluk kaynağı (quasideliktische causa obligationis) olarak burada söz konusu edilen güven sorumluluğu, 1994 yılındaki Swissair Kararı’ndan önce Yazar’ın bildiği kadarıyla hiç bu kadar açık bir şekilde ortaya konulmamış olduğu gibi özellikle de İsviçre dışında hiçbir yerde tartışma konusu yapılmamıştı. Bu sorumluluk türü, İsviçre’ye özgü bir durum olma özelliğini halen de muhafaza etmektedir. Ancak gecikmeyle de olsa, culpa in contrahendo sorumluluğunda da yaşandığı gibi Almanya ve Avusturya bu gelişmeyi takip edeceklerdir*”<sup>19</sup>.

Ancak *BUCHER*’in bu tahmini gerçekleşmemiş ve Tasarı m. 209’un gerekçesinde de belirtildiği gibi “*Türkiye bu hüküm ile, Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin Wibru/Swissair kararı (BGE 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern’in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülke [...]*” olmuştur<sup>20</sup>.

Tasarı m. 209’un gerekçesinde, güven sorumluluğu meselesinin özel görünümünün “patronaj açıklamaları”<sup>21</sup> olduğu belirtildikten sonra hükmün amacının “*bir şirketler topluluğu bağlamında hâkim şirketin toplumda veya*

<sup>18</sup> *REHBINDER*, Eckard: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg, 1969, s. 322.

<sup>19</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 261.

<sup>20</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005). Ayrıca bkz. *DRUEY*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e ARMAĞAN, s. 338-339.

<sup>21</sup> Gerçekten -türü ne olursa olsun- patronaj açıklamaları, üçüncü kişilerin, topluluğun ve yönetim birliğinin varlığını kabul ettiğini gösteren önemli bir işaret olarak değerlendirilmelidir. *KIRCA*, İsmail: “Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı”, AÜHFYD Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 451 vd. *Wibru/Swissair Kararı*na Türk Doktrininde -görülebildiği kadarıyla- ilk değinen *Yazar* olan (s. 463 dn. 59, özellikle s. 473 dn. 125) *KIRCA*, “*himaye beyanı*” kavramını kullanmaktadır; Konzern güven sorumluluğu bakımından patronaj açıklamalarının değerlendirilmesi için bkz. *KOCH*, s. 438 vd.; *BÖCKLI*, s. 1240 vd.

*daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamak” olduğu ifade edilmiştir<sup>22</sup>. TK’nun şirketler topluluğu ve bağlı şirket olgusunu görmezden gelmesi, bunun da özellikle bağlı şirket ve ortakları ile alacaklıları için olumsuz sonuçlar doğurma tehlikesi taşıması, Tasarı’da “şirketler topluluğunun” buna bağlı olarak da “hâkim şirketin güven sorumluluğunun” düzenlenmesine neden olmuştur<sup>23</sup>.*

Belirtmek gerekir ki bağlı işletmeler üst başlığı altında, bunun değişik formlarını düzenlemiş olan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Alman POK m. 15-22, 291-337; ayrıca bkz. Alman TK m. 290 vd.), Tasarı m. 209 muadili bir hüküm ihtiva etmemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda da (İsvBK) konzern hakkında, konzern hesaplarına ilişkin hükümler dışında (m. 663e-h), hâkim şirketin güven sorumluluğunu düzenleyen açık bir kurala yer verilmemiştir. Keza Avusturya Paylı Ortaklıklar Kanunu da (Avusturya POK) genel nitelikteki konzern tanımı (m. 15), konzernlerde yönetim ve gözetim kurulları (örn. m. 79, 86, 92-93) ile konzern hesaplarına (m. 125 vd.) ilişkin muhtelif hükümler haricinde Tasarı m. 209 hükmüne benzer bir hüküm içermemektedir. Hal böyle olunca Tasarı m. 209’da hâkim şirketin güven sorumluluğunun özel olarak düzenlenmesinin, “olmazsa olmaz” nitelikteki teknik bir zorunluluktan çok, bir hukuk politikası tercihi olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak düzenlemenin gerçek bir hukuki soruna dayanmadığı, bir diğer ifadeyle hiç olmayan bir sorun için öngörüldüğü ve uygulama imkânının olmadığı söylenemez. Nitekim Tasarı m. 195-216’ya ilişkin genel açıklamalarda da Alman Konzern Hukukundan yararlanıldığı ancak Tasarının konuya ilişkin sorumluluk kurallarının “özgün” olduğu ifade edilmiştir.

Gerekçede, şirketler grubuna dâhil yavru şirketlerin, topluluğun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve reklâmlarda kullanmak suretiyle müşterileri kendilerine bağladıklarından ve ticari menfaat sağladıklarından bahsedilmekte ve şirketler topluluğunun toplumda yüksek bir itibara sahip olması halinde kazancın da buna uygun olarak yüksek olduğu ifade edilmektedir. Tasarıya göre halkın ve daha dar anlamda tüketicinin, kullanılan topluluk adının etkisi ile bağlı şirkete yönelmesi ve böylece pazar payının yükselmesi mümkündür. Zira tüketici yavru şirketin dürüst hareket edeceğine, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığına teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve her şeyin gereği gibi olduğuna inanmış ve güvenmiştir.

Tasarı m. 209’un hareket noktası, şirket topluluğunun itibarını oluşturan (şekillendiren/canlandıran) unsurların (“topluluk adı”, marka, logo, slogan,

<sup>22</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>23</sup> Karş. *TEKİNALP*, Ünal (*POROY*, Reha/*ÇAMOĞLU*, Ersin): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2000, s. 975, N. 1992; *BOYACIOĞLU*, s. 3 ve 353.

reklâmlarda müşterek olarak kullanılan ses/görüntü imajları) hâkim şirketin bilgisi dâhilinde ya da örtülü oluru ile topluluğa dâhil bir şirketçe, topluluk itibarından yararlanacak biçimde (*Reputationsleihe*=*Reputationsanleihe*)<sup>24</sup> yazılı/sesli/görüntülü olarak kullanılması ve bunun sonucunda üçüncü kişilerde uyanan güven sonucunda yavru şirketle kendilerini zarara uğratabilecek ancak yavru ve/veya hâkim şirketin ekonomik yararına olacak bazı hukuki işlemler/eylemler (örn. yavru şirketle bir sözleşme yapmaları; sözleşmenin kurulacağına güvenip kredi almaları) yapılabilir olacaktır.

### III- İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN “KONZERN GÜVEN SORUMLULUĞUNA” İLİŞKİN İKİ KARARI

#### A) KARAR 1: BGE 120 II 331-341 (Wibru / Swissair Kararı)

62. (I. Hukuk Dairesi, T. 15 Kasım 1994, (Wibru Holding AG vs. Swissair Beteiligungen AG)) (Temyiz)<sup>25</sup>

#### [s. 331]<sup>26</sup> ÖZET:

Hâkim (ana) şirketin (*Muttergesellschaft*)<sup>27</sup>, yavru şirketin (*Tochtergesellschaft*) iş ortaklarına (*Geschäftspartner*) karşı yaptığı beyanlardan sorumluluğu<sup>28</sup>. Sorumluluğun kaynakları arasında reklâm amaçlı yapılan beyanlar da vardır (Gerekçe 2); Hâkim şirketin sözleşmeden doğan bir sorumluluğunun olup olmadığı, beyanların güven ilkesine göre yorumu sonucuna bağlıdır (Gerekçe 3); Akdi veya haksız fiil sorumluluğunu

<sup>24</sup> Bkz. von der CRONE/WALTER M., SZW, 2/2001, s. 53; CYRILL, Diem: Haftungsbegründende Erklärungen im Rahmen der Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, [www.cyrill-diem.ch/fileadmin/Dateien/MASTERARBEIT\\_CYRILL\\_DIEM\\_-\\_2005.doc](http://www.cyrill-diem.ch/fileadmin/Dateien/MASTERARBEIT_CYRILL_DIEM_-_2005.doc), s. 9 (erişim tarihi: 22.01.2008).

<sup>25</sup> <http://www.bundesgericht.ch>.

<sup>26</sup> Kararların aslındaki sayfa numaraları köşeli parantez içinde gösterilmiştir.

<sup>27</sup> Kararların değerlendirilmesinde anahtar role sahip olduğu düşünülen terim ya da ifadelerin Almancaları parantez içinde italik olarak belirtilmiştir.

<sup>28</sup> Davaya konu olayda yer alan konzerinin organizasyonu şöyledir: Swissair ((*Groß-*)*Muttergesellschaft*=hâkim şirket; davalı) ← Swissair Beteiligungen AG (*Tochtergesellschaft* =yavru şirket) ← IGR Holding Golf and Country Residences AG (*Enkelgesellschaft*=torun şirket). Burumda *Swissair* gerçekte “büyük anne” (*Großmuttergesellschaft*), (bkz. GONZENBACH, Rainer: “Senkrechtsstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen»”, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis), 3/1995, s. 117, 128), *IGR* ise “torun şirket” olmasına rağmen kararda “ana/hâkim şirket” ve “yavru şirket” biçiminde ifade edildiğinden, çalışmada da bu adlandırma korunmuştur. *Wibru/Swissair Kararı*’nın eleştirilmesinde rol oynayan önemli noktalardan birisi de torun şirket *IGR* ile sözleşme ilişkisi içindeki tarafın (*Wibru AG*), buna ya da anne şirkete (*Swissair Beteiligungen AG*) değil de büyük anne durumundaki *Swissair*’e yönelik tazminat talebinin, her ne kadar bu sonuncusunun isim ve logosu kullanılmış da olsa, kabul edilmesi olmuştur, bkz. GONZENBACH, recht, 3/1995, s. 127-128.

doğuran nedenlerin yokluğunda, hâkim şirketin sergilediği konzern<sup>29</sup> davranışlarıyla yaratılan güvenin, sorumluluk doğurmasının şartları nelerdir? (Gerekçe 5).

**[s. 332] OLAY:**

A) *IGR Holding AG, Swissair Beteiligungen AG* tarafından Temmuz 1987’de kurulmuş olan bir anonim şirkettir. Ticaret unvanı daha sonra “*IGR Holding Golf and Country Residences AG*” (müteakiben: *IGR*) olarak değiştirilen *IGR*, müşterilerine ülke içi ve dışındaki golf alanlarına yakın yerlerde bulunan lüks konaklama yerleri (“*Residenzen*”) sunmayı konu edinmişti. *IGR*, müşterilerine tutarı 30.000-90.000 Frank arasında değişen bir kira bedelinin peşin olarak ödenmesi karşılığında (*Mietvorauszahlung*), şirketin kurduğu kira sistemine “üye” olma imkânı sunmaktaydı. Üyelik, müşterilere 40 yıl boyunca her yıl, ödediği peşin kira bedelinin bir kısmı karşılığında belirtilen lüks konaklama yerlerinde oturma ya da bu haktan bir başkasını yararlandırma hakkı vermektaydı. Üyelik gerçek kişiler yanında işletmelere de açık bulunmaktaydı. *Wibru Holding AG*, 22.12.1988 tarihli sözleşmeyle, 2291 üye numarasıyla *IGR*’e üye oldu ve 90.000 İsviçre Frangı kirayı peşin olarak ödedi. *IGR*, 16.02.1989 tarihli bir yazıyla müşterilerini, *Euroactividade AG* ile yapılacak muhtemel işbirliği hakkında bilgilendirdi. *IGR*, 29 Nisan 1989 tarihli bir yazıyla da 10.05.1989’dan itibaren *Euroactividade AG*’nin yavru şirketi olacağına dair planları açıkladı. Bu plana göre *Swissair Beteiligungen AG* de, *Euroactividade AG*’de azınlık hisselerini satın alacaktı. *IGR*, bu yeniden yapılanma planı çerçevesinde, üyelerine sunduğu hizmet modelinde değişiklikler yapılacağını da duyurdu. M., *Euroactividade Group* Başkanı olarak 23.08.1989 tarihli bir mektupla, bütün *IGR* üyelerine, *IGR*’nin *Euroactividade AG*’ye satışının gerçekleşmiş olduğunu duyurdu ve büyüme planlarına atıfta bulundu. Ancak *IGR*, 07.03.1990 tarihli bir mektupla, yeni konseptin kesin halini sunma imkânının hâlâ olmadığını itiraf etmesinin yanında, şirket yönetiminin, bu şartlar altında üyelik bedellerinin şirkette tutulmasını adil bulmadığını, bu yüzden üyeliklerin feshinin ve şimdiye dek yapılmış olan ödemelerin % 7 oranında faiz uygulanarak iadesinin kararlaştırıldığını duyurdu. *Wibru Holding AG*, bu duyuruyu müteakiben üyelik bedellerinin iadesini beklemesine rağmen bundan bir sonuç çıkmadı. Şirket, (*IGR*’ye) yaptığı birçok ihtarin sonuçsuz kalması üzerine<sup>30</sup>, *Swissair*’e başvurdu. *Swissair, Wibru Holding AG*’ye

<sup>29</sup> Bağımsız şirketlerin (işletmelerin) tek bir sevk ve idare altında toplanması yoluyla meydana gelen “şirketler (işletmeler) topluluğunu” ifade etmek üzere Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında kullanılan onlarca farklı “*terim*” için bkz. *BOYACIOĞLU*, s. 7 vd. Kararların çevirilerinde, Türk literatüründe de kullanılan “*konzern*” kavramı (*BOYACIOĞLU*, s. 19 dn. 143) muhafaza edilmiştir.

<sup>30</sup> *HONSELL*’in *KUZMIC*’den aktararak verdiği bilgiye göre, *Wibru AG* dışında diğer tüm üyeler ödedikleri bedelleri geri almışlar, ancak *Wibru AG*’nin ödediği üyelik ve kira bedellerinin iadesi *IGR* tarafından iki kez denenmiş olmasına rağmen, değişik havale

yazdığı cevapta, *IGR*'nin Mayıs 1989'dan beri *Euroactividade AG*'nin % 100 oranındaki yavru şirketi olduğunu ve bundan başka *IGR* hakkında iflas kararı verilmiş olduğunu bildirdi.

**B)** *Wibru Holding AG*, 28.10.1991'de Zürih Eyaleti Ticaret Mahkemesi'nde 97.808 Frankın ödenmesi talebiyle *Swissair Beteiligung AG*'yi dava etti. Ticaret Mahkemesi davayı 08.06.1991'de reddetti.

[s. 333] **C)** Federal Mahkeme davacının temyiz başvurusunu kısmen kabul eder ve davayı yeniden karar verilmesi için Ticaret Mahkemesi'ne geri gönderir.

### **Gerekçelerden Alıntılar:**

#### **Gerekçe I:**

**1-** *IGR*'nin reklâm broşürlerinde, bu işletmenin *Swissair-Konzerni*'ne bağlı olduğu, çeşitli şekillerde ve reklâmsal biçimde (*werbemäßig*) özel olarak vurgulanmıştır. Davacı, üyelik sözleşmesini yaparken, finansal bakımdan zayıf olan *IGR*'ye değil, *Swissair*'e ve bunun o zamanki finansal gücünden, güvenilirliğinden ve dürüstlüğünden kaynaklanan imajına güvendiğini ileri sürmektedir. Davacı, davalının sorumluluğunu duyduğu güvene dayandırmaktadır. Davacı ilk başta dayandığı, davalının perdenin kaldırılmasından kaynaklanan sorumluluğu (*Durchgriffshaftung*) iddiasından, temyiz başvurusunda vazgeçmiştir. Davacı artık, davalının sorumluluğunun bizzat kendi davranışından kaynaklandığını ileri sürmektedir. Davacı buna gerekçe olarak dilekçesinde değişik kanun maddelerini belirtmiştir: Bu çerçevede bir yandan, davalının kendisine karşı Borçlar Kanunu m. 111 anlamında akdi bir garanti üstlenmiş olduğunu, diğer yandan çelişkili davranış yasağına uymadığını (*Verbot des venire contra factum proprium*) ve böylece Medeni Kanun m. 2'yi ihlâl ettiğini ileri sürmektedir. Bundan başka davalı Borçlar Kanunu m. 41'e dayanmaktadır.

#### **Gerekçe 2:**

**2-** Konzern hâkim şirketinin, yavru şirketin iş ortaklarına yaptığı beyanlardan dolayı sorumlu olup olmadığı ve bunun kapsamı doktrinde özellikle patronaj açıklamaları (*Patronatserklärung*) bağlamında tartışılmaktadır (SCHNYDER, Patronatserklärungen - Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?, in SJZ 86/1990, S. 57 ff.; HANDSCHIN, Der Konzern im schweizerischen Privatrecht, S. 287 ff.; BOSMAN,

---

hataları sebebiyle bu mümkün olmamıştır. Federal Mahkeme, bu hatalardan kararında - aşağıda da görüleceği üzere- hiç bahsetmemektedir. *Swissair*'in, *Wibru AG*'nin iade taleplerini reddetmesinin sebebi ise artık bu anda *IGR*'yi *Euroactividade AG*'ye devretmiş ve *IGR*'nin ana şirketi olmaktan çıkmış olmasıdır, *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 662 ve 669; aynı yönde *GONZENBACH*, recht, 3/1995, s. 128, 129. Her halde hiç kimse bu gibi kaçınılabılır "teknik" hataların böyle bir karara ve akabindeki -uluslararası tartışmalara sebebiyet vereceğini aklından dahi geçirmemişti.

Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, S. 181 ff.; ALBERS-SCHÖNENBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, S. 181 f.; HUBER, Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronatserklärungen, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, S. 47 ff.; MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, in SAG 50/1978, S. 109 ff.; GEIGY-WERTHEMANN, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, in Festgabe Juristentag 1973, S. 21 ff.). Uyuşmazlık konusu olayda, hâkim şirket tarafından yavru şirkete verilmiş kredilerin teminat altına alınması amacıyla belli üçüncü kişiler lehine [s. 334] yapılmış beyanlar değil, reklâmsal nitelikte olan ve IGR'nin potansiyel müşterilerine yönelmiş beyanlar söz konusudur. Buna rağmen doktrinde geliştirilen ilkelerin uygulanma imkânı vardır. Buna göre reklâm amaçlı beyanlar da haklı beklentiler oluşturabilir ve sorumluluk hukuku bakımından önem kazanabilirler (karş. BGE 115 II 474 Gerekçe 2b, s. 477 vd.).

### Gerekçe 3:

**3-a)** Hâkim şirketin, yavru şirketin iş ortaklarına karşı örneğin Borçlar Kanunu m. 111 anlamında bir garanti üstlenmesi halinde, bu şirketin yükümlülüklerinden sorumluluğu söz konusu olabilir. Gerçek bir uyuşmanın yokluğu halinde, bu sorumluluğun doğup doğmadığına, hâkim şirket beyanlarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması sonucunda karar verilebilir. Sorumluluğun sözleşmeden doğduğunun kabulü için kendisine beyanda bulunulan tarafın bu beyanlardan, doğruluk ve güven ilkeleri çerçevesinde hâkim şirketin bağlanma iradesini çıkartabilmiş olması (SCHNYDER, a.a.O., S. 60 ff.; HANDSCHIN, a.a.O., S. 291; GEIGY-WERTHEMANN, a.a.O., S. 32 ff.) ve vaat edilen garantinin de, yavru şirketin önceden belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir yükümlülüklerine ilişkin bulunması gerekir (SCHNYDER, a.a.O., S. 64). Bu yüzden bir garanti sorumluluğunun varlığından kolayca bahsedilemez. -Dava konusu olayda da görüldüğü gibi- taraflar arasında karşılıklı iradeler beyan edilmemiş olmasına rağmen, reklâmsal beyanların hâkim şirketin irade beyanı olduğu ve yavru şirket iş ortağının da diğer tarafla sözleşme kurulması bağlamında bunu zımnen kabul ettiği şeklinde düşünülürse, hâkim şirket ile yavru şirketin iş ortağı arasında bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğu istisnai olarak kabul edilebilir. **b)** Ticaret mahkemesinin tespitlerine göre IGR'ye ait mektup kağıtlarının ve reklâm broşürlerinin ön sayfalarının alt kısmında, "Swissair" yazısı ile italik biçimde basılı "İsviçre haçından" oluşan Swissair logosu yanında "IGR bir Swissair kuruluşudur"<sup>31</sup> ifadesi basılıdır. IGR'ye ait reklâm dokümanlarında, şirketin Swissair ile olan

<sup>31</sup> "Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair".

bağlantısı vurgulanmaktadır. Kararı temyiz edilen ilk derece mahkemesi buna örnek olarak şu cümleyi alıntılamaştır: “Üzerinde International Golf and Residences’in yazılı olduğu her yerin altında Swissair vardır. Tabii ki arkasında da. Çünkü IGR her ne kadar Swissair Beteiligungen AG’nin bağımsız bir işletmesi olsa da [s. 335] hâkim şirketin işletme ilkelerine göre çalışır. Bunun da IGR’nin uluslararasılığına, misafirperverliğine, ilgisine ve güvenilirliğine katkı sağladığı açıktır.” Davalı, davacıya karşı bu ifadeleri reddettiğini iddia etmediği gibi, IGR’nin reklâm dokümanlarındaki ifadeleri kendisinin oluru ile oluşturmuş olduğuna da itiraz etmemektedir. Bu yüzden, dokümanlardaki beyanlar davalıya yüklenebilir. Ancak bu beyanlardan, davacının iddiasının tersine olarak, davalının IGR’nin yükümlülükleri için Borçlar Kanunu m. 111’de yer alan “garanti” anlamında sorumluluğu onunla birlikte üstlendiği anlamı çıkarılamaz. Reklâmsal nitelikteki bu beyanlarda, davalının akdî bağlanma iradesi ifadesini bulmamıştır. Özellikle davalının hâkim şirket olarak IGR’nin yükümlülüklerinin ifasını garanti ettiği hiçbir yerde söz konusu edilmemiştir. Davacı, sarıh biçimde bir vaat bulunmaksızın, salt IGR’nin konserne bağlılığının reklâm amacıyla vurgulanmasından, davalının garanti borcu altına girmek istemiş olduğu sonucuna varamaz. Bu yüzden davalının sözleşmeden doğan bir sorumluluğu yoktur.

#### **Gerekçe 4:**

Davalının bunun gibi Borçlar Kanunu m. 41 anlamındaki bir haksız fiil sorumluluğu da yoktur. Zira davalıya, hukuka aykırı, diğer bir deyimle genel nitelikteki yasal emir ve yasaklara aykırı eylemde bulunduğu isnad edilemez (karş. BGE 117 II 315 Gerekçe 4 d, s. 317 vd.; 115 II 15 Gerekçe 3 a s. 18, atıflarla birlikte).

#### **Gerekçe 5:**

**5-a)** Ancak akdi veya haksız fiil sorumluluğu için herhangi bir dayanak bulunmadığı hallerde, hâkim şirketin konserne davranışı hakkında uyandırılan güven (*Konzernverhalten der Muttergesellschaft= hâkim şirketin konserne için belli bir durumda belli bir şekilde davranacağı yönünde yarattığı güven*), bazı şartlarla sorumluluk kaynağı olabilir. Bu, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin esasların genelleştirilmesinden çıkmaktadır (SCHNYDER, a.a.O., S. 64 f.; MÜLLHAUPT, a.a.O., S. 111). Culpa in contrahendo, Federal Mahkeme uygulamasında (vgl. BGE 108 II 419 Gerekçe 5 s. 421 vd., atıflarla birlikte) ve öğretideki hâkim görüşte (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1991, Bd. I, S. 176 f. Rz. 981 f.; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. 1991, S. 99; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1979, S. 193; BK-KRAMER, allg. Einl. zum OR, N. 139; OR-BUCHER, N. 90 zu Art. 1; kritisch hingegen namentlich MERZ, Vertrag

und Vertragsschluss, 2. Aufl. 1992, S. 85 f. Rz. 146 ff., im Anschluss an TERCIER, La culpa in contrahendo en droit suisse, in Premières journées juridiques yougoslavo-suissees 1984, Bd. 2, S. 236 f.) belirtildiği gibi, [s. 336] özel bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edildiğinde, ilgili, buna eşdeğer hallerde (*in wertungsmässig vergleichbaren Fällen*) sorumluluk hukuku korumasından mahrum bırakılamaz. Culpa sorumluluğunun altında yatan ve taraflara karşılıklı belli sadakat ödevleri yükleyen sözleşme müzakereleri ilişkisi (*Vertragsverhandlungsverhältnis*) genel bir hukuk figürünün tezahürü olarak değerlendirilmelidir (BK-KRAMER, a.a.O., N. 142 ff.). Sözleşme müzakerelerinde tarafların, karşılıklı beyanların doğruluğu, ciddiyeti ve tamamlığı hususunda duydukları güven gibi, bir konzern ilişkisinde konzernin güvenilirliği ve ödeme gücü hakkında uyandırılan güven de korunmaya lâyıktır. Konzern hâkim şirketinin beyanlarının yavru şirketin iş ortaklarında bu şekilde bir güven uyandırması halinde, “sözleşme müzakereleri ilişkisine” benzer, hukuksal nitelikte özel bir bağlılık oluşur (*rechtliche Sonderverbindung*) (vgl. REY, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in FS Keller 1989, S. 231 ff.). Bu özel bağlılık ilişkisi de doğruluk ve güven ilkesine dayanan koruma ve aydınlatma ödevleri yükler (SCHNYDER, a.a.O., S. 65). Bu gibi yükümlülüklerin ihlâli ise tazminat taleplerinin doğmasına yol açar. Ancak konzern güvenilirliği uyandırılmasından doğan sorumluluk (*die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*) -culpa in contra hendo sorumluluğunda da olduğu gibi- sıkı şartlara bağlanmalıdır. Zira nasıl herkes sözleşme müzakerelerinde kendi menfaatlerini kural olarak yine kendisi korumak durumunda ise ve bunların karşı tarafça gözetilmesini bekleyemezse, yavru şirketin iş ortağı da bunun ödeme gücünü kural olarak bizzat takdir etmeli ve yavru şirketin ödeme güçlüğüne düşme riskini (*Bonitätsrisiko*) basitçe hâkim şirkete yükleyememelidir (*caveat creditor* ilkesi, kredi verenin/alacaklının özen ödevi, SCHNYNDER, a.a.O.). Hâkim şirket, yavru şirketin başarısını hiç düşünmeksizin, kayıtsız şartsız (*nicht unbesehen*) üstlenmek zorunda olmadığı gibi, bunun çökmesi halinde, yavru şirketin iş ortaklarına karşı başarısızlıktan kaynaklanan her türlü zarardan da kayıtsız şartsız sorumlu tutulamaz. Korunmaya lâyık olan kendi dikkatsizliğinin, kolayca güvenmesinin ve iş hayatının genel risklerinin kurbanı olan değil (vgl. BOSMAN, a.a.O., S. 189), haklı güveni kötüye kullanılan kişidir sadece. Sorumluluğun varlığı yalnızca, hâkim şirketin davranışlarıyla, konzern davranışı (*Konzernverhalten*) ve konzern sorumluluğu (*Konzernverantwortung*) hususunda belli beklentiler yaratması, bu beklentileri de daha sonra doğruluğa aykırı biçimde boşa çıkarması halinde kabul edilebilir. Bu halde [s. 337] hâkim şirket, doğruluk ve güven ilkesine aykırı hareketinin uygun illiyet bağı içinde sebep verdiği zararı tazmin etmelidir. Ancak güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*), sözleşmeden doğan garanti sorumluluğunun tersine, hâkim şirketin, yavru şirketin yükümlülüklerinden dolayı üçüncü kişilere karşı bununla birlikte sorumlu



olması sonucunu doğurmaz (vgl. SCHNYDER, a.a.O.; ALBERS-SCHÖNENBERG, a.a.O., S. 182). Hâkim şirketin haklı beklenti uyandırıp uyandırmadığı ve bunun ne şekilde gerçekleştiği hususunda karar verilebilmesi için somut olayın bir bütün olarak göz önünde tutulması gerekir. İhlâli, güven sorumluluğunun doğmasına yola açan ve doğruluk ve güven ilkesine dayanan davranış yükümlülüklerinin türü ve kapsamı, bu değerlendirmelerden çıkacaktır. Somut güven ilişkisi hâkim şirkete, yavru şirkete, bunu gerçekte bekleyen ekonomik risklere karşı, yeterli biçimde güvenceye alacak ve basiretli bir iş adamının gerekli göreceği finansal imkânlarla donatma yükümlülüğü yükleyebilir. Bundan başka, hâkim şirketin, özellikle konzern ilişkisi çerçevesinde birlikte sorumlu tutulmak istememesi halinde, aydınlatma yükümlülükleri de doğabilir. Yavru şirketin iş ortaklarına, bunun finansal durumu hakkında doğru olmayan beyanlarda bulunması ya da iş ilişkileri devam ederken yavru şirketin varlığını tehdit eden gelişmeleri gizlemesi halinde, hâkim şirketin bu yükümlülüklerini ihlâl ettiği sonucuna varılması mümkündür (BOSMAN, a.a.O., S. 191 f.). Burada, konzerne güvenden doğan sorumluluk, yanlış tavsiyede bulunmaktan ve eksik bilgi vermektan doğan sorumluluk ile temas halindedir. Yanlış tavsiyede bulunmaktan ve eksik bilgi vermektan doğan sorumluluk da, taraflar arasında bir danışmanlık sözleşmesi (*Beratungsvertrag*) söz konusu olmadıkça, öğretide ileri sürülen yeni görüşler tarafından çoğunlukla güven sorumluluğunun (*Vertrauenshaftung*) uygulama alanlarından birisi olarak görülmektedir (MEIER-SCHATZ, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in *Mélanges Paul Piotet* 1990, S. 151 ff., insbes. 158 ff.; BK-KRAMER, a.a.O., N. 68 und 147; vgl. auch GUHL/MERZ/KOLLER, a.a.O., S. 99 f.; abweichend KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, in *SJZ* 82/1986, S. 345 ff., insbes. 355 Ziff. 6.3). **b)** Davacı, reklâm dokümanlarının ve icabın yöneldiği kişi olarak *Swissair Konzerni*'nin golf turizmine ilişkin hizmetleri, niçin konzernin halihazırda kurulu bir şirketi tarafından değil de bağımsız ve yeni kurulan bir şirket vasıtasıyla arz edildiğini bilemeyeceği gibi bilmek zorunda da değildi. [s. 338] İlk derece mahkemesi temyiz edilen kararda, *IGR*'nin esas sermayesinin yalnızca 200.000 Frank olduğunu tespit etmiş bulunmaktadır. Davacı temyiz dilekçesinde, *IGR*'nin *Swissair Konzerni*'ne dâhil olduğuna güvenmemiş olsaydı, sermaye bakımından bu derece zayıf bir şirkete lüks otellerin 40 yıllık kullanım hakları için 90.000 Frankı aşan kira ödemeleri yatırımını yapmayacağına inandırıcı bir şekilde işaret etmiştir. Ticaret Mahkemesinin de tespit etmiş olduğu gibi, davalının, projenin sırf "*Pre-Openingsphase*" için, 50 Milyon Franka ihtiyaç olduğu yönünde değerlendirme yapması da *IGR*'nin sermayesinin yetersiz (*unterkapitalisiert*) olduğunu açıkça göstermektedir. *IGR*, yeni kurulmuş ve sermayesi açıkça yetersiz bir yavru şirket olduğundan, bunun iş ortaklarının öncelikle *Swissair Konzerni*'nin finans gücüne ve itibarına güvenecekleri hususunun davalı tarafından da bilinmesi gerekirdi. Bu şartlar altında, davalının kendi

beyanları olarak kabul etmek zorunda olduğu (bkz. yukarıda Gerekeçe 3b) *IGR*'ye ait reklâm dokümanları iki yönde haklı beklenti uyanmasına sebep olmuşlardır: *aa*) Davacı, *IGR*'nin *Swissair Konzerni*'ne bağlı oluşunun vurgulanmasından ve özellikle *Swissair*'in *IGR*'nin arkasında olduğuna ilişkin beyandan, davalının *IGR*'yi en azından kuruluş aşamasında, yeterli sermaye ile donatacağı vaadinde (*Zusicherung*) bulunduğu sonucunu doğruluk ve güven ilkesi uyarınca çıkarmakta haklıdır. Ancak davacı, davalının davacının her türlü yatırım riskini üstlendiği sonucuna varamaz. *IGR*'nin başarısının, şirkete başka üçüncü kişilerin de yatırım yapması ve sisteme üye olmasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, üçüncü kişilerin şirkete yatırım yapmaması halinde doğacak kaybın hâkim şirket tarafından ekonomik olarak karşılanmasını bekleyemez. Yaratılan/uyandırılan güven, ancak üçüncü kişilerin katılımları hususunda yapılacak gerçekçi tahminler çerçevesinde, girişimin başarıya ulaşması için kuruluş aşamasında ihtiyaç duyulacak ek finansal kaynakların sağlanmasını kapsamaktadır. *bb*) Davacı diğer yandan, reklâm dokümanlarına dayanarak, *IGR*'nin *Swissair Konzerni*'ne bağlılığının reklâm olacak şekilde vurgulanmasının, faaliyetlerin doğru ve güvenilir olacağına teminat teşkil ettiğine ve davalının hâkim şirket olarak güvenilirlik ve doğruluk için garanti verdiğine güvenmekte haklıdır. Bu anlamda davacının, *Swissair*'in *IGR*'nin arkasında olduğu beyanlarının, baştan itibaren [s. 339] yavru şirketin güvenilirliğine etki ettiği sonucuna varması haklıdır. Davacının özellikle, davalının, *IGR*'nin duyurularının güvenilirliğini temin edeceğinden hareket etmesi haklıdır. Davacı, *IGR*'nin, iş ortaklarına projenin başarısı ve üyeliklerin devamının avantaj ve riskleri hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgiler vererek, iş ortaklarının iş ilişkilerini zamanında kesmelerini engellemesini, davalının fark etmeyeceğini hesap etmek zorunda değildi. *c*) Son olarak araştırılması gereken bir diğer konu da davalının, beklentileri doğruluk ve güven ilkesine aykırı olarak (*in treuwidriger Weise*) boşa çıkartıp çıkartmadığı hususudur: *aa*) Ticaret Mahkemesi'nin tespitlerinden, davalının *IGR*'ye 200.000 Frank sermaye (*Aktienkapital*) ile 50 Milyon Frank borç (*Aktionärsdarlehen*) verdiği anlaşılmaktadır. Davacı, basiretli bir işadammın bakış açısıyla değerlendirilecek olursa, *IGR*'nin bu miktarlar ile ekonomik bakımdan yeterli biçimde donatılmamış olduğunu ileri sürmemektedir. Bu yüzden *IGR*'nin davalı tarafından yetersiz sermaye ile donatılması sonucunda değil, üçüncü kişilerin beklenen yatırımlarının gerçekleşmemesinden dolayı başarısızlığa düştüğü sonucuna varmak gerekir. Ancak davalı, belirtildiği gibi bunu üstlenmek zorunda değildir (bkz. yukarıda Gerekeçe b/aa). *bb*) Buna karşın davalının, *IGR*'nin *Euroactividade AG*'ye devredilmeden önce üyelerin doğru bilgilendirilmesini sağlamak zorunda olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda şu hususlar önemlidir: *IGR* Aralık 1988'de üyelerine bir haber bülteni göndermiştir. Bu bülten, ilk derece mahkemesinin tespitlerine göre, üye sayılarındaki gelişmeler ve işletmenin başarısı hakkında "58 ülkeden olağanüstü tepkiler", "halihazırda birçok üye" gibi

abartılı ifadeler içermekteydi. Gerçekte bu sırada, üye kayıtları beklentilerin oldukça altında kalmış ve *IGR*, ekonomik güçlüğüne düşmeye başlamış bulunmaktaydı. Davacıya üye kaydındaki başarısızlık hakkında sonraki dönemde, özellikle 26 Nisan 1989 tarihli ve *Euroactividade AG* ile birleşme planlarının duyurulduğu mektupta da bilgi verilmemiştir. Mektup ile *IGR*-üyelerini objektif olarak bilgilendirmek değil aksine bunları mümkün olduğunca oyalamak ve böylece üyeliklerinin devamını sağlamak amaçlanmıştı. Davalının *IGR*'den ayrılmasının gerçek sebepleri gizlenmiştir. Bunun yerine, [s. 340] *Euroactividade AG* ile birleşme sonucunda, sunulan hizmetlerin kapsamının genişleyeceği ifade edilmiştir. Haber bülteni ile 26 Nisan 1989 tarihli mektubun davacıya gönderildiği dönemde *IGR* henüz davalının yavru şirketi idi. Davalı, haber bülteni ile mektup hakkında bilgi sahibi olmadığını iddia etmemektedir. Bu yüzden davalı, davacıya karşı neyin bildirildiği ve neyin bildirilmediği konusunda bilgisi olduğu hususunun kendisine yüklenmesine katlanmalıdır. Planlanan birleşme, *IGR*'ye ait residanzlarda belli bir puan sistemine göre oturma modelinin yerine geçmek üzere yeni ve farklı bir hizmet modeli sunduğundan, üyelik sözleşmelerinin değiştirilmesini de gerekli kılmaktaydı. Sözleşmelerin değiştirilmeksizin uygulanmaya devam edebilmesi üyelerin açık ya da örtülü onaylarına bağlı bulunmaktaydı. Nitekim 26 Nisan 1989 tarihli mektupta üyelere yerinde olarak, *IGR* ile yapılmış sözleşmelerde yeni ortaya çıkan duruma göre değişiklik yapılmasını kabul edip etmeme hususunda serbestçe karar verebilecekleri hatırlatılmıştır. Ancak üyeler, kendilerine *IGR*'nin finansal durumu bildirilmediği, hatta Aralık 1988 tarihli haber bülteninde yanlış sunulduğu ve 26 Nisan 1989 tarihli mektupta *IGR*'nin *Euroactividade AG*'ye satımının gerçek nedenleri, yanıltıcı ifadelerle gizlendiği için, doğru karar alınmasını etkileyecek önemli (esaslı) bilgi kaynaklarından (*wesentliche Entscheidungsgrundlagen*) mahrum bırakılmışlardır. Oysa davalının konzern hâkim şirketi olarak, somut güven ilişkisi nedeniyle ya *IGR*'nin doğru bilgilendirmesini temin etmesi ya da bizzat bilgilendirmesi gerekirdi (bkz. yukarıda Gerekeçe a ve b/bb). Hâkim şirket, aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl ederek, davacının olayın özellikleri içinde konzern davranışına (*Konzernverhalten der Muttergesellschaft*) haklı olarak duyduğu güvenini, doğruluk ve güven ilkesine aykırı (*treuwidrig*) olarak boşa çıkarmıştır. 26 Nisan 1989 tarihli mektupta, *Swissair*'in *Euroactividade AG*'de kayda değer bir azınlık hissesi edineceğinin ve *Euroactividade AG*'nin yönetim kurulunda temsili sayesinde *IGR* üzerindeki etkisinin ileride de devam edeceğinin vurgulanmış olması, aydınlatma yükümlüğüne aykırı davranışının sonuçlarını daha da ağırlaştırmaktadır. Böylece *Swissair Konzerni*'ne güvenilmesi hususuna tekrardan işaret edilmiş, bu da *IGR*'nin üyelerinde *IGR* ve *Euroactividade AG* hakkında bizatihi araştırma yapmanın gereksiz olduğu izlenimi uyandırmıştır.

**[s. 341] Gerekçe 6:**

6- Eğer davacı gerçek durum hakkında bilgi sahibi olsaydı, -genel hayat tecrübelerinin de gösterdiği gibi- *IGR* ile sözleşmeyi artık devam ettirmek istemeyecek ve yatırdığı paranın iadesini talep edecekti. Davalının hatalı davranışı, davacının, *IGR* ile olan akdi ilişkisini sürdürmesi ve *IGR*'nin iflası nedeniyle zarara uğramasına sebep olmuştur.

**Referanslar:**

**BGE:** 115 II 474, 117 II 315, 115 II 15, 108 II 419.

**Kanun Maddeleri:** Borçlar Kanunu m. 111, 41, Medeni Kanun m. 2.

**B) KARAR 2: BGE 124 III 297-305 (Musikvertrieb / Motor-Columbus Kararı)**

54. (I. Hukuk Dairesi'nin, 16 Nisan 1998 tarihli kararından alıntı, (Musikvertrieb AG vs. Motor Columbus AG)) (Temyiz) <sup>32</sup>

**ÖZET:**

Konzern Sorumluluğu:

Hâkim şirketin (*Muttergesellschaft*), çifte organın (*Doppelorgan*) haksız fiili sebebiyle sorumluluğu, hukuka ya da en azından ahlâka aykırılığı gerektirir (Gerekçe 5a). Yapmama (*Unterlassung*) şeklindeki fiillerin hukuka aykırılığı, ne tehlike ilkesi ile (*Gefahrensatz*) ne de Medeni Kanun m. 2 ile açıklanabilir (Gerekçe 5e). Bir konzerne bağlı olduğuna genel olarak işaret edilmiş olması, hâkim şirketin güven sorumluluğunun doğmasına yetmez. Güvenin korunmaya lâyık olması, hâkim şirketin davranışlarının, yeterli derecede somut ve belirli beklentiler oluşturmaya elverişli olmasına bağlıdır (Gerekçe 6).

**[s. 298] OLAY:**

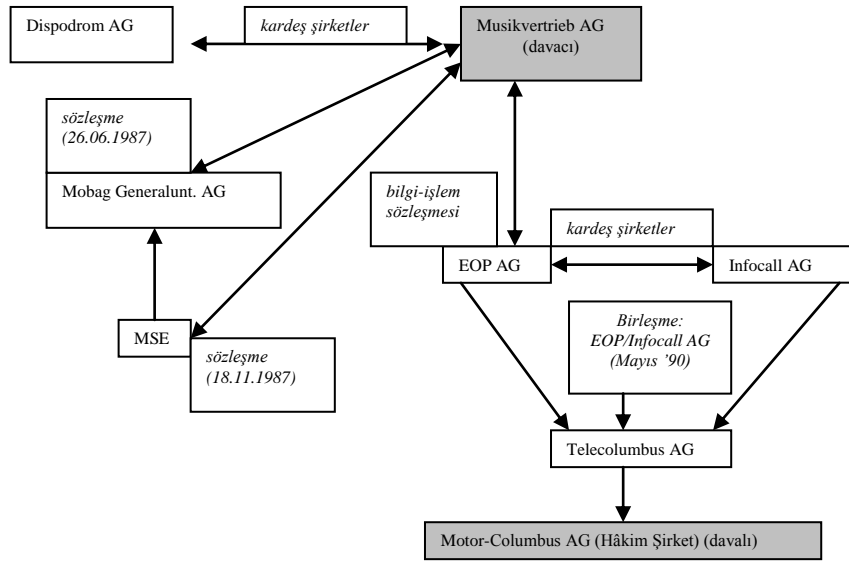
A) *Musikvertrieb AG*, 1986 ve 1987 yıllarında *Schlieren* şehrinde "*Dispodrom*" olarak adlandırılan yeni bir depo ve dağıtım merkezi kurma planları yapmaya başladı. Burada, gelen malların kabulü, malların teslimi, müşteri siparişlerinin alınması ve yerine getirilmesi işlemlerinin bilgisayar kontrollü olarak gerçekleştirilmesi amaçlanmaktaydı. *Musikvertrieb AG*, 26 Haziran 1987 tarihli bir "genel (bütünsel) müteahhitlik sözleşmesi" ile (*Totalunternehmervertrag*)<sup>33</sup> depo ve dağıtım merkezinin inşası işini *Mobag*

<sup>32</sup> <http://www.bundesgericht.ch>.

<sup>33</sup> "*Planungs- und Bauvertrag*" (planlama ve inşaat sözleşmesi) olarak da isimlendirilen "*Totalunternehmervertrag*'in" hukuki niteliği tartışmalıdır. Sözleşme, eser sözleşmesinin türlerinden birisi olarak değerlendirilmekte ve müteahhidin bir inşaat işinin projelendirilmesi, planlanması ve inşaatın icrasını birlikte üstlendiği sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır, bkz. BGE 117 II 273 ve *SCHÖNBÄCHLER*, Patrick: "Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1994-2005 (EGV-SZ)",

*Generalunternehmung AG*'ye devretti. *Musikvertrieb AG* buna ilaveten 18 Kasım 1989 tarihinde, mühendislik hizmetleri alımı için *Mobag Generalunternehmung AG*'nin bir bölümü olan *Mobag System Engineering (MSE)* ile bir başka sözleşme yaptı. *EOP AG EDV<sup>34</sup>-Organisation und Programmierung* firması 29 Eylül 1987 tarihli bir mektupla bilgi işlem projesi (*EDV-Projekt*) için kesin ve bağlayıcı olmayan (proforma) bir teklifte (*Grob-Offerte*) bulundu. *EOP AG*, 27 Ocak 1989 tarihinde *Musikvertrieb AG*'ye bilgi işlem uygulamalarının geliştirilmesi ve hizmete konulması için yeni bir icap sundu. Taraflar bunun üzerinde müteakiben yazılı anlaşmaya vardılar. *EOP AG* Mayıs 1990'da *Infocall AG* ile birleşti. Hem *EOP AG* hem de *Infocall AG* *Telecolumbus AG*'nin yavru şirketleri idi. *Telecolumbus AG* ise *Motor-Columbus AG*'nin yavru şirketi idi<sup>35</sup>. “*Dispodrom*” Ocak 1991 başında faaliyetlerine başladı. Ancak bu sırada bilgi işlem sistemi tamamen çöktü. *Musikvertrieb AG*'nin iddiasına göre, bu yüzden eski müşterilerin siparişlerinin dahi yerine getirilmesi mümkün değildi ve *Musikvertrieb AG* ile bunun kardeş şirketi *Dispodrom AG* çok büyük zararlara uğradılar.

Kararda belirtilen olaylara göre aşağıdaki tablonun çizilmesi mümkündür:



<http://schoenbaechler.ch/egv-sz/egv98a2.htm> (erişim tarihi: 14.12.2007), Karar no: 30 (Urteil vom 24.11.1998; KG 234/96 ZK).

<sup>34</sup> EDV=elektronische Datenverarbeitung (elektronik bilgi-işlem).

<sup>35</sup> Telecolumbus AG daha sonra, Motor-Columbus AG ile “devralma şeklinde birleşme” (karş. Tasarı m. 136/1-a) yoluyla birleşerek sona ermiştir.

**B)** *Musikvertrieb AG, Motor-Columbus AG*'ye karşı 7.081.102 Frank tutarındaki para ile 10 Şubat 1992'den itibaren işlemiş % 5 faizi *Dispodrom AG*'ye, 100.000 Frank tutarındaki para ile 14 Ekim 1993'den beri işlemiş % 5 faizi de kendisine ödemesi talebiyle 7 Ekim 1994 tarihinde *Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesi*'nde dava açmıştır. Tetkik Hâkimi (*Instruktionsrichter*) incelemesini, davalının talebi üzerine 3 Mart 1995'de verilen karar ile davalının sorumluluğunun ve ayrıca pasif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı sorusu ile sınırlandırmıştır.

[s. 299] Ticaret Mahkemesi, 20 Ağustos 1997'de verdiği kararında davalının pasif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

**C)** Federal Mahkeme, yaptığı incelemeler çerçevesinde davacının temyiz başvurusunu reddetmiş ve Ticaret Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

Gerekçelerden alıntılar:

**Gerekçe 5<sup>36</sup>:**

**5-** Davacı, kendi iddiasına göre hem *EOP/Infocall AG*'nin hem de *Telecolumbus AG*'nin yönetiminde bulunan (*Doppelorgane*) *Franz-Anton Glaser, Ulrich Dietiker ve Kurt Meier*'e Borçlar Kanunu m. 41 anlamında haksız fiil (*unerlaubtes Verhalten*) isnadında bulunmaktadır. Davacı, anılan kişilerin analog bilgi işlem uygulamaları ile ilgili olarak başka müşterilerin de önemli problemler yaşadıklarını bildiklerini, bu yüzden de gerçekte *Dispodrom*'un bilgi işlem sisteminin çökmesini önleyecek tedbirler almaları gerektiğini ileri sürmektedir. Ticaret Mahkemesi, davacının bu iddialarına karşı, adı geçen kişilerin hatalı bulunan davranışlarının hukuka aykırı görülemeyeceğini ve bunların, iki şirketin çifte organı olarak da hareket etmediklerini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi ayrıca tazminat taleplerinin haksız fiile dayandırılması halinde bunların zamanaşımına uğramış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini de ifade etmiştir. Davacı, bu gerekçelerle Ticaret Mahkemesinin Federal Hukuku ihlâl ettiği düşüncesindedir. **a)** Anonim şirket, idare ve temsile yetkili kişinin görevlerini yaparken ika ettiği haksız fiillerden (Borçlar Kanunu m. 41) kaynaklanan zararlardan, Borçlar Kanunu m. 722 uyarınca sorumludur. Konzern hâkim şirketi (*Konzern-Muttergesellschaft*), organlarının yavru şirketin idaresine müdahale etmesi halinde belli şartlar altında bu hüküm gereğince sorumluluk taşımaktadır (ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Basel, Bd. VIII/6, S. 178 und 183; FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Aufl. 1987, S. 224 Rz. 713 ff.; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, Diss. Zürich 1980, S. 152 ff.). Ancak bu tür bir organ sorumluluğu, fiillerin Borçlar Kanunu m. 41 anlamında haksız (*unerlaubt*) olmasını, diğer

<sup>36</sup> Kararın aslında sadece 5 ve 6 numaralı Gerekçeler yer almaktadır.

bir deyimle hukuka ya da en azından ahlâka aykırı (Borçlar Kanunu m. 41/II) olması ile (VON BÜREN, a.a.O., S. 182 f.; WOLFGANG ZÜRCHER, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Zürich 1993, S. 219 ff.), fiilleri gerçekleştiren kişilerin hem hâkim şirketin hem de yavru şirketin organı olarak [s. 300] hareket etmiş olmalarını gerekli kılmaktadır (ALBERS-SCHÖNBERG, a.a.O., S. 157 ff.; ANDREAS VON PLANTA, Doppelorganshaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Vischer 1983, S. 600 ff.; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, S. 201 f.). b) Davacının, *Glaser*, *Dietiker* ve *Meier* hakkındaki öncelikli iddiası, bunların problemleri bilmelerine rağmen bir müdahalede bulunmamış olmalarıdır. Davacı, bu yapmamanın hukuka aykırılığını önce tehlike ilkesine (*Gefahrensatz*) dayanarak ispat etmeye çalışmıştır. Sorumluluk hukukunun bu yazılı olmayan temel ilkesine göre tehlike yaratanın lüzumlu koruma tedbirlerini alması gerekir (BGE 116 Ia 162 Gerekçe 2c s. 169, atıflarla birlikte; ayrıca bkz. BGE 121 III 358 Gerekçe 4a s. 360). Tehlike ilkesi, bir yandan yapmama şeklindeki fiil ile zarar arasındaki nedensellik ve hukuka aykırılık bağlantısı hakkında karar verilmesi gerektiğinde uygulama alanı bulmaktadır (vgl. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1996, S. 50 f. Rz. 35; SCHNYDER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, 2. Aufl. 1996, N. 38 zu Art. 41 OR). Diğer yandan tehlike ilkesine riayet edilmemesi kusur doğurur; alınması gerekli koruma tedbirlerini almayı ihmal eden kişi, özen ödevini (*Sorgfaltspflicht*) ihlâl etmiş olur (REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, S. 173 f. Rz. 866 ff., insbes. Rz. 869; KELLER/GABI, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1988, S. 43, 59 und 62; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl. 1987, S. 11 ff. Rz. 26 ff.). Ancak öğretilerde savunulan ve yerinde olan yeni görüşlere göre tehlike ilkesi, yapmama şeklindeki bir fiilin (*Unterlassung*) hukuka aykırılığına gerekçe teşkil etmeye elverişli değildir (BREHM, Berner Kommentar, N. 51 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1995, S. 182 f. Rz. 44, und Bd. II/1, 4. Aufl. 1987, S. 39 Rz. 107; STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1988, S. 57 Rz. 240 und S. 62 f. Rz. 271 ff.; REY, a.a.O., S. 148 Rz. 756). Federal Mahkeme de bu görüşe iştirak etmiştir (BGE 119 II 127, Gerekçe. 3 s. 129). Bu bağlamda davacının atıfta bulunduğu eski içtihat (BGE 116 Ia 162, Gerekçe 2c s. 169, atıflarla birlikte; ayrıca bkz. BGE 116 Ib 367 Gerekçe 6a s. 376) terkedilmiştir (WERRO, Die Sorgfaltspflichtenverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR 116/1997, S. 364 f.). Davacının dayandığı diğer bir karar olan BGE 121 III 358 ise iddiasını desteklememektedir. Karar konusu olay ağır yaralanmaya yol açmış bir kayak kazası ile ilgilidir. Yaralanma zaten [s. 301] mutlak korunan bir hukuksal değere (*absolut geschütztes Rechtsgut*) saldırı teşkil etmektedir (vgl. SCHNYDER, a.a.O., N. 38 zu Art. 41 OR). Karardaki düşünce ve

gerekliler, hukuka aykırılığa (*Widerrechtlichkeit*) değil, aksine akitten veya tehlike ilkesinden doğan “pistlerin güvenliğini sağlama yükümlülüğünün” (*Pistensicherungspflicht*) ihlâlinin bir sorumluluk kaynağı teşkil edebilmesi karşısında, kayak pistinde güvenlik tedbirlerini almamasının teleferik işletmecisine yüklenip yüklenemeyeceği ve bunun kapsamı ile bu çerçevede, teleferik işletmecisinin doğan zarardan hukuka aykırılık bağlamında (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir. Ancak karara konu olayda, davacının mutlak korunan bir hukuksal değerine saldırı değil, salt malvarlığı zararı söz konusudur. Oysa, hukuka aykırılıktan söz edebilmek için kayak kazası olayındaki türden bir zarardan koruyan bir normun ihlâli gereklidir (OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/1, S. 35 f. Rz. 101; vgl. auch BGE 121 III 350, Gerekeçe 6b s. 354, atıflarla birlikte). Ancak tehlike ilkesi, tek başına (bizatihi) belirtilen türden bir koruma normu (*Schutznorm*) teşkil etmemektedir.

c) Davacı, *Glaser, Dietiker* ve *Meier*'in müdahalede bulunmasını gerekli kıldığını düşündüğü bir diğer norm olarak, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk ve güven kurallarına uymasını öngören Medeni Kanun m. 2'yi göstermektedir. Ancak bu hüküm, lafzından da anlaşıldığı gibi kişinin bir hak veya borcunun varlığı ön şartını içermektedir. Kişinin ne sözleşmeye ne de kanuna göre belli bir şekilde davranmakla yükümlü olmadığı hallerde, böyle bir yükümlülük, doğruluk ve güven kuralından ancak sınırları dar çizilmiş istisnai hallerde çıkarılabilir (BGE 108 II 305, Gerekeçe. 2b s. 311, bu kararı teyit eden BGE 116 Ib 367 Gerekeçe 6c s. 376 ve BGE 121 III 350 Gerekeçe 6b s. 354). Yaratılan güvenin doğruluk ve dürüstlüğe aykırı olarak boşa çıkarılmasından doğan sorumluluk, bu türden bir istisna oluşturmaktadır. Bu konuya aşağıda Gerekeçe 6'da değinilecektir. Bu noktada tespit edilecek sonuç, Ticaret Mahkemesi'nin Medeni Kanun m. 2'nin, “sorumluluk hukukuna ilişkin temel koruma normu” (*haftpflichtrechtliche Grundschutznorm*) şeklinde anlaşılmasını, davacının tezinin tersine, haklı olarak reddetmiş olduğudur (HONSELL, a.a.O., S. 21 Rz. 7; BREHM, a.a.O., N. 53 zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/1, 4. Aufl. 1987, S. 39 ff. Rz. 108 ff.; HOFSTETTER, a.a.O., S. 213 f.). d) Davacı hukuka aykırılığı ispatlamak için son olarak Federal Haksız Rekabet Kanunu'nun (*müteakiben HRK*) (UWG, SR 241) 2., özellikle de 3. maddesinin (b) bendine dayanmaktadır. [s. 302] Davacı, *EOP/Infocall AG* ve organlarının her şeyin planlandığı gibi ilerlediğini, ağır bilgi işlem problemlerinin olmadığını tekrar tekrar temin ettiklerini, 1991'in başı itibariyle üretime başlanabileceğini sürekli tekrarladıklarını; ancak adı geçenlerin bunları, işlemeyen, uygulamada test edilmemiş ve diğer müşterilerin de performans problemleri yaşamasına neden olmuş, gelişme aşamasındaki bir yazılım (*Entwicklungsprogramm*) kullanıldığını bilmelerine rağmen söylediklerini ileri sürmektedir. Davacı bu argümantasyonu ile HRK'nun düzenleme alanını ve kapsamını yanlış değerlendirmektedir. Davacının, davalının eylemleriyle şartlarını



gerçekleştirdiğini düşündüğü HRK m. 3 (b)'ye göre, malları, iş ürünleri ve faaliyetleri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunanlar haksız rekabet yapmış olur. Ancak HRK m. 2'de yer alan genel ilkedan de anlaşıldığı üzere, bir eylemin haksız rekabet teşkil edebilmesi, bunun daima rakipler veya tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkiyi etkilemiş olmasına bağlıdır. HRK, genel bir dürüstlük ve güven korumasını değil sadece dürüst rekabetin korunmasını amaçlamaktadır (HRK m. 1). HRK anlamındaki hukuka aykırılık, davranışın ancak rekabete ilişkin olması (*wettbewerbsgerichtet*) ve pazar bakımından önem taşıması (*marktrelevant*) halinde kabul edilebilir. Buna göre davranışın rekabeti etkilemeye objektif biçimde elverişli olması gerekir (BGE 120 II 76 Gerekçe 3a s. 78, atıflarla birlikte). Ancak dava konusu olayda, davacının bu tür bir rekabeti etkileyen davranış nedeniyle zarara uğradığından kesinlikle bahsedilemez. Davacının haksız rekabet teşkil ettiğini iddia ettiği açıklamalar sözleşmenin ifası çerçevesinde görülmelidir. Bahsedilen açıklamalar ne pazar ilişkilerini (*Marktverhältnisse*) etkilemeye yöneliktir ne de buna elverişlidir. Diğer yandan davacı, sözleşmenin tarafı olmasını istediği kişiyi çoktan seçmiş bulunmaktadır. Bu şartlar altında davacının, rakipler veya tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkilerin etkilenmiş olması suretiyle gerçekleşen bir haksız rekabetin nasıl kurbanı olduğunu anlamak mümkün değildir. e) Davacının, Ticaret Mahkemesi'nin Borçlar Kanunu m. 41/II anlamında ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verilip verilmediğini incelemeye ilişkin iddiası da isabetsizdir. Bu sorumluluk nedeninin varlığı, ancak istisnaen ve olağanüstü bir çekingenlikle kabul edilebilir (BGE 95 III 83, Gerekçe 6a s. 92). Ahlâka aykırılık, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun içinin boşaltılması amacıyla kullanılamaz. Kanunun, kasten zarar verme amacıyla "ahlâka aykırılığı" [s. 303] sorumluluk kaynağı olarak kabul etmesi, bireyleri (*Rechtsgenossen*), genel olarak yüksek etiğe uygun davranmakla yükümlü kılmayı (*eine allgemeine Verpflichtung auf hohe Ethik*) amaçladığı anlamı taşımaz. Hukuk, yalnızca asgari etik düzeyini (*ein ethisches Minimum*) teminat altına almak istemektedir. Borçlar Kanunu m. 41/II ilk olarak sırf zarar verme amacı taşıyan fiilleri (*Schikane*) kapsamaktadır: Şahsi menfaatlerin gerçekleştirilmesine değil de sırf başkasına zarar vermeye yönelmiş davranış, m. 41/II anlamındaki bir davranıştır (HONSELL, a.a.O., S. 64; SCHNYDER, a.a.O., N. 43 zu Art. 41 OR). Bu gerekçelerin ışığında, olayda ahlâka aykırılıktan bahsedilmesi mümkün değildir. Muhtemel bilgi işlem problemleri hakkında uyarıda bulunulmamış olması, EOP/Infocall AG tarafından gerçekleştirilmiş bir sözleşme ihlâli şeklinde değerlendirilebilir; ancak bu organ üyelerinin haksız fiili olarak görülemez. Borçlar Kanunu m. 41/II üzerinden haksız fiile ulaşılamaz. Davacının kendisi dahi anılan organ üyelerinin sırf kendisini zarara uğratmak amacıyla hareket ettiğini iddia etmemektedir. Organ üyesi kişilerin sırf zarar verme amacı taşıyan ya da benzer kabul edilemez (*verwerflich*) bir davranışlarının olduğu, ne ispat edilmiş ne de yapılan

değerlendirmelerde görülmüştür. **f)** Çifte organların haksız fiillerine dayandırılan tazminat talebi, hukuka ve ahlâka aykırılık şartları gerçekleşmediğinden akim kalmaktadır. Bu yüzden sorumluluğun diğer şartlarının ve zamanaşımının araştırılması gerekli değildir.

#### **Gerekçe 6:**

6- Davacı federal hukukun ihlâl edildiği diğer bir hal olarak da Ticaret Mahkemesi'nin davalının yaratılan konzern güveninden doğan sorumluluğunu reddetmiş olmasını göstermektedir. **a)** Davacı iddiasını BGE 120 II 331'e dayandırmaktadır. Federal Mahkeme bu kararında, hâkim şirketin konzern davranışına yaratılan güvenin, bazı şartlar altında akdi ya da haksız fiil sorumluluğu doğuran bir neden olmaksızın da sorumluluk yaratabileceği sonucuna varmıştır. Ancak bu tür bir güven sorumluluğu sıkı şartlar altında gündeme gelebilir. Yavru şirketin iş ortağı bunun ödeme gücünü kural olarak bizzat takdir etmeli ve yavru şirketin ödeme güçlüğüne düşme riskini (*Bonitätsrisiko*) basitçe hâkim şirkete yükleyememelidir. Hâkim şirket, yavru şirketin başarısını hiç düşünmeksizin ve herhangi bir hesap yapmaksızın (*nicht unbesehen*) üstlenmek zorunda olmadığı gibi, bunun çökmesi halinde de, yavru şirketin iş ortaklarına karşı başarısızlıktan kaynaklanan her türlü zarardan, kayıtsız şartsız sorumlu tutulamaz. **[s. 304]** Korunmaya lâyık olan, kendi dikkatsizliğinin, kolayca güvenmesinin ve iş hayatının genel risklerinin kurbanı olan değil, haklı güveni kötüye kullanılan kişidir sadece. Sorumluluğun varlığı yalnızca, hâkim şirketin davranışlarıyla, konzern davranışı (*Konzernverhalten*) ve konzern sorumluluğu (*Konzernverantwortung*) hususunda belli beklentiler yaratması, ancak bu beklentileri de daha sonra doğruluğa aykırı biçimde boşa çıkarması halinde kabul edilebilir (BGE 120 II 331 Gerekçe 5a s. 335 f.; ayrıca bkz. BGE 121 III 350 Gerekçe 6c s. 355 f.). Sırf bir koncerne dâhil olmak (*das blosse Bestehen einer Konzernverbindung*) güven sorumluluğunun kabulü için yeterli olmayabilir. Konzerne bağlılığa sırf genel bir şekilde işaret eden reklâm beyanları da sorumluluk doğurmaya yetmez. Güvenin korunmaya lâyık olması, hâkim şirketin davranışlarının, yeterli derecede somut (*hinreichend konkret*) ve belirli beklentiler (*bestimmte Erwartung*) oluşturmaya elverişli olmasına bağlıdır (vgl. MARKUS LUTTER, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 232 ff., insbes. 240 f.; DRUEY, SZW 1995, S. 96). **b)** Davacı, *Telecolumbus AG*'nin konzern davranışına duyduğu güveninin dayanağı olarak *EOP/Infocall AG*'nin mektup kağıtlarında "Telecolumbus Grubu Kuruluşudur" ifadesinin basılı olması ile *EOP/Infocall AG*'ye ait reklâm belgelerinde şirketin "Telecolumbus Grubunun hızla büyüyen işletmesi" olarak tanıtılmasını göstermektedir. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde, davacının bu gibi genel ifadelerden *Telecolumbus AG*'nin konzernin belli bir şekilde davranacağını garanti ettiği sonucunu çıkartması mümkün değildir. Davacının iddiasının aksine olarak karar konusu olay, BGE 120 II 331'deki

olayla kıyaslanamaz. Bu son kararda, konzern yapısına (*Konzernstrukturen*) genel olarak işaret edilmiş olması değil, yavru şirketin, konzerne bağlılığının reklâmsal olarak güçlü bir biçimde vurgulanması, reklâm belgelerinde, “yavru şirketin de hâkim şirketin işletme ilkelerine göre çalıştığı” hususunda açıkça güvence verilmesi (*ausdrückliche Zusicherung*) ile konzernin yavru şirketin arkasında durduğunun belirtilmesinin, hâkim şirketin güvenilirliğine baştan itibaren etki etmesi belirleyici olmuştur. Karşılaştırıldığında, burada çok açık/göze çarpan ve içeriği belirli reklâm beyanlarının (*vergleichbar ausgeprägte und bestimmte Werbeaussagen*) olmadığı görülür. *EOP/Infocall AG*’nin firma ve reklâm belgelerinde konzern ilişkilerine genel olarak yer verilmesi, davacının, *Telecolumbus AG*’nin yavru şirketin sözleşmeyi kusursuz ifasını (*korrekte Vertragsabwicklung*) özellikle de muhtemel problemler hakkında kusursuz bir bilgilendirme yapmasını (*korrekte Aufklärung über allfällige auftretende Probleme*) sağlamak için çaba göstereceğine haklı olarak güvenmesi için yeterli bir temel oluşturmaz.

Referanslar:

**BGE:** 120 II 331, 116 IA 162, 119 II 127, 121 III 358, 121 III 350, 108 II 305, 120 II 76, 95 III 83.

**Kanun Maddeleri:** Borçlar Kanunu m. 41, m. 41/II, Medeni Kanun m. 2, Federal Haksız Rekabet Kanunu (HRK) m. 3 (b), Borçlar Kanunu m. 722, HRK m. 2, HRK m. 1.

### **C) İSVİÇRE ÖĞRETİSİNDE GÜVEN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ANILAN DİĞER BAZI KARARLAR**

İsviçre öğretisi, görülebildiği kadarıyla Federal Mahkeme’nin diğer bazı kararlarını daha güven sorumluluğu özellikle de konzern güven sorumluluğu çerçevesinde değerlendirmektedir. Bunlara örnek olarak “*Güreşçi Davası*” (*Ringer-Fall*)<sup>37</sup>, 1996 tarihli yayınlanmamış bir karar<sup>38</sup> ile *Omni Holding Kararı*’dır (*Omni-Holding-Entscheid*)<sup>39</sup> sayılabilir. Ancak aşağıda da görülebileceği gibi “*Güreşçi Davası’nın*” şirketler topluluğu meselesi çerçevesinde özel bir önem taşıdığı söylenemez.

“*Güreşçi Davasına*” konu olayda, İsviçre Güreş Federasyonu serbest stil büyükler kategorisinde tertip edilen uluslararası bir turnuvaya katılacak milli sporcuları belirlemek üzere muhtelif müsabakalar tertip etmiş, bunların hepsini başarıyla aşan bir sporcu turnuvaya katılacak kişiler arasında ilân

<sup>37</sup> BGE 121 III 350 (T. 10.10.1995): *BUCHER*, in: FS für WALTER, s. 232; von *BÜREN*, Roland: Konzernrecht (Skript), Bern, 1999, s. 35-36, <http://skripte.kuechler-law.ch/pdf/konzernrecht.pdf> (erişim tarihi: 23.11.2007).

<sup>38</sup> *DIEM*, s. 6.

<sup>39</sup> BGE 123 III 220 (T. 06.11.1996, S.F.M. Services Financiers & Management SA vs. *Omni Holding AG*); von *BÜREN*, Konzernrecht (Skript), s. 35-36, <http://skripte.kuechler-law.ch/pdf/konzernrecht.pdf> (erişim tarihi: 23.11.2007); *DIEM*, s. 6-7.

edilmiş, ancak sonradan programda olmayan yeni bir baraj müsabakası daha düzenlemiş ve ilgili bu engeli aşamayarak turnuvaya katılma hakkını kaybetmiştir. Federal Mahkeme sporcunun turnuvaya katılmak için yaptığı hazırlık masraflarının tazmini talebinin, sporcunun haklı güveninin Federasyon tarafından hukuka aykırı olarak boşa çıkarıldığı gerekçesiyle kabulüne karar vermiştir<sup>40</sup>.

Mahkeme'nin yayınlamamış olan 27.02.1996 tarihli bir diğer kararında ise hâkim şirket yavru şirketlerinden birisini satmıştır. Bunun üzerine, satılan bağımlı şirket ile daha önce sözleşme yapmış olan üçüncü kişi, sözleşmede hâkim şirketin yavru şirketin yerini alacağı yönünde bir "halefiyet klozu" (*Rechtsnachfolgeklausel*) bulunduğu gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmiş ve yaratılan konzern güveninden doğan sorumluluğa (*Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*) dayanarak hâkim şirketten zararlarının tazminini istemiştir. Federal Mahkeme ise konzern davranışıyla yaratılan güvenden dolayı sorumluluğa karar verilebilmesi için hâkim şirketin sözleri ya da eylemleriyle karşı tarafta, konzern içinde belli bir yönde hareket edeceği (*Konzernverhalten*) yönünde güven uyandırmış, ancak bunu da doğruluk ve güven kurallarına aykırı biçimde yıkması gerektiğini açık biçimde ifade ederek güven sorumluluğunun bu bağlamda hâkim şirketin yavru şirketin borçlarından dolayı sorumluluğu anlamını taşımadığına hükmetmiş ve hâkim şirketin doğruluk ve güven kurallarına aykırı davranışından dolayı uygun illiyet bağı içinde sorumluluğu olacağını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bağımlı şirketin, hâkim şirket tarafından satılması, ilkinin iş ortaklarına karşı ne bir sözleşme ne de dürüstlük kuralı ihlali olarak görülebileceğinden, hâkim şirketin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>41</sup>.

Son olarak değinilecek *Omni Holding Kararı*'nda ise *Omni Holding AG*, bağımlı şirketlerinden birisini bunun yavru şirketleriyle birlikte bir başka şirkete satmıştır. Alıcı şirket, yavru şirketlerden birisinin zararının, konsolide bilançoda gösterilenden daha yüksek olduğunun tespit edildiğini, oysa bilançonun hisse satımı sözleşmesi müzakerelerine temel teşkil ettiğini, bu yüzden de kararlaştırılan semeni ödemeyeceğini bildirmiştir. Bunun

<sup>40</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin "güven sorumluluğuna" ilişkin diğer bazı kararlar ise şunlardır: BGE 124 III 363, 364 (03.07.1998), BGE, I. Zivilabteilung, (T. 07.01.1999, 4C.299/1998), (*Monte Rosa-Davası*), recht (*Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*) 2001/2, s. 68 vd., bu kararın değerlendirilmesi için bkz. *BUCHER*, Eugen: "Was man aus einem Fall "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann?" -BGE vom 7.1.1999 ("Monte Rosa-Fall") ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung-", recht 2001/2, s. 65 vd.; BGE 133 III 449 (T. 12.06.2007); BGE (T. 28.01.2000, 4C.280/1999, Korner v. Caesar), in: *SJ* (La Semaine Judiciaire), 2000/I, s. 541-549 (*BÖCKLI*, s. 1234 dn. 533'den naklen); BGE 130 III 345 vd. (23.12.2003); ayrıca bkz. *WALTER*, Hans Peter: "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", *ZBJV* (*Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins*), 4/1996, s. 273 vd.'nda anılan kararlar. Ayrıca bkz. *LOSER*, in: *Recht aktuell* 2006, Rz. 5-6'da zikredilen kararlar.

<sup>41</sup> *DIEM*, s. 6'dan naklen.

üzerine *Omni Holding AG* sözleşmeden doğan alacağı sebebiyle takipte bulunmuş, takip neticesinde bedelin ödenmesine karar verilmiş ancak alıcı şirket, pasif takip ehliyetinin (*Passivlegimitation*) bulunmadığı (alıcı (davacı) şirket sözleşmenin akdi ile takip tarihi arasında hem merkezini hem de unvanını değiştirmiştir), bu yüzden de kendisine karşı takip yapılamayacağı iddiasıyla takibin iptali için Ticaret Mahkemesi'nde dava açmış (*Aberkennungsklage*), dava reddedilmiş, davacı şirket de bu kararı temyiz etmiştir. Federal Mahkeme haklı olarak davanın sözleşmeden doğan bir alacak talebine ilişkin olduğunu belirtmiş, ancak ilk derece mahkemesi kararını, hâkim şirketin yarattığı güvenden kaynaklanan sorumluluk ilkesi ile de gerekçelendirmeye çalıştığından aslında davanın sonucu için herhangi bir önem taşımamasına rağmen *Wibru/Swissair Kararına* da atıflar yaparak, güven sorumluluğuna ilişkin tespitlerini ortaya koymuştur: Buna göre “[...] Hâkim şirketin bağlı şirketin iş ortaklarına karşı sorumluluğu, ya sözleşmeden ya haksız fiilden veya yaratılan konzern güveninden doğabilir. [...] Hâkim şirketin güven uyandırıcı davranışı (*Vertrauenstatbestand*) yavru şirketin üçüncü kişi ile sözleşme yapmasından sonra da ortaya çıkabilir. [...] Konzern içinde belli bir yönde davranılacağı yönünde uyandırılan güvenden doğan sorumluluk (*die Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem Konzernvertrauen*) hâkim şirketin, yavru şirketin borçlarından dolayı bunun yerine geçerek ya da bununla birlikte sorumlu olmasına yol açan pasif takip ehliyetinin (*Passivlegimitation*) doğmasına yol açmaz. Hâkim şirket, üçüncü kişinin, yaratılan beklentilerin doğruluk ve güven kurallarına aykırı biçimde boşa çıkarılmasından kaynaklanan zararlarından sorumludur. [...] Bazı şartlar altında, hâkim şirkete ilişkin olarak yavru şirketin de güven uyandıran davranışta (*Schaffung eines Vertrauenstatbestands durch die Tochtergesellschaft*) bulunabileceği baştan reddedilmemelidir [...]”<sup>42</sup>.

#### **IV- ÖĞRETİDE FEDERAL MAHKEME KARARLARI VE BU BAĞLAMDA KONZERN GÜVEN SORUMLULUĞU HAKKINDA İLERİ SÜRÜLEN BAZI GÖRÜŞLER**

Hâkim şirketin eylemleriyle yarattığı güvenden kaynaklanan sorumluluğu hususunda Federal Mahkeme’ce verilmiş ilk karar olan *Wibru/Swissair Kararı* ile bunu takip eden *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* İsviçre öğretisinde yoğun biçimde tartışılmış kararları olumlu bulanlar yanında<sup>43</sup> eleştirenler de olmuştur<sup>44</sup>. Ancak konzern güven

<sup>42</sup> BGE 123 III 220, 224 vd., 230 vd.

<sup>43</sup> Literatürde kararları olumlu bulan yazarlar için bkz. *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1031 dn. 1, ayrıca bkz. s. 1034 dn. 36; *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 662 dn. 6.

<sup>44</sup> Literatürde kararları eleştiren yazarlar için bkz. *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1031 dn. 2; *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 662 dn. 6; *VISCHER*, Frank: “10 Jahre neues Aktienrecht-Würdigung aufgrund der Gerichtspraxis”, *Der Schweizer Treuhänder*, 5/2002, s. 396 dn. 7.

sorumluluğu, *Wibru-Swissair Kararı*'ndan itibaren-c.i.c.<sup>45</sup> ve fiili sözleşme ilişkisi<sup>46</sup> ile birlikte- yazılı olmayan sözleşme dışı sorumluluk kaynaklarından biri olarak Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihadı haline gelmiştir<sup>47</sup>.

İsviçre öğretisinde yapılan değerlendirmeler göz önünde tutulduğunda, literatürde hâkim şirketin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu<sup>48</sup> bağlamında ileri sürülmüş olan görüşleri *Wibru/Swissair Kararı* öncesi<sup>49</sup> ve sonrası

<sup>45</sup> BGE 120 II 331, 335. WIEGAND, Federal Mahkeme'nin c.i.c. sorumluluğunu da ilk kez açıkça *Wibru/Swissair Kararı* ile tanımış olduğunu ifade etmektedir, WIEGAND, s. 87; ayrıca bkz. BGE 105 II 80 (c.i.c.).

<sup>46</sup> BGE 110 II 245.

<sup>47</sup> BUCHER doktrini ve Federal Mahkeme kararlarını göz önünde tutarak, İsviçre Hukuku için bugün "borcun yedi kaynağından" (*causae obligationum*) bahsedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre bunlar sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve c.i.c.'nin yanında fiili sözleşme ilişkisi ile güven sorumluluğudur. BUCHER, in: FS WALTER, s. 252; LOSER, in: Recht aktuell 2006, Rz. 5 vd.

<sup>48</sup> Hâkim şirketin topluluk ilişkisi sebebiyle, gerek kendi hissedarlarına, gerek kendisinin bizzat hukuki ilişki içine girdiği üçüncü kişilere, gerek yavru şirketlerine ve bunların hissedarlarına, gerek yavru şirketlerin hukuki ilişki kurdukları üçüncü kişilere karşı sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da c.i.c. sebebiyle ferdi ya da bir yavru şirketle birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusu olabilir, Bkz. BÖCKLI, s. 1225 vd., 1227 vd.; hâkim şirketin yavru şirketlere karşı sadakat borcu hakkında bkz. AKER, Halit: "Hâkim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukukî İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu", BATİDER, C. XXII, Y. 2003, S. 2, s. 169 vd.; HANDSCHIN, s. 293 vd. Görüldüğü gibi hâkim şirketin üçüncü kişilere karşı güvenden doğan sorumluluğu, muhtelif sorumluluk ihtimallerinden sadece birisidir.

<sup>49</sup> HANDSCHIN, *Wibru/Swissair Kararı* öncesi yayınlanmış olan eserinde, hâkim şirketin gerek ferdi gerekse yavru şirketin eylemlerinden kaynaklanacak c.i.c. sorumluluğuna değinmiş ve bu bağlamda yavru şirketin akdedeceği sözleşmelerin müzakerelerinin hâkim şirketin bir temsilcisi vasıtasıyla gerçekleştirilmiş ya da bunların hâkim şirketin bürolarında sürdürülmüş olmasının, hemen her zaman üçüncü kişinin topluluğa duyduğu güvenin güçlenmesi sonucunu doğuracağını belirterek; bu müzakereler sonucunda üçüncü kişinin sözleşme akdedilmemesi ya da akdedilmiş olup da yavru şirketin mali güçlüğü nedeniyle borcunu bizzat ifa edemeyecek duruma düşmesi sonucu zarar uğramış olabileceğini, bu zararın da müzakerelere dahil olması sebebiyle hâkim şirketten c.i.c. çerçevesinde talep edilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre c.i.c. sorumluluğunun, hâkim şirketin fiilinin bizzat c.i.c. teşkil etmesi; hâkim şirketin, yavru şirketin c.i.c. teşkil eden fiiline hukuka aykırı kendi fiiliyle (akde aykırılık, haksız fiil ya da c.i.c.) iştirak etmesi; ya da hâkim şirketin üçüncü kişide kendisinin de yavru şirketle birlikte sözleşmeye taraf olacağı yönünde uyandırdığı güven sebebiyle yavru şirketin akdi sorumluluğunun yanında bundan müstakil olarak doğabileceğini belirtmektedir, s. 304 vd. Bu açıklamaların da gösterdiği gibi İsviçre literatüründe hâkim şirketin konzern ilişkileri münasebetiyle c.i.c. sorumluluğunun söz konusu olabileceği düşüncesi -REHBINDER tarafından daha önce ileri sürülmüş olan görüşler bir yana bırakılırsa- zaten mevcuttu. Nitekim Federal Mahkeme'nin *Wibru/Swissair Kararı*'nda HANDSCHIN'in özellikle patronaj açıklamaları ve bunların hâkim şirketin muhtemel c.i.c. sorumluluğuna etkisi bağlamındaki görüşlerine (HANDSCHIN, s. 287 vd., 291-292) atıf yapmış olması (bkz. BGE 121 II 331, 333-334), literatürdeki görüşlerden etkilendiğinin göstergesi olarak yorumlanabilir.

dönem ve *Wibru/Swissair Kararı* sonrası dönemi de *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* öncesi ve sonrası dönem olarak ikiye ayırmak gerekir<sup>50</sup>. Hatta *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'nın, "konzern güven sorumluluğunu" yine yazılı olmayan (*extra legem*) bir sorumluluk kaynağı olarak tanımaya devam etmekle birlikte<sup>51</sup>, hâkim şirketin güven sorumluluğunu somut olayın özellikleri dairesinde sınırlandırması sebebiyle,

---

Konzern güven sorumluluğu bağlamında *Wibru/Swissair Kararı* öncesi tartışmalar için *von PLANTA*'ya ayrıca değinmek yerinde olacaktır: Yazar, hâkim şirketin yavru şirketçe yürütülen sözleşme müzakerelerine kendiliğinden ya da karşı tarafın istemesi üzerine katılması ve müzakerelerde yavru şirketin, mali durumu ya da yönetimi hakkında diğer taraf için önemli olabilecek hususlarda yanlış ya da eksik bilgi vermesi ya da susması ve bu yüzden karşı tarafın zarara uğramasına sebebiyet verdiği hallerde, sözleşme öncesi koruma yükümlerini ihlâl etmiş olacağını, bunun da hâkim şirketin c.i.c. sorumluluğunu beraberinde getireceğini ve böylece şirketlerin karmaşık konzern ilişkilerini bunları tanımayan üçüncü kişiler aleyhine kullanmalarının önüne geçilmiş olacağını ifade etmektedir, s. 102-103. Bunun gibi istisnai haller için de olsa (örn. ekonomik bakımdan oldukça zayıf ve konzerne bağımlı bir tedarikçi), hâkim şirket müzakereleri tek başına (yavru şirket hiç müdahil olmadan, adeta bunun temsilcisi gibi) yürüttükten sonra yavru şirket ile akdedilmesini sağladığı bir sözleşmenin yavru şirketçe ifa edilmemesi halinde, karşı tarafın kendisinden ifayı talep etmesini, sözleşmenin tarafının yavru şirket olduğu gerekçesiyle reddetmesinin çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırılık teşkil edeceğini, zira hâkim şirket, müzakereleri bizzat yürütmekle karşı tarafta konzern unsurlarının ekonomik bütünlüğü hususunda bir güven uyandırdığını, hâkim şirketin böylece akdedilen sözleşmeden kendisinin de fayda sağlayacağını açıklamış olduğunu, bu sayede sözleşmenin tek bir yavru şirketten çok tüm konzerni ilgilendirir hale getirilmiş olacağını ve bunun da karşı tarafı bu işi yapmak için "motive etmiş" olduğunu belirtmekte ve hâkim şirketin ifa yükümüne dikkat çekmektedir, s. 104-105.

Ancak *von PLANTA*, *REHBINDER*'e atıfta bulunarak tartıştığı konzern güven sorumluluğunun (*Konzernvertrauen*), bunun dayanağını teşkil eden İsviçre MK m. 2'nin talep hakkı doğurucu norm (*anspruchsbegründende Norm*) özelliğinin tartışmalı olduğu ve hâkim ya da yavru şirketle sözleşme yapacakların pratikte hemen her zaman konzerni ve bunun yarattığı hukuki/ekonomik karmaşıklıkları tanıyabilecek tecrübeye sahip kişilerden olacağı, eğer bunlara "konzern güven sorumluluğu" adı altında koruma sağlanmaya çalışılırsa, neticede saflık derecesine varan (*Vertrauensseligkeit*), bu yüzden de gerçekte korunmaya lâyık olmayan güvenin korunmuş olacağı ve sorumluluk hukukunun bilinen ilkelerinin yıkılacağı gerekçeleriyle İsviçre hukukunda uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Yazara göre konzern güven sorumluluğu ancak taraflar arasındaki dengesizliğin ahlâka aykırılık boyutuna vardığı ve böylece sözleşme serbestisi ilkesinin temelden sarsılmış olduğu hüllere münhasır olarak uygulanmalıdır, s. 107-108. *von PLANTA*'ya göre patronaj açıklamalarından kaynaklanan genel bir güven sorumluluğu bulunmamaktadır ve bu ancak istisnai hüllerde kabule edilebilir, s. 125 vd.

<sup>50</sup> Benzer yönde *LOSER*, in: Recht aktuell 2006, Rz. 7, Yazar Federal Mahkeme'nin özellikle 2000 yılından itibaren sorumluluğun kapsamını sınırlandırma yoluna giderek güven sorumluluğuna dayanan tazminat taleplerini eskiye oranla daha sıklıkla geri çevirdiğini ifade etmektedir.

<sup>51</sup> Karş. *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 232. Bir diğer deyimle *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'nın *Wibru/Swissair Kararı* ve böylece konzern güven sorumluluğunun dogmatik temellerini teyit eden ancak sorumluluğun kapsam ve sınırlarını daraltıcı yönde de olsa daha kesin biçimde çizmeye yönelik bir karar olduğu söylenebilir.

öğretideki endişeleri önemli ölçüde giderdiği ve ilk karara oranla daha az eleştirildiği de belirtilmelidir<sup>52</sup>. Ayrıca bir yazarın, yazılı olmayan bir sorumluluk kaynağı olarak “güven sorumluluğuna” karşı yaklaşımının, Federal Mahkeme’nin anılan iki kararına yönelik bakışını etkilediği de görülmektedir<sup>53</sup>. Bir başka ifadeyle örn. *Wibru/Swissair Kararına* yapılan bir eleştirinin, yazarın gerçekte “güven sorumluluğuna şüpheyle yaklaşmasının ve sorunun Borçlar ve Anonim Şirketler Hukukunun pozitif kural ve ilkeleriyle de çözülebileceği düşüncesinin sonucu olduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan kararları güven sorumluluğunun dogmatik özelliklerini göz önünde tutarak ele alan Yazarların (*WIEGAND, BUCHER, von der CRONE/WALTER, SOMMER, DRUEY*) görüşleri, -sonuçları elbette tartışmaya açık olsa da- ayrı bir değer kazanmaktadır. Diğer yandan, İsviçre doktrininde konzern güven sorumluluğu konusunda açıklanan görüşlerin, belli bir pozitif hukuk kuralının uygulanması çerçevesinde hemen her zaman görülen türden “olağan” anlam tartışmalarının dışına çıkarak, -bu hususta yasal bir norm bulunmamasının ve konzern belirsizliğinin de etkisiyle- nadiren de olsa pozitif hukuk ile bağlantısını yitirmiş hukuk politikası tartışmalarına dönüştüğünü gözlemlemek de mümkündür. Bu çerçevede *von der CRONE/WALTER* ile *Wibru/Swissair Kararını*, bu kararın ileride ortaya çıkabilecek muhtemel olayları çözmekteki yetersizliğini ve kararın iç çelişkilerini gösterebilmek adına adeta bağlamından ayırarak değerlendiren *GONZENBACH*’ın makaleleri örnek gösterilebilir.

Aşağıda, Tasarı m. 209 hakkında yapılacak değerlendirmeler de göz önünde tutularak bunlardan bazılarının<sup>54</sup> yer verilmiştir.

i) Wolfgang *WIEGAND*, *Wibru/Swissair Kararı*’nı, Federal Mahkeme’nin ve doktrinin, sözleşmenin ve bundan doğan borç ilişkisinin salt asli edim yükümlerinden ibaret görülemeyeceği (*Schuldverhältnis als komplexes und veränderndes Gebilde*) yaklaşımı<sup>55</sup> çerçevesinde

<sup>52</sup> Buna en belirgin örnek olarak bkz. *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 664-665.

<sup>53</sup> Karş. *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 276.

<sup>54</sup> Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi’nin anılan kararlarından sonra “güven sorumluluğunu” konzern bağlamında ele alan gerek monografi, gerek makale, gerek şerh ve gerekse ders kitaplarında bölüm şeklinde oldukça fazla eser verilmiştir. Bu bağlamda şu monografilere işaret edilmelidir: *VOGEL*, Alexander: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss., St. Gallen, 1997; *PEYROT*, Paul Robert: Informationspflichten der Konzernobergesellschaften gegenüber der Konzernuntergesellschaft, Diss., St. Gallen, 2003; *KUZMIC*, Kristina: Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss., Zürich, 1998; *DRUEY*, Jean Nicolas/*VOGEL*, Alexander: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich, 1999; *BRECHBÜHL*, Beat: Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss., Bern, 1998; *LOSER*, Peter: Die Vertrauenshaftung im Schweizerischen Schuldrecht (Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung), Habil., Bern, 2006.

<sup>55</sup> *WIEGAND*, recht 1997, s. 88 vd., 91; borç ilişkisinin ihtiva ettiği yükümlülükler ve özellikle koruma yükümlülükleri hakkında bkz. *EREN*, s. 31 vd., özellikle s. 39 vd.



değerlendirmektedir<sup>56</sup>. Yazar, *Wibru/Swissair Kararı*'nın konzern hukuku için pratik öneminin büyük olmakla beraber asıl etkisinin özel hukuk alanında görüleceğini belirtmektedir<sup>57</sup>. Kararın temelinde eskiden beri bilinen öğretilerin (özellikle *c.i.c.*) yatmakta olduğunu belirten Yazar'a göre karar, yeknesak bir plana dayanmamakta olup, somut olaya odaklıdır ve bu yüzden gerekçeleri de seçicidir. Ancak bu yöntem önündeki davaya odaklanmak durumunda olan bir mahkeme için kusur olarak görülmemelidir. Yazar'a göre kararın özünde, taraflar arasında kanundan doğduğu kabul edilen özel koruma ilişkisinin (*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis=Theorie des einheitlichen gesetzlichen Vertragsverhältnisses*)<sup>58</sup> bulunduğu, bunu da henüz bir sözleşmenin bile akdedilmemiş olduğu dönemde hukuki ilişki kurma amacıyla girilen sosyal temasın yarattığı, böylece özel bir hukuki bağın (*rechtliche Sonderverbindung*) doğduğu düşüncesi yatmaktadır<sup>59</sup>. *WIEGAND*'a göre kararın, zarar gören lehine illiyet bağının ispatını kolaylaştırıcı bir karine yarattığı da ayrıca belirtilmelidir: Eğer sözleşmenin bir tarafı (zarar gören), diğer tarafça (sözleşmeyi ihlal eden) doğru şekilde bilgilendirilmiş olsaydı (*Wibru AG*, *IGR* veya *Swissair* tarafından işlerin kötü gittiği hakkında bilgilendirilseydi), zarar gören de bu zararın doğumunu engelleyebilecek idiyse (*Wibru AG'nin üyelik sözleşmesini zamanında feshedebilmesi*) zarar ile fiil (zamanında ve doğru bilgilendirmeme) arasında uygun illiyet bağı var kabul edilir (*Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens*)<sup>60</sup>. Davalının bunun aksini ispat etmesi mümkündür<sup>61</sup>.

*ii*) Roland von *BÜREN* *Wibru/Swissair Kararı*'nda konzern hâkim şirketinin güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesinin şartlarına (*zarar-uygun illiyet bağı-kusur-özel hukuki bağ*) değindikten sonra hâkim şirketin güven sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için önerilen çözüm yollarının uygulamada önemli bir problemle karşılaşacağına işaret etmektedir. Yazar'a göre bu sorun, açılacak davalarda hâkim şirketin bağımlı şirkette bizzat ya da temsilcisi vasıtasıyla gerçekte hukuken kaçınılması gereken aktif (yapma)

<sup>56</sup> *WIEGAND*, recht 1997, s. 85.

<sup>57</sup> *WIEGAND*, Wolfgang: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994-Obligationenrecht-, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) 1996, Bd. 132, Heft 4, s. 321; aynı yönde *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 276.

<sup>58</sup> Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin, üzerine kurulduğu temel niteliğindeki "kanuni (içeriği, kurulması amaçlanan sözleşmenin ve tarafların nitelikleri de göz önünde tutularak İsviçre BK m. 2; Alman MK m. 242'ye göre tayin edilen) borç ilişkisinin", daha yerinde bir deyimle "taraf iradelerinden bağımsız borç ilişkisinin" kurulması ve muhtevası hakkında bkz. *WIEGAND*, recht 1997, s. 89-91.

<sup>59</sup> *WIEGAND*, ZBJV 4/1996, s. 322-323; *WIEGAND*, recht 1997, s. 85-86; *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 277-278, 294; karşı. *EREN*, s. 43; ayrıca bkz. *RIEDER*, Cyrill: "Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht", HanseLR (Hanse Law Review), Vol. 2, No. 1, 2006, s. 84, 85 vd.

<sup>60</sup> Karş. BGE 120 II 340-341.

<sup>61</sup> *WIEGAND*, ZBJV 4/1996, s. 323.

ya da pasif (kaçınma) eylemi ile yavru şirketin menfaatlerini ihlâl ettiğinin ispat edilmesi gerekliliğidir. Uygulamada ise hâkim şirketin sahip olduğu oy gücünün, herhangi bir karar ya da açık talimat gerektirmeksizin bağımlı şirketin yöneltmesi bakımında tek başına yeterli olduğu görülmüştür. Bu açıdan hâkimiyetin gerçekten tek elden yönetim biçiminde uygulandığının ispatı oldukça zordur. Zira yönlendirme çoğunlukla “çok nazik bir biçimde” (örn. bir telefon görüşmesi ile ya da “şöyle yaparsanız memnuniyet duyarız” gibi rica görünümündeki emirlerle) gerçekleşmekte<sup>62</sup> bu da sorumluluk yolunda ispatı zor bir hususu beraberinde getirmektedir. *Von BÜREN* İsviçre Hukuku bakımından dile getirdiği bu engelin aşılabilmesi için, Alman POK m. 16-18 benzeri (karş. Hükümet Tasarısı m. 195/1-6; Tasarı m. 195/1-5) bir “aksi ispat edilebilir karineler silsilesi” getirilmesinin faydalı olacağını belirtmektedir<sup>63</sup>.

*Wibru/Swissair Kararı*’nda, davalı hâkim şirket *Swissair*, yavru şirket *IGR*’nin ilân, reklâm, bülten ve şirket kırtasiyesinde yer alan ve üçüncü kişide güven uyandırmış olan açıklama, ifade ve topluluk logosu hakkında bilgisi olmadığını davada ileri sürmediğinden böyle bir ispat sorununun yaşanmadığı burada belirtilmek gerekir<sup>64</sup>.

*Von BÜREN*’in *Wibru/Swissair* ve *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararları*’nı kural olarak olumlu karşılamakla birlikte, uygulamada hâkim şirketin sorumluluğu yoluna gidilmesinin zorluğuna işaret etmek ve yeni yasal düzenlemeler yapılmasını istemekle, Federal Mahkeme’nin anılan kararlarının pratikteki etkisini zayıflattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim ne Federal Mahkeme’nin ne de kanton mahkemelerinin 1994 tarihli *Wibru/Swissair Kararı*’ndan sonra bugüne dek aynı yönde bir karar vermemiş olmaları ve 1996’da verilen *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* ile de ilk kararın hukuki sonuçlarını sınırlandırma çabasının *von BÜREN*’in yargılarını destekler nitelikte görülebilir<sup>65</sup>.

**iii)** Frank *VISCHER*, Federal Mahkeme’nin ele alınan kararlarının İsviçre BK’nun 1991 reformunda şirketler topluluğu hukukunu özellikle de konzern ilişkilerinden doğan sorumluluğun özel biçimde düzenlenmemiş ve bunu mahkeme içtihatlarına bırakmış olmasının ne kadar haklı olduğunu bir kere daha gösterdiğini, zira bu hukuk dalının sürekli gelişim içinde

<sup>62</sup> *von BÜREN*, Roland: “Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept”, in Festschrift für Peter BÖCKLI zum 70. Geburtstag, Zürich vd. 2006, s. 436.

<sup>63</sup> *von BÜREN*, Konzernrecht (Skript), s. 4, 37, <http://skripte.kuechler-law.ch/pdf/konzernrecht.pdf> (erişim tarihi: 23.11.2007).

<sup>64</sup> BGE 120 II 331, 340.

<sup>65</sup> *BÖCKLI*, s. 1235; *DIEM*, s. 8-11, 51, Yazar *Wibru/Swissair Kararı*’nın büyük bir istisna olduğu, değerlendirmelerde bunun göz önünde tutulması ve kararın genelleştirilmemesi gerektiği görüşündedir; aynı yönde *GONZENBACH*, recht, 3/1995, s. 130; ayrıca bkz. *LOSER*, in: Recht aktuell 2006, Rz. 7.

olduğunu, kanun koyucunun düzenleyici müdahalesinin merkezi İsviçre olan uluslararası konzerne ve holdingleri ürküteceğini ifade etmektedir<sup>66</sup>. *Wibru/Swissair Kararı*'nın etkisinin *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* ile sınırlandırılmış olmasının yerindeliğine işaret eden Yazar, Federal Mahkeme tarafından hâkim şirketin yavru şirketin alacaklılarına karşı da aydınlatma yükümlülüğü altında olabileceğinin, salt konzerne dâhil olmanın ve reklâm ya da başka şekillerde sadece konzerne dâhil olduğuna işaret eden beyanların, tek başına sorumluluk yaratmayacağını vurgulanmış olmasının önemine dikkat çekmektedir<sup>67</sup>.

*VISCHER*'in de bu bağlamda hâkim şirketin sorumluluğunun sınırlı kalmasını daha yerinde bulan yazarlardan olduğu söylenebilir.

iv) Ueli *SOMMER*, *Wibru/Swissair Kararı*'nı, güven sorumluluğunun en önemli unsuru olarak nitelendirdiği<sup>68</sup> özel bağ (*Sonderverbindung*) hakkında hiçbir açıklamada bulunmadığı ve Federal Mahkeme'nin hâkim şirket ile yavru şirketin iş ortağı arasında böyle bir bağın nasıl kurulmuş olduğunu gerekçelendirmeksizin, özel bağın varlığından hareket ettiğini belirterek eleştirmektedir. Yazar'a göre hâkim şirkete dolaylı olarak gözetim ödevi (*Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft*) yüklenmiş bulunmaktadır<sup>69</sup>. *SOMMER*'e göre güven sorumluluğu söz konusu olduğunda muhtemel tazminat yükümlüsü ile zarar gören arasındaki özel ilişkinin dolaylı değil doğrudan olması gerekir. Aksi halde, bu sorumluluk kaynağının anlam ve sınırları tamamen belirsiz hale gelebilir. Ayrıca zarar veren davranışın da aktif davranış (yapma) niteliğinde olması gerekir<sup>70</sup>. *SOMMER*, *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* ile sorumluluk için konzerne bağlılığın nitelikli biçimde vurgulanması (*qualifiziertes Herausstreichen der Einbindung in den Konzern*) gerektiğinin açıklanmış olduğunu belirtmektedir<sup>71</sup>.

Yazar İsviçre Hukuku bakımından, aslında aynı çizgiyi takip etmeyen, dogmatik açıdan bakıldığında da sınırları belirsiz ve somut olayın özelliklerinin sonuca aşırı biçimde yansıdığı mahkeme içtihatlarıyla, pozitif hukukta öngörülmüş dört sorumluluk kaynağının (sözleşme, haksız fiil,

<sup>66</sup> Konzern Hukuku alanında İsviçre'deki kanunlaştırma hareketleri hakkında bkz. *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 610-611; *von BÜREN*, in FS BÖCKLI, s. 442 vd.; *BOYACIOĞLU*, s. 84 vd.

<sup>67</sup> *VISCHER*, Der Schweizer Treuhänder, 5/2002, s. 396; aynı yönde *GONZENBACH*, recht, 3/1995, s. 130, bu son Yazar, belli ilke ve sınırları olmayan (*ad libitum; keyfi*) bir konzerne güven sorumluluğunun ne arzu edilir bir şey olduğunun ne de Federal Mahkeme'nin kararıyla gerçekte bunu kastetmiş ve istemiş olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmektedir, recht, 3/1995, s. 130.

<sup>68</sup> Aynı yönde *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 63; *DIEM*, s. 14.

<sup>69</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1033-1034.

<sup>70</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1036.

<sup>71</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1034.

sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme) yanında ve bunların somut olayda “olumsuz” görülen yanlarından (örn. kısa zamanaşımı süresi) kurtulmak için hukuk birliğini/güvenliğini tehdit edecek ve anılan sorumluluk kaynakları arasındaki sınırların kaybolmasına yol açacak biçimde “güven sorumluluğu” örneğinde olduğu gibi yeni sorumluluk kaynaklarının icat edilmesini sakıncalı bulmakta ve böylece, dolaylı biçimde de olsa *Wibru/Swissair Kararı*’nı eleştirmektedir. *SOMMER*, “güven sorumluluğunun” gerçekleşme şartlarının oldukça sıkı tutulması ve böylece bu sorumluluk türünün uygulama alanının daraltılması gerektiğini hukuki güvenlik düşünceleriyle ısrarla vurgulamaktadır<sup>72</sup>. Ancak Yazar’ın, gerçekten ne akdi ne de haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ancak tazmini gereken bir zararı doğuran olayların bulunduğunu kabul ettiğini de ifade etmek gerekir<sup>73</sup>.

*SOMMER* güven sorumluluğu bağlamında bir model ortaya koymuştur: Buna göre “geniş anlamda güven sorumluluğu”, “dar anlamda güven sorumluluğu” ayrımı yapılmalıdır. Geniş anlamda güven sorumluluğu bir üst kavram olarak sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme sorumluluğu, teyit mektubu, culpa in contrahendo, konzern sorumluluğu, usuli hakların kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğu, görüş açıklanması ve bilgi verilmesinden doğan sorumluluk ile hukuki görünüş sorumluluğunu kapsamaktadır. Dar anlamda güven sorumluluğu ise bunlardan somut bir tanesinin (*Auffangtatbestand*) doğurduğu talep hakkının dayanağını (*Anspruchsgrundlage*) ifade etmek üzere kullanılmalıdır<sup>74</sup>.

v) Cyrill *DIEM*, yukarıda görüşlerine yer verilen diğer yazarlar gibi konzern ilişkilerinden doğan güven sorumluluğunun, reklâm, ilân vb. nitelikteki konzern açıklamaları (*Konzernerklärung*) bağlamında sınırlarını belirlemeye, özellikle de uygulanma alanını tespiti çalıştığı 2005 tarihli master tezinde, Federal Mahkeme’nin bu kararlarıyla, yeni bir kavram geliştirmiş olmadığını, doktrin ve uygulamada zaten benimsenmiş bir ilkeyi konzerne uyguladığını belirtmektedir<sup>75</sup>. Güven sorumluluğunun en önemli kriteri ise hâkim şirket ile güveni boşa çıkartılan kişi arasındaki “özel hukuki bağdır” (*rechtliche Sonderverbindung*) ve sorumluluğun doğup doğmadığı, her olayın özellikleri bir bütün olarak göz önünde tutularak araştırılmalıdır<sup>76</sup>. Federal Mahkeme, *Wibru/Swissair Kararı* ile *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*’nı karşılaştırmış ve son anılan kararda güven sorumluluğunun doğmamasını “[...]”sırf bir konzerne dâhil olmak güven sorumluluğunun kabulü için yeterli olmayabilir. Konzerne bağlılığa sırf genel bir şekilde işaret eden reklâm beyanları da sorumluluk doğurmaya

<sup>72</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1038-1039.

<sup>73</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1032 ve dn. 5.

<sup>74</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1038, 1040.

<sup>75</sup> *DIEM*, s. 50.

<sup>76</sup> *DIEM*, s. 5-6.

yetmez [...]” şeklinde ifade etmiştir<sup>77</sup>. *DIEM* de buradan hareketle “basit konzern beyanı” (*einfache Konzernklärung*) ve nitelikli konzern beyanı (*qualifizierte Konzernklärung*) ayrımını yapmaktadır<sup>78</sup>. Diğer bir deyimle Yazar’a göre konzern itibarından reklâm vb. yollarla istifade edildiği hallerde, konzern güven sorumluluğunu doğması bu yöndeki açıklama ve beyanların belli bir sınırı aşmasına bağlıdır. Böylece, hâkim şirketçe ya da bunun açık ya da örtülü oluru ile yavru şirketçe yapılan beyanların, hâkim ya da yavru şirket yönünden belli beklentiler uyandırması, üçüncü kişilerde konzern hakkında güvenilirlik yaratması, beyanda yer alan ifadeler ile bunların edebi, görsel ya da işitsel sunumunun ciddiyet taşıması ve böylece inandırıcılığının öne çıkartılması hallerinde konzern beyanı *niteliklidir* ve diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hâkim şirketin güven sorumluluğu doğabilecektir<sup>79</sup>.

Yazar’ın Federal Mahkeme’nin kararlarında hiç anılmamasına rağmen sorumluluğu sınırlandırma düşüncesinden hareketle geliştirdiği bir diğer kıstas ise “hâkim şirketin tanınırlık derecesi” (*Bekannheitsgrad des herrschenden Unternehmens*) kıstasıdır. Bunun, Tasarı m. 209 hükmündeki “[...] topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde [...]” ifadesi ile benzerliğine dikkat çekmek gerekir.

*DIEM*’in *Wibru/Swissair Kararı*’ndan çıkarttığı bir diğer sonuç ise hâkim şirketin, bağlı şirketi gerek bizzat kurması (*içe doğru büyüme; endogene Konzernentstehung*) gerekse de bir şirketi satın almak suretiyle konzerne dâhil etmesi (*dışa doğru büyüme; exogene Konzernentstehung*)<sup>80</sup> hallerinde, bu bağlı şirketin en azından başlangıç aşamasında “maksat ve mevzuunu” gerçekleştirmeye yetecek finansal imkânlarla (sermaye ya da kredi) donatılması gereğidir<sup>81</sup>. *DIEM*’in çalışmasının dikkat çeken bir diğer özelliği ise hâkim ya da bağlı şirket tarafından yapılan reklâmsal beyanların güven sorumluluğu doğurup doğurmadığının diğer bir deyimle bunun “nitelikli konzern beyanı” mahiyetinde olup olmadığının tespiti için bir “kontrol şeması” oluşturmuş olmasıdır<sup>82</sup>.

vi) “Akdi sorumluluk”, “haksız fiil sorumluluğu”, “sebepsiz zenginleşme” ve “vekâletsiz işgörme” dışında başka sorumluluk hallerine ve böylece “güven sorumluluğu” teorisine de karşı olan Hans Caspar von der *CRONE/Maria WALTER* anılan Federal Mahkeme kararlarını oldukça eleştirmişler ve hâkim şirketin güven sorumluluğu hususunda yeni bir görüş

<sup>77</sup> BGE 124 III 297, 304.

<sup>78</sup> Karş. aynı yönde von der *CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 59 vd. “*qualifizierte Selbstdarstellung als Konzern*”, *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1078 (*FLEISCHER*’den naklen).

<sup>79</sup> *DIEM*, s. 15 vd.

<sup>80</sup> Kavramlar hakkında bkz. *BÖCKLI*, s. 1150; *BOYACIOĞLU*, s. 219-220.

<sup>81</sup> *DIEM*, s. 48-51.

<sup>82</sup> *DIEM*, s. 53 Ek 1.

(*Kundgabe der Konzernintegration=konzerne aidiyetin ilanı*) öne sürmüşlerdir. Yazarlara göre konzern beyanı (*Konzernerklärung*) ile gerek iş ortaklarında gerekse tüketicilerde bağımlı şirketin yönetsel bakımdan konzernle bütünleşmiş olduğu yönünde bir etki ve beklenti yaratıldığı gibi bağımlı şirket, konzernin sahip olduğu itibar ve imajdan istifade etmekte ve ettirilmektedir (*Reputationsleihe*)<sup>83</sup>. *Von der CRONE/WALTER*'e göre *Wibru/Swissair Kararı*'nda "güven sorumluluğu" ilkesi, İsviçre BK m. 111 (BK m. 110) anlamında bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olup olmadığı yeterince sorgulanmaksızın tatbik edilmiştir. Oysa öncelikle yavru şirket *IGR*'nin reklâmsal beyanlarının "aleni icap" niteliğinde olup olmadığı, bunun da davacı tarafından örtülü olarak kabul edilip edilmediği ve böylece bu ikisi arasında kurulmuş bir sözleşmenin varlığı araştırılmalıdır<sup>84</sup>. Yazarlara göre Federal Mahkeme'nin hâkim şirketin güven sorumluluğunun doğumu için öne sürdüğü şartlar akdi yükümlülüklerin doğumu için aranan şartlara benzer niteliktedir. Zira her ikisinde de borçlu ileride belli bir şekilde davranacağını/davranmayacağını taahhüt etmektedir. Güven sorumluluğunda, borcun doğumunun sebebi borçlunun böyle bir taahhüdü içeren sarih ya da örtülü irade beyanı değil, üçüncü kişinin borçlunun davranışından doğruluk ve güven kurallarına uygun olarak bu nitelikte iradeyi haklı olarak çıkartmış olmasıdır<sup>85</sup>. Bu bakımdan, kişinin karşı tarafın belli bir yönde davranacağına duyduğu güvenin tam korunması amacına güven sorumluluğuna başvurulmaksızın saf akdi sorumluluk yoluyla da ulaşılabilir<sup>86</sup>. *Von der CRONE/WALTER*, Federal Mahkeme'nin *Wibru/Swissair Kararı*'nda güven sorumluluğu teorisine başvurusunun aslında zorunlu olmadığını; Mahkeme'nin bunun yerine, hâkim şirket *Swissair*'in açıklamalarının " tarafların beyanlarının güven ilkesi çerçevesinde yorumlanacağı ilkesi" doğrultusunda, öncelikle bir icap niteliğinde olup olmadığını tespit etmesi gerektiği görüşündedirler. Onlara göre güven sorumluluğunun işlevsel gerekliliği hususunda kuşku duyulmalıdır. Sözleşme ile kurulan borç ilişkisi güven sorumluluğunun nitelikli halidir (*qualifizierte Form der Vertrauenshaftung*). Güven sorumluluğu ile kurulan borçların hemen hepsi kural olarak sözleşme yapmak suretiyle de kurulabilir<sup>87</sup>.

Yazarlar *Wibru/Swissair Kararı*na konu olan konzern açıklamaları ile *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'ndaki konzern açıklamasının aslında birbirine zıt iki kararı gerektirecek derecede farklı olmadığı kanaatindedirler. Buna göre *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'ndaki konzern açıklaması sorumluluk doğurmayan "basit konzern açıklaması" (*einfache*

<sup>83</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 53 ve 59; kavramın eleştirisi için bkz. *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 664.

<sup>84</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 54-55, 58.

<sup>85</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 57.

<sup>86</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 58.

<sup>87</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 59.

*Konzernerklärung*) olarak nitelenirken *Wibru/Swissair Kararı*'ndaki açıklama sorumluluğu gerektiren nitelikli konzern açıklaması (*qualifizierte Konzernerklärung*) olarak değerlendirilmiştir<sup>88</sup>. Ancak IGR'nin açıklamalarının içeriği, sunumu ve iletimi bakımından yoğunluğu dikkate alındığında bu görüşün isabetli olduğu söylenemez. Zira *Musikvertrieb Kararı*'nda güven sorumluluğuna dayanak yapılan ifadeler *EOP/Infocall AG*'nin mektup kâğıtlarındaki "*Telecolumbus Grubu Kuruluşudur*" ile *EOP/Infocall AG*'ye ait reklâm belgelerinde şirketin "*Telecolumbus Grubunun hızla büyüyen işletmesi*" cümleleridir<sup>89</sup>. Bunların ise genel ifadeler olmaktan öteye geçtikleri kolaylıkla söylenemez.

*Von der CRONE/WALTER*'in konzern güven sorumluluğu bağlamında ileri sürdükleri ve sorumluluğun kuruluşu bakımından *Wibru/Swissair* ve *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararları*'ndan, yer yer ayrılan görüşün, Yazarlar'ın konzern olgusunu ve hâkim şirket-bağımlı şirket ilişkisini, anonim şirketler hukuku içinde değerlendirmeleri ile yakından ilgisi olduğu görülmektedir. Bu görüşe göre konzern ilişkisinin, hâkim şirketin logosunun yavru şirketçe mektuplarda kullanılması biçiminde dahi olsa her türlü aleni ve reklâm niteliğindeki vurgulanması veya hâkim şirketin itibarından başka suretle her türlü faydalanma (*Reputationsleihe*) "konzern açıklaması" mahiyetindedir<sup>90</sup>. Bu açıklamanın tek amacı vardır, o da yavru şirketi hâkim şirketin ya da topluluğun itibarından istifade ettirmektir. Diğer bir deyimle bağlılığın duyurulması ile belli ve somut bir amaç güdülmektedir. Konzern itibarının kullanılmış olması, yavru şirketle hukuki ilişki kurmuş üçüncü kişinin, normalde böyle bir şirket için göze almayacağı *riskleri* üstlenmesine sebep olacaktır<sup>91</sup>. Konzern açıklaması ile aynı zamanda bağımlı şirketin yönetsel bakımdan konzern ile bütünleşmiş olduğu da (*führungsmäßige Integration in den Konzern*) duyurulmuş olmaktadır. Konzern ile gerçekleşmiş olan yönetsel bütünleşme, hâkim şirketin yavru şirketin "maddi organı" (*materielle Organstellung*) haline gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Gerçekte şirket organlarının yetkisinde bulunan kararları almak veya yönetimi fiilen üstlenmek suretiyle şirket iradesinin oluşumunu belirleyici biçimde etkileyen kişi ya da organlar "*maddi organ*" olarak değerlendirilmektedir (karş. İsviçre BK m. 754/I)<sup>92</sup>. Bunun sonucu ise hâkim

<sup>88</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 59.

<sup>89</sup> BGE 124 III 297, 304.

<sup>90</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 62.

<sup>91</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 63; patronaj açıklamaları bağlamında aynı yönde bkz. *KIRCA, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 475*, "Himaye beyanı, teminat fonksiyonunu ilk plânda, konsernlerde yavru şirketin arkasında mali bakımdan güçlü, kredi itibarı olan ve piyasada belli bir üne sahip ana şirketin bulunması ve bu durumun yavru şirketle hukuki ilişki kurmayı düşünen üçüncü kişiler üzerinde olumlu bir (psikolojik) etki yaratması suretiyle yerine getirir".

<sup>92</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 60 dn. 41; BGE 117 II 432 vd.; 107 II 349 vd.; *MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER*, s. 46-47 ve 614; *BÖCKLI*, s. 1230-1231.

şirketin yavru şirketin yönetilmesinden anonim şirketler hukuku kuralları uyarınca sorumlu tutulmasıdır (İsviçre BK m. 754, 756 ve 757)<sup>93</sup>. Konzern ile gerçekleşen yönetsel bütünleşme ile hâkim şirketin maddi organ vasfı ve yavru şirketin işlerinin yürütülmesinden kaynaklanan ve anonim şirketler hukukundan doğan hukuki sorumluluğu beyan edilmiş olmaktadır<sup>94</sup>. Beyanın yöneldiği iyiniyetli üçüncü kişilerin de bu beyandan, hâkim şirketin maddi organ vasfını ve bunun sonucu olarak da yavru şirketin işlerini kanun ve tüzükte öngörüldüğü biçimde göreceği sonucunu, diğer bir deyimle beklentisini çıkartmaları mümkündür. Böylece konzern açıklaması gerçekte, konzern sorumluluğunun beyan edilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak hâkim ya da yavru şirketin sermaye piyasası mevzuatı icabı kamuoyuna yapmak zorunda oldukları açıklamalar ile konsolide mali tablolar “konzern açıklaması” niteliğinde değildir<sup>95</sup>.

*Von der CRONE/WALTER* tarafından savunulan görüş, Federal Mahkeme'nin içtihadında yer alan esaslardan hareket etmekle birlikte, netice itibariyle konzern güven sorumluluğunun uygulama alanını oldukça genişletici bir sonuca varmaktadır. Yazarların görüşlerinde dikkat çeken nokta, konzern güven sorumluluğu için aynen Federal Mahkeme ve yukarıda alıntılanan *SOMMER* ve *DIEM* gibi, hâkim şirket ile üçüncü kişi arasında özel bağın varlığını zorunlu görmeleri ve bunun da “konzern açıklaması” olarak ifade ettikleri kavramla gerçekleştiğini belirtmeleridir<sup>96</sup>. Ancak *von der CRONE/WALTER*'in, üçüncü kişinin reklâm, ilan, mektup, duyuru vb. şekilde ortaya çıkan beyanlar sebebiyle “*neye*” güvenmiş olduğunu, anonim şirketler hukuku içinde kalarak ortaya koymaları, görüşün farklılık arz eden yönüdür: Nitekim *Wibru/Swissair Kararı*'nda Federal Mahkeme üçüncü kişinin “konzern davranışına” (*Konzernverhalten*) güvenmesinden bahsederken<sup>97</sup> *von der CRONE/WALTER* güvenin, hâkim şirketin İsviçre BK m. 754/I'den hareketle maddi organ vasfına olduğunu ifade etmekte ve sorumluluğun kapsamı ve diğer unsurları da anonim şirketler hukukunun ilgili kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>98</sup>.

Hâl böyle olmakla birlikte Yazarlarca şekillendirilen modelin bir takım farazi önermelere dayandığı da dikkat çekmektedir. Yazarlar adeta bir takım önermeleri alt alta koymak suretiyle (konzern açıklaması=>yönetsel bütünleşme=>maddi organ=>maddi organ vasfına güvenme=>hâkim şirketin

<sup>93</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 60; BGE 117 II 574.

<sup>94</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 61.

<sup>95</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW, 2/2001, s. 61.

<sup>96</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 63.

<sup>97</sup> BGE 120 II 331, 335, 336, 340.

<sup>98</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 64 vd.



güven sorumluluğu) hukuki sonuca varmışlardır<sup>99</sup>. Basamakların birbirine doyurucu gerekçelerle bağlandığını söylemek de mümkün değildir. Önce, pozitif hukukta da açık bir dayanağı olmayan teorik kavram ya da kavramlar yaratıp sonra kişilerin eylemlerinin bu kavramlara uyup uymadığını değerlendirmek ve hukuki sonuçlara ulaşmak hukuk metodolojisi bakımından her zaman doğru sonuçlara götürmeyecektir. Özellikle konzern gibi, ayrıntıları her zaman göz önünde cereyan etmeyen ekonomik bir olgunun değişken özelliğini ve hâkimiyet sağlamanın fiili ve hukuki onlarca yolunu<sup>100</sup> göz ardı ederek doğrudan hâkim şirketin yavru şirketin “maddi organı” olduğundan hareket etmek, varılan sonucun ikna gücünü azaltmıştır<sup>101</sup>. Diğer bir deyimle “maddi organ” müessesesi güven sorumluluğunun kapsamını ve diğer maddi (zamanaşımı gibi) ve usul hukuku (davanın tarafları, süresi, tazminatın kime ödeneceği gibi<sup>102</sup>) yönlerini ortaya koymak bakımından elverişli görülebilirse de sorumluluk dayanağı bakımından tek kaynak olarak görülmemelidir.

Göze çarpan bir diğer nokta da, sorumluluğun kaynağının konzern açıklaması mı, yönetsel bütünleşme mi yoksa hâkim şirketin maddi organ vasfının mı olduğunun her zaman net biçimde ortaya konulmamış olmasıdır<sup>103</sup>. Ayrıca şirket mektuplarında sırf topluluk logosunun kullanılmış olmasından yavru şirketin hâkim şirketçe her açıdan yönetildiği sonucunu çıkartmak (yönetsel bütünleşme ve maddi organ vasfı) ve bundan sorumluluk yoluna gitmek, aşırı neticeler doğurabilecektir. Yazarlara göre hâkim şirket yavru şirketteki iştirakini eğer salt yatırım amaçlı görse idi yönetsel bütünleşmenin ilânı ve giderek kendi sorumluluğunun doğuşu niteliğindeki konzern açıklamasından kaçınırdı<sup>104</sup>. Yine bu ifade de yukarıda değinilen ve tezin bel kemiğini oluşturan ancak hukuki geçerliliği tartışmalı olan varsayımlardan birisi olarak görülmelidir. Sonuç olarak *von der CRONE/WALTER* tarafından savunulan “konzern açıklaması” görüşü, belirtilen eksikliklerine rağmen özgün olmakla beraber son tahlilde Federal Mahkeme'nin içtihadını reddeden ve konzern sorumluluğunu yepyeni bir temele oturtmaya çalışan bir tez olarak değerlendirilebilir<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> Karş. *DIEM*, s. 36 vd.; *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER* de hâkim şirketin sorumluluğunun dayanağı olarak “maddi organ” görüşünün uygulamada kabul görmediğini ifade etmektedirler, s. 614-615.

<sup>100</sup> *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 611-612; *von BÜREN*, in FS BÖCKLI, s. 431 vd.; *BOYACIOĞLU*, s. 148 vd.

<sup>101</sup> Kaldı ki İsviçre Hukukunda -bir azınlık görüşü de olsa- İsviçre BK m. 707/III gerekçe gösterilerek tüzel kişilerin maddi organ vasfını haiz olamayacakları savunulmaktadır, bkz. sadece *BÖCKLI*, s. 1231; *von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001*, s. 60 dn. 43'de bu tartışmaya işaret etmişler ancak çoğunluk görüşünü benimsemişlerdir.

<sup>102</sup> *von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001*, s. 66.

<sup>103</sup> *DIEM*, s. 40.

<sup>104</sup> *von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001*, s. 60.

<sup>105</sup> *DIEM*, s. 29.

vii) Peter BÖCKLI'ye göre “konzern güveninden doğan sorumluluk” şeklinde (*Haftung aus Konzernvertrauen*) müstakil bir hukuki müessese (*Rechtsfigur*) yoktur. Söz konusu olan, belli bir olayda güven sorumluluğunun (*Vertrauenshaftung*) şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Özellikle salt konzern olgusu, hâkim şirketin yükümlülüklerinin varlığına delâlet etmediği gibi bir konzernin mevcudiyetine ya da bir koncerne dâhil olduğuna işaret eden genel nitelikteki beyanlar, sorumluluğun doğmasına yol açabilecek bir güven uyandırmak için yeterli değildir. Güven sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için dört temel unsurun gerçekleşmesi gerekir: Bunlar i) Üçüncü kişi ile kurulmuş özel münasebet çerçevesinde hâkim şirketçe yapılmış olan ve gelecekte belli bir yönde davranılacağı yönünde güven uyandıran açıklama; ii) uyandırılan güvenin korunmaya lâyık olması; iii) hâkim şirketin açıklamasının üçüncü kişiyi yapma ya da yapmama şeklinde belli davranışa sevk etmiş olması; iv) ve nihayetinde hâkim şirketin haklı olarak beslenen güveni özen ödevine aykırı olarak yıkması, boşa çıkarmasıdır. Sonuç olarak “konzern güveninden doğan sorumluluğunun” hukuki etkisi abartılmamalıdır. Yazar’a göre mahkemeler ileride bu nitelikteki bir sorumluluğun varlığına muhtemelen hâkim şirketin karşı tarafta oldukça somut bir güven yaratmış ve bunu da kabul edilemeyecek bir biçimde yıkması hali gibi çok istisnai hallerde hükmedeceklerdir<sup>106</sup>.

Böylece BÖCKLI'nın, akdi sorumluluk bir yana bırakılırsa, hâkim şirketin, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme, yavru şirketin maddi organı olması ve büyük hissedar olarak perdeyi kaldırma ilkesi (*Durchgriff*) çerçevesindeki sorumlulukları<sup>107</sup> yanında güvenden doğan sorumluluğunun pratik bir öneminin olmayacağı görüşünü savunduğu söylenebilir. Bunda, İsviçre Hukukunda konzern şirketlerinin sorumluluğu hakkında herhangi bir yasa hükmü bulunmaması<sup>108</sup> kadar öğretide ve -belli bir somut olayın çözümü bağlamında verilmiş<sup>109</sup>- yargı kararlarında geliştirilmiş “yeni” sorumluluk kaynaklarına hukuki güvenlik endişesiyle ihtiyatla bakma, bunun sonucu olarak da etkilerini sınırlandırma ve “denenmiş” uygulamaya devam etme düşüncesinin önemli rol oynadığını ifade etmek herhalde yanlış olmayacaktır. İsviçre gibi köklü bir Borçlar ve Şirketler Hukuku geleneğine sahip bir ülkenin dahi konzern olgusu ve bunun doğurduğu sorumluluk meselelerinin çözümü hususunda ne derece zorlandığı hatta kanun koyucuyu

<sup>106</sup> BÖCKLI, s. 1234-1235, Yazar “haksız fiil” ve “perdenin kaldırılması” ilkesinin de hâkim şirketin sorumluluğu bağlamında tali bir işlevinin olduğunu ifade etmektedir, s. 1228, 1231; aynı yönde MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 616.

<sup>107</sup> Bir konzern ilişkisi içinde hâkim şirket açısından söz konusu olabilecek muhtemel sorumluluk kaynakları ve bunların pratik önemleri hakkında bkz. BÖCKLI, s. 1227 vd.

<sup>108</sup> BÖCKLI, s. 1225.

<sup>109</sup> BÖCKLI, s. 1101. Yazar, konzern hukukunun oluşmasında somut olay odaklı yargı kararlarının dezavantaj teşkil ettiğini, kararların belli bir ilkeler bütünü içinde değerlendirilmesinin zor olduğunu ifade etmektedir.

bir düzenleme yapmaktan alıkoymuşu<sup>110</sup> ayrıca düşünülmesi gereken bir husustur. Konzern olgusunun, sorumluluk hukukunun tevarüs etmiş ilke ve uygulamalarının sınırlarını gösterdiği de söylenebilir. “Çözüm”, i) ekonomik bütünlük-hukuki bağımsızlık, ii) bağımsız şirket modeli üzerine inşa edilmiş (anonim) şirketler hukuku ve iii) esas olarak dört tür sorumluluk kaynağı tanıyan sorumluluk hukuku üçgenindeki ilişkilerin yeniden ele alınması gibi zor ama imkansız olmayan bir çaba ile mümkün olacaktır.

viii) Eugen *BUCHER Wibru/Swissair Kararı*’nı Borçlar Hukukundaki yazılı olan ve olmayan sorumluluk kaynakları sorunu çerçevesinden görmek ve Federal Mahkeme’nin kararını “güven sorumluluğu” esasları çerçevesinde incelemek eğilimindedir. Yazar’a göre kanun koyucular tarafından kabul edilmiş olan sorumluluk kaynaklarının zaman içinde yetersiz oldukları görülmüştür<sup>111</sup>. Uygulamada akdi ya da haksız fiil sorumluluğu olarak nitelenemeyen ya da bunlardan birine dâhil etmek için zorlama yorumlara başvurulmasını gerektiren olaylar ortaya çıkmıştır. Alman hukuk çevrelerinde (Almanya, İsviçre, Avusturya) anılan eksikliği gidereceği inancıyla “*culpa in contrahendo*”, fiili sözleşme ilişkileri (*faktische Vertragsverhältnisse*) ve son olarak da güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*) ek sorumluluk kaynakları olarak kabul edilmiştir<sup>112</sup>. Bunlardan *c.i.c.* uygulamada, özellikle kanunda öngörülen sorumluluk kaynaklarından herhangi birisine uymayan olayların çözümünde -çoğu kez niteliğinin uygun düşüp düşmediğine bakılmaksızın- en çok başvuru yapılmış kurum olmuştur<sup>113</sup>. Hatta Federal Mahkeme güven sorumluluğundan açık biçimde ilk kez bahsedilen *Wibru/Swissair Kararı*’nın<sup>114</sup> gerekçelerinde de *c.i.c.*’ya yer vermektedir. *BUCHER*’e göre bunun sebebi, yeni bir müessese ihdası izlenimi vermeden, “yeniye eskinin içini saklamak” suretiyle, ortaya çıkan sonucu daha ayrıntılı biçimde gerekçelendirme zahmetinden kurtulmaktır<sup>115</sup>.

Ancak Yazar, özellikle Alman Hukukunda görüldüğü gibi, kanuni sorumluluk hallerinden birine uymayan bütün olayların *c.i.c.* üst başlığının

<sup>110</sup> Bkz. *von BÜREN*, in: FS BÖCKLI, s. 444; BÖCKLI, s. 1101 vd., 1225-1226, Yazar, Konzern sorumluluk hukukunun, başka alanlarda olmadığı kadar farklı ve akla gelebilecek hemen her türlü tezin öne sürüldüğü, fikir çeşitliliğinin neredeyse sınır tanımadığı bir alan olduğunu ifade etmektedir.

<sup>111</sup> Borçlar Kanunu’nda öngörülmüş iki temel sorumluluk kaynağının (akit-haksız fiil) diğer muhtemel haklı koruma ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalışı ve bu sebeple doktrindeki ve Federal Mahkeme kararlarındaki dogmatik gelişmelere ilişkin olarak bkz. *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 277 vd.

<sup>112</sup> *BUCHER*, in: FS *WALTER*, s. 236; ayrıca bkz. *von TUHR*, Andreas: Borçlar Hukuku, C. I-II, (Çev. Cevat EDEGE), Ankara, 1983, s. 43-44.

<sup>113</sup> *BUCHER*, in: FS *WALTER*, s. 239-240.

<sup>114</sup> Farklı görüş, *LOSER*, in: Recht aktuell 2006, Rz. 5, Yazar bu çerçevede BGE 114 II 250 (1988) ve 120 II 197 (1994) kararlarını zikretmektedir.

<sup>115</sup> *BUCHER*, in: FS *WALTER*, s. 240-241; bkz. BGE 120 II 331, 335.

altında değerlendirilmesinin<sup>116</sup> yerinde olmadığı görüşündedir<sup>117</sup>. Zira c.i.c. sorumluluğunda tazminat yükümlüsünün sorumluluğu salt güvenmiş olmasından *doğmamaktadır*. Sözleşme müzakereleri sırasında sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına ve ifa edileceğine duyulan güven, bir sözleşme kurulması şartı olarak (karş. İsviçre BK m. 18; BK m. 18) sözleşmenin doğmasını sağlamakta ancak bu haliyle sözleşmenin kurulmaması ya da geçersiz kalması nedeniyle uğranılmış olan zarara sebebiyet vermemektedir. Aksinin kabulü halinde, esaslı hata nedeniyle iptal yanında sözleşmenin her türlü ihlâlinin “güven sorumluluğu” kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir ki bunun bir anlamı ve işlevi olmayacaktır<sup>118</sup>.

Güven sorumluluğunda zarar, bizatihi zarar görenin davranışından kaynaklanmaktadır. Zarar görenin kendisinin zarara uğramasına sebep olan bu davranışı fiili olarak ya da hukuki işlem ilişkisi içinde yapmış olması ise hukuki bakımdan önemsizdir. Bunun gibi zarar görenle tazminat yükümlüsü arasında, akdi bir ilişkinin var olup olmadığı da önem taşımaz. Nitekim *Wibru/Swissair* olayında zarar görenler *Swissair*'in, gerçekte üçüncü kişi olan, yavru şirketi ile üyelik anlaşmaları (hukuki işlem ilişkisi) yapmışlardır. Yavru şirketin iflası, fiili bir durum niteliğindedir ve *Wibru AG*'nin zarara uğradığını *gösteren* olgu olmaktan başka bir özelliği yoktur<sup>119</sup>. İflasın kendisi zararı doğuran sebep değildir.

Haksız fiil sorumluluğu da *Swissair* olayını açıklamaya yetmemektedir<sup>120</sup>: *Wibru/Swissair Kararına* konu olayda malvarlığı zararı (*reine Vermögensschäden*) söz konusudur. Salt malvarlığı zararına sebebiyet vermek ise İsviçre BK m. 41/I anlamında hukuka aykırı (*widerrechtlich*) görülemez<sup>121</sup>. Ayrıca olayda dar ve teknik anlamdaki bir kusur (*culpa*) tespit

<sup>116</sup> Karş. HEINRICH, Helmut, in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Kommentar, 62. Aufl., München, 2003, § 311 N. 11-66.

<sup>117</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 250-253.

<sup>118</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 256; ancak bkz. SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1040 ve buradaki tablo; Yazar kanunda belirtilen ve belirtilmeyen her türlü sorumluluk halinin “geniş anlamda güven sorumluluğu” kavramı altında toplanabileceği görüşündedir.

<sup>119</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 245 ve dn. 36.

<sup>120</sup> WALTER de sözleşme kurmaya yönelik temaslara yaratılan güvenin, haksız fiil esasları ile sağlanacak bir korumaya göre daha yoğun bir korumayı hak ettiğini ifade etmektedir, ZBJV, 4/1996, s. 281.

<sup>121</sup> BGE 130 III 345. Bir gayrimenkul değerlendirme uzmanının, gayrimenkul malikine karşı, hazırlamış olduğu gayrimenkul durum rapordan dolayı hukuki sorumluluğunu konu alan ve sözleşme, haksız fiil sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme, c.i.c. ve güven sorumluluğunun, şartları gerçekleşmediğinden talebinin reddedildiği bu son kararı, metodolojik bakımdan irdeleyen GAUCH, özellikle Alman hukuk teorisinden aşırı biçimde etkilenecek sözleşme dışı sorumluluk hallerini düzenlemek gayesiyle, kanunda yazılı ikili sorumluluk sisteminin (sözleşme ve haksız fiil) İsviçre MK m. 1/I anlamında herhangi bir boşluk bulunmamasına rağmen bilimsel ve yargısal içtihatlarla doldurulmaya çalışılmasını eleştirmekte ve İsviçre MK m. 1/I uyarınca kanunun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği tüm konularda uygulanması gereğine rağmen Federal Mahkeme'nin İsviçre BK m. 41/I'de yer

etmek de mümkün değildir. Hâkim şirket *Swissair* sadece yavru şirketin davranışına sessiz kalmış ancak zarar görene karşı bizatihi herhangi bir davranışta bulunmamıştır. Diğer yandan olayda, İsviçre BK m. 41/II anlamında “üçüncü kişiyi ahlâka aykırı biçimde kasten zarara uğratma amacıyla” da (*Schikane*) hareket edilmiş değildir. Olayın özellikleri buna dair en küçük bir ipucu dahi vermemektedir. Ancak Yazar, güven sorumluluğunun hukuki niteliğinin dogmatik bakımdan haksız fiil sorumluluğuna daha yakın olduğunu (*quasideliktische Institution*)<sup>122</sup> ifade etmektedir<sup>123</sup>. Ne var ki kanunda yazılı olmayan sorumluluk kaynaklarının hukuki nitelikleri konusunda zamanasımı, zarar verenin kusur yeteneği, sorumluluğun şartları gibi ikincil noktalarda “hukuki niteliğe” dayanarak yapılan genellemeler yanıltıcı olabilir. Zira somut olaya akdi ya da haksız fiil sorumluluğu doğrudan uygulanabilecek olsaydı, kanun dışı yeni sorumluluk kaynakları aramak zaten kendiliğinden gereksiz hale geleceğinden, hukuki nitelik tartışması anlamını kaybetmektedir. Yazar’a göre bu konuda yasal bir düzenleme yapılınca dek, genel esaslar gözden kaçırılmaksızın, her bir

---

alan hukuka aykırılık şartını “objektif” anlamda (bkz. *EREN*, s. 545 vd.; *GAUCH*, recht, 6/1996, s. 232 vd.) anlayarak sadece bunun uygulanma alanını daralttığını, oysa Kanun’da, Mahkeme’nin müstakar, “objektif” hukuka aykırılık anlayışını destekleyecek sınırlayıcı bir hukuka aykırılık tanımının bulunmadığını, Mahkeme’nin içtihadının, hukukun (İsviçre BK m. 41/I’in) İsviçre MK m. 1/I anlamında uygulanmasına engel olduğunu ve böylece haksız fiil sorumluluğunun daraltılması için bir araç olarak kullanıldığını, bunun da üçüncü kişi lehine sözleşme, c.i.c., güven sorumluluğu gibi yeni sözleşme dışı borç kaynaklarının yaratılmasını beraberinde getirdiğini, oysa bu şekilde hastalığın kendisinin değil belirtilerinin tedavi edilmiş olacağını, bunun yerine haksız fiil hukukuna özgü hukuka aykırılık kavramının, mutlak haklar dışında kalan salt malvarlığı zararlarını da (*reine Vermögensschäden*) kapsayacak biçimde geniş anlaşılması yoluyla “kanuni haksız fiil hukukuna dönüşmesi” (*Rückbesinnung auf das gesetzliche Deliktsrecht*) gerektiğini ifade etmektedir, *GAUCH*, Peter: “Der Schätzer und die Dritten-methodisches zu BGE 130 III 345 ff. Zur Deliktshaftung und zu den Haftungsfiguren der vertraglichen Drittschutzwirkung, der Culpa- und der Vertrauenshaftung”, in: Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang WIEGAND, Bern, 2005, s. 834-840. eleştiriler için ayrıca bkz. *LORANDI*, Franco: “Haftung für reinen Vermögensschaden”, recht, 1/1990, s. 24 vd.

<sup>122</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 252 dn. 60; İsviçre Federal Mahkemesi 2002 yılında polîçe ile ilgili olarak verdiği bir kararda, öğretideki görüşlere de atıfta bulunarak güven sorumluluğunun akdi sorumluluk hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir, BGE 128 III 324, 329, kararın kıymetli evrak hukuku ve özellikle hukuki görünüş ve güven sorumluluğu ilkeleri açısından tahlili için bkz. *BERGER*, recht, 6/2002, s. 201 vd., 216 vd. Yazar Federal Mahkeme’nin görüşünü karara konu olan somut olay bakımından yanlış ancak genel olarak yerinde bulmakta ve bunu güven sorumluluğunun özel hukuki bağlara ilişkin sorumluluk rejimine (*Haftungsregime für Sonderverbindungen*) tabi tutulması şeklinde açıklamaktadır. Ancak güven sorumluluğu böylece bir tür akdi sorumluluk haline getirilmemekte aksine akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun yanında müstakil bir üçüncü sorumluluk kaynağı olarak yerini almaktadır, s. 219.

<sup>123</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 245, 254; aksi görüş *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 294-295, Yazar güven sorumluluğunu sözleşme benzeri müstakil bir sorumluluk kaynağı olarak görmektedir.

kanun dışı sorumluluk kaynağının (*außergesetzliche Obligationentstehungsgründe*) (c.i.c., fiili sözleşme ilişkisi ve güven sorumluluğu) ve somut olayın özellikleri göz önünde tutularak bir sonuca varılmaya çalışılmalıdır<sup>124</sup>.

Yazar bu açıklamalarıyla, *Wibru/Swissair Kararı*na konu olayın kanunda sayılmış sorumluluk kaynaklarına dayanarak çözülemeyeceğini, bunun yerine yazılı olmayan sorumluluk kaynağı olarak “güven sorumluluğunun” (*Vertrauenshaftung*) tanınması gerektiğini ve somut olay bakımından bundan daha tatmin edici bir gerekçe bulunamayacağını ifade etmektedir<sup>125</sup>. *BUCHER, Wibru/Swissair Kararı ile Güreşçi Davası*’nda<sup>126</sup> Federal Mahkeme tarafından ortaya konulan gerekçelerden istifade ederek, güven sorumluluğuna ilişkin ilke ve esasları belirlemeyi ve diğer kanuni ve yazılı olmayan sorumluluk kaynakları ile olan ilişkilerini açıklamayı amaçlamaktadır<sup>127</sup>. Yazar’a göre gerek c.i.c., gerek fiili sözleşme ilişkisi ve gerekse güven sorumluluğu, sınırları çizilmiş müesseseler olmayıp, kanunun sustuğu alanlarda, hukuku ararken yol gösterici rehber niteliğindedirler<sup>128</sup>.

Güven sorumluluğunu, diğer sorumluluk hallerine göre karakterize eden husus, zararın, tazminat yükümlüsünün fiili veya buna yüklenebilir bir başka olay sebebiyle değil, zarar görenin kendi davranışı neticesinde doğmasıdır. Diğer bir ifadeyle zarar gören kendisine, kendi fiili ile zarar vermektedir. Nitekim *Wibru/Swissair Kararı*’nda zarar gören taraf olan *Wibru AG* kendi kararı ile sonradan iflas edecek yavru şirkete yatırım yapmıştır. Normal olarak kişinin kendisine zarar vermesinden dolayı üçüncü kişinin sorumluluk yüklenmesi söz konusu olamaz. Üçüncü kişinin, güven sorumluluğu uyarınca tazminat yükümlüsü kılınmasının sebebi ise, karşı tarafta (zarara uğrayan taraf) güven yaratmak suretiyle, bunun kendisine zarar verecek bir davranışta bulunmasına yol açmış, buna davetiye çıkarmış olmasıdır. Tazminat yükümlüsünün yarattığı güven ile zarar görenin davranışı ve bu davranış ile de ortaya çıkmış olan zarar arasında uygun illiyet bulunmalıdır. Zarara uğrayanın duymuş olduğu ve onu belli yönde davranmaya yönelten bir “güven” söz konusu değilse herhangi bir sorumluluk da yoktur. Ancak sırf “güvenmiş olmak”, sorumluluğun doğması bakımından yeterli olmayıp,

<sup>124</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 256 vd.; aynı yönde *WIEGAND*, recht, 1997/3, s. 93 dn. 66; *WALTER* ise zamanaşımı, kusur, illiyet bağı, sorumluluğun sınırları gibi ikincil hususlarda, güvenin sözleşme kurulmasıyla/ifasıyla ilgili temastan kaynaklanması sebebiyle, akdi sorumluluk esaslarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır, ZBJV, 4/1996, s. 294-295.

<sup>125</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 255.

<sup>126</sup> BGE 121 III 350.

<sup>127</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 250, 253 vd.

<sup>128</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 253.

bu “güvenin” yıkılmış/boşa çıkarılmış olması da gereklidir<sup>129</sup>. Sonuç olarak, güvenin yıkılması, güvenden doğan sorumluluğun olmazsa olmaz şartıdır<sup>130</sup>.

Sorumluluk doğuran güven, oluşum biçimine göre “bireysel güven” (*Individualvertrauen*) ve “genel güven” (*Generalvertrauen*) şeklinde ikiye ayrılabilir. Bireysel güvene örnek gösterilebilecek *Wibru/Swissair Kararı*’nda hâkim şirket *Swissair*’in, yavru şirketin yaptığı beyanlara engel olmaması suretiyle yaratılan güven söz konusudur. Genel güven halinde ise, restoran, bahçe, tekne, mağaza ya da sergi/fuar işletmecileri gibi halkı bir yapı ya da binaya “davet eden” belli meslek gruplarınca yaratılan ve buraların üçüncü kişiler için zararlardan masun bulunduğu dair yaratılan güven söz konusudur<sup>131</sup>. Güven sorumluluğunda kusur ehliyetinin gerekli olup olmadığına, yaratılan güvenin bireysel mi yoksa genel mi olduğuna göre karar verilmelidir: Genel güvende, potansiyel tazminat yükümlüsünün kusur ehliyetine sahip olup olmaması önem taşımamaktadır. Bu durumda yapı malikinin sorumluluğuna (İsviçre BK m. 58-59; BK m. 58-59) yaklaşan bir kusursuz sorumluluk hali söz konusudur. Zarara uğrayanın güveni ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde ise sorumluluk doğmayacaktır. Böylece sorumluluğun kusursuz oluşunun etkisi sınırlandırılmış olmaktadır. Ancak zarara uğrayan, güvenen, tarafın -güven sorumluluğuna özgü olarak- temyiz gücüne (haksız fiil ehliyetine) sahip olması gereklidir. Zira akla uygun davranma yeteneği olmayanın hukuki anlamda “güvenmesinden” de bahsedilemez<sup>132</sup>.

*Wibru/Swissair Kararı* örneğine uygun bir bireysel sorumluluk halinde ise potansiyel tazminat sorumlusunun kusuru ve buna uygun olarak kusur ehliyeti aranır. Burada kusur ile kastedilen, uygun illiyet bağı çerçevesinde zarar yaratacak güvenin doğmasına bilerek sebebiyet vermektir. *BUCHER*’e göre tazminat yükümlüsünün güven yaratan davranışının, haksız fiilde olduğu gibi “hukuka aykırılık” taşıması (*widerrechtlich*) gerekli olmayıp, düzene aykırı (*ordnungswidrig*) olması yeterlidir<sup>133</sup>.

Korunmaya lâyık bir güvenden, zarar görenin, kendisinde uyandırılan güvene dayanarak, zararın doğmasına yol açacak biçimde davrandığı anda (*schadenskausales Verhalten*), o zaman için geçerli olan şartları göz önünde tutarak, potansiyel tazminat yükümlüsünün muhtemel riskin doğumunu engelleyeceği kanaatine ulaşmasının, kabul edilebilir olduğu hallerde söz edilebilir. Ancak kısmi illiyet de (*Teil-Kausalität*) -ilgilinin zarardan kısmen

<sup>129</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 248 ve 255.

<sup>130</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 260.

<sup>131</sup> *BUCHER* genel güvene, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin meşhur *Linoleumteppich Kararı*’nı (RGZ 78, 239 vd.) örnek göstermektedir.

<sup>132</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 258.

<sup>133</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 258 ve dn. 70.

sorumlu tutulması kaydıyla- sorumluluğun doğumu bakımından yeterli sayılmalıdır (*birlikte kusur*, karş. İsviçre BK m. 44/I; BK m. 44/I)<sup>134</sup>.

*BUCHER*'e göre kanunun zamanaşımı hususunda açıkça herhangi bir süre öngörmemiş olması sebebiyle (karş. İsviçre BK m. 127; BK m. 125), zamanaşımı süresi güven sorumluluğunda da 10 yıl olmalıdır. Zira bir hakkın zamanaşımına uğraması ya da düşmesi hâkimin yarattığı hukuka değil kanun koyucunun açık iradesine bağlıdır<sup>135</sup>.

**ix)** Heinrich *HONSELL*, İsviçre hukukunda Federal Mahkeme ile öğretinin hakim şirketin dış sorumluluğu (*Konzernaußenhaftung der Mutter*) konusunda çok dikkatli bir biçimde; çifte organ sorumluluğu (*Haftung aus Doppelorganshaft*), fiili organ sorumluluğu (*Haftung aus faktischer Organshaft*) ve perdenin kaldırılması sorumluluğundan (*Durchgriffshaftung*) oluşan üçlü bir sistem geliştirdiğini<sup>136</sup>, sonucunu yanlış gerekçelerini ise yerinde bulduğu *Wibru/Swissair Kararı* ile ise hakim şirketin sorumluluğunun sistem dışı biçimde genişletildiğini savunarak konzern güven sorumluluğu “kurumuna” karşı olduğunu açıkça ifade etmiştir<sup>137</sup>. Haksız fiil sorumluluğu ile akdi sorumluluk arasındaki sınırları belirsizleştirdiği ve çok genel olduğu gerekçesiyle “güven sorumluluğuna” da (*Vertrauenshaftung*) karşı olan<sup>138</sup> Yazar’a göre, Federal Mahkemenin bu kararı ile sözleşme derecesine ulaşmamış açıklamaların, sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesi, özellikle patronaj açıklamaları vesilesiyle sürdürülen, sorumluluğun kaynağının sınırlandırılması çabalarına ters düşmektedir. Salt konzern olgusu sorumluluk sebebi olamayacağı gibi reklâm beyanlarının tazminat talebi doğuracağı da, kanun bunu açıkça öngörmedikçe kabul edilmez<sup>139</sup>. Nitekim Federal Mahkeme de *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* ile *Swissair Kararı*’ndan dönmüş ve konzern güven sorumluluğunu, gerektiği gibi sıkı şartlara bağlamıştır<sup>140</sup>. *Wibru AG*’nin *IGR*’ye ödediği üyelik ve kira bedellerinin iadesinin *IGR* tarafından iki kez denenmesine rağmen havale hataları sebebiyle gerçekleşmemesi sebebiyle dava açmak zorunda kaldığını<sup>141</sup> göz önünde tutan Yazar, *Swissair* olayının konzern güven sorumluluğu yerine iflas hukukundaki alacaklılara eşit davranılması ilkesinin (*par condicio creditorum= Gläubigergleichbehandlung*) kıyasen uygulanması ve böylece borçlunun bir kısım alacaklılara üyelik ve kira

<sup>134</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 258-259.

<sup>135</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 259; aynı yönde *WIEGAND*, recht 1997, s. 93. Yazar ayrıca İsviçre BK m. 55’in (BK m. 55) değil İsviçre BK m. 101’in (BK m. 100) uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>136</sup> Karş. *BÖCKLI*, s. 1227 vd. (perdenin kaldırılması sorumluluğu), 1230 vd. (fiili organ sorumluluğu).

<sup>137</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 661, 663, 670.

<sup>138</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 665-666.

<sup>139</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 664.

<sup>140</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 665.

<sup>141</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 662.



bedellerini öderken sırf havale hatası sebebiyle *Wibru AG*'ye ödeme yapmaktan kaçınamayacağını kabulü yoluyla çözülebileceği görüşünü savunmaktadır<sup>142</sup>. Perdenin kaldırılması ilkesinin (*Durchgriffshaftung*) bu olayda uygulanamayacağını da tespit eden<sup>143</sup> *HONSELL*'in "alacaklılara eşit davranılması" prensibinin uygulanabileceği yönündeki görüşüyle diğer tüm yazarlardan ayrıldığı belirtilmelidir.

x) İsviçre Hukukunda *Swissair Kararı* ile ortaya konulan konzern güven sorumluluğuna *BUCHER* gibi olumlu yaklaşan yazarlardan olan Jean Nicolas *DRUEY*<sup>144</sup>, konunun genel sorumluluk hukuku içindeki konumuna değinmeksizin<sup>145</sup>, konzern hukuku çerçevesinde incelemiş ve bunun kapsam ve sınırlarını tespit etmeye çalışmıştır.

Yazar'a göre salt bir konzern aidiyetin duyurulması her ne kadar tek başına sorumluluk doğurmaya yetmemekte ise de nitelikli eylemlerin (*qualifizierte Verhaltensweisen*) sorumluluğu beraberinde getireceği de açıktır. Konzern güven sorumluluğunda iki basamağı birlikte ele almak gerekir: Bunlardan ilki güven uyandıran davranış iken ikincisi de bu güveni haklı çıkaracak (beklenen/güvene uyan) davranıştır. Bir başka deyimle konzern ne surette güven uyandırmakta ve üçüncü kişi bu güvene dayanarak hangi sonucu/davranışı beklemektedir<sup>146</sup>. *Swissair Kararı*'nda bu iki basamak da çok açık biçimde ifade edilmiştir. Buna göre gerek mektuplarda gerekse değişik reklâm ve tanıtım dokümanlarında *Swissair* logosunun kullanılması ile *IGR*'nin *Swissair*'in yavru şirketinin olduğunun belirtilmesi ve "üzerinde International Golf and Residences'in yazılı olduğu her yerin altında *Swissair* vardır. Tabii ki arkasında da. Çünkü *IGR* her ne kadar *Swissair Beteiligungen AG*'nin bağımsız bir işletmesi olsa da hâkim şirketin işletme ilkelerine göre çalışır. Bunun da *IGR*'nin uluslararasılığına, misafirperverliğine, ilgisine ve güvenilirliğine katkı sağladığı açıktır"<sup>147</sup> şeklindeki ifadeler *güveni doğuran unsur* olmuşlarken hâkim şirket *Swissair*'in *IGR*'yi en azından kuruluş aşamasında, yeterli sermaye ile donatması<sup>148</sup> ise güvenden dolayı beklenen davranış olarak tanımlanmıştır. Hâkim şirkete bundan başka, yavru şirketin inanılabilirliğini ve güvenilirliğini temin etme yükümlülüğü yüklenmiştir. *Swissair* ise üyelere gönderilen mektuplarda işlerin gidişatı hakkında yanlış bilgiler vermek suretiyle "yaratılan güvene uygun davranma yükümüne"

<sup>142</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 669-670.

<sup>143</sup> *HONSELL*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 666-669.

<sup>144</sup> Ayrıca bkz. *DRUEY*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e ARMAĞAN, s. 338-339.

<sup>145</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1081.

<sup>146</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1071.

<sup>147</sup> Bkz. BGE 120 II 334-335.

<sup>148</sup> Bkz. BGE 120 II 338.

(*Vertrauenserfüllungspflicht*)<sup>149</sup> aykırı davranmıştır<sup>150</sup>. Böylece bir konzern güveninin yaratılmasından bahsedilebilmesi için i) genel bir bildirimden belirgin olarak öteye geçen övme (*Berühmung*), ii) karşı tarafta, konzernin tamamını kapsayacak koruyucu (*patronisierend*) bir davranışta bulunulacağı beklentisi yaratılması ve nihayetinde iii) bunun karşı tarafı belli bir davranışta bulunmaya, özellikle de bir sözleşmenin akdine, sevk etme amacıyla (*verhaltensinduzierend*) yapılması gerekir<sup>151</sup>. *Swissair Kararı* bizatihi duyurudan doğan bir konzern yönetim yükümlülüğü de (*Konzernleitungspflicht aus eigener Kundgabe*) meydana getirmiştir<sup>152</sup>. Konzern güven sorumluluğu ispat yükünün konzern aleyhine olacak şekilde el değiştirmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>153</sup>. Yazar sonuç olarak, güven kavramının belirsizliğine ve gerek hukukçularda gerekse uygulayıcılarda uyandırdığı şüphelere rağmen, konzern güven sorumluluğuna gelişme imkânının tanınması ve konzern hukuku içinde hak ettiği yeri bulması gerektiğini, güvenin korunması gereğinin inkâr edilemeyeceğini, ancak bunun ileriye götürülmesinin de yine güveni yıkacağını ifade etmektedir. *DRUEY*'nin, konzern güven sorumluluğunun anlam ve sınırlarını, kurumu konzern hukuku bütünü içinde ele alarak ve kavramı idealize etmeksizin nesnel olarak ortaya koymaya çalışan açıklamaları büyük değeri haizdir.

## V- TASARI m. 209 ANLAMI VE KAPSAMI HAKKINDA

### A) Genel Olarak

Yukarıda da görüldüğü gibi tamamen İsviçre'ye özgü *hukuki* (yazılı bir konzern hukukunun olmaması ve “güven sorumluluğu” ilkesinin İsviçre’de gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde çok eski yıllardan beri kabul ediliyor olması, kararın dogmatik alt yapısının zaten mevcut olması ve sorunun diğer şirketler ve konzern hukuku ilkeleriyle çözümlenememesi), *iktisadi* (*Swissair* topluluğunun zamanında İsviçre’de önemli bir tanınmışlık oranına sahip olması<sup>154</sup> (*toplumsal itibar ve bunun iş ortaklarında yarattığı güven*), ve *fiili* (*Wibru AG* dışında tüm üyelere ödedikleri ücretleri iade edilmişken havale hataları sonucunda da olsa bunun *Wibru AG* açısından gerçekleşmemiş oluşu) gibi şartların belirleyiciliğinde, 1994 yılında ortaya çıkan *Wibru/Swissair Kararı*'nın ana fikrini teşkil eden “*hâkim şirketin, topluluk itibarının üçüncü kişilerde yarattığı güvenin boşa çıkarılmasından doğan sorumluluğu*” (*konzern/topluluk güven sorumluluğu*) Tasarı m. 209

<sup>149</sup> Bkz. BGE 120 II 339; *GONZENBACH* ise bunu “bilgilendirmeyi gözetim yükümünün” ihlâli (*Verletzung der Informationsüberwachungspflicht*) şeklinde nitelendirmektedir, recht, 3/1995, s. 129.

<sup>150</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1072.

<sup>151</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1073; ayrıca bkz. *DRUEY*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, s. 338-339.

<sup>152</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1074-1075.

<sup>153</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1075-1076.

<sup>154</sup> Karş. *GONZENBACH*, recht, 3/1995, s. 130.

ile yeni Türk şirketler topluluğu hukukunun bir unsuru olarak Türk Hukuku'na girmek üzeredir.

Türk hukukçusunun elinde artık sorunu düzenleyen bir metin olmasına rağmen, bunun hukuki anlamının tek ve kısa bir cümleyle ifade edilmeye çalışılması, bu anlamı ortaya çıkartma çabalarını nispeten güçleştirmektedir. Aşağıda Tasarı m. 209'un muhtemel kaynakları ve Tasarı m. 195-208'de kurulmuş olan sistem içindeki yeri ile uygulanma şartları üzerinde durulacaktır.

### B) Tasarı m. 209'un Türk Hukukundaki Kaynakları Üzerine

Hâkim şirketin, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış topluluk itibarının kullanılmasının uyandırdığı güvenden doğan sorumluluğunu düzenleyen Tasarı m. 209'un<sup>155</sup> benzeri, bir diğer deyimle zaman içinde oluşmuş *kişisel itibarın* kullanılmasından dolayı ticaret şirketlerinin ya da genel olarak bireylerin hukuki sorumluluğunu öngören açık bir hüküm, TK ya da diğer bir kanunda mevcut değildir. Nitekim m. 209'a ilişkin gerekçelerde de bunun Türk Hukukunda kaynağının bulunduğuna ilişkin her hangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu bakımdan m. 209'un, Türk pozitif hukukunda var olan belli bir normun hâkim şirket hakkında da uygulanması (aktarılması) olarak değil, aksine Alman konzern hukukundan uyarlanarak hazırlanan<sup>156</sup> Türk şirketler topluluğu hukukunun, İsviçre konzern hukukunda içtihat ile yaratılmış bir ilke ile geliştirilmesi/tamamlanması<sup>157</sup> şeklinde değerlendirilmek gerekir.

TK'nun ticaret şirketlerinin idare ve temsil organlarının hukuki sorumluluklarını düzenleyen kurallarının (karş. m. 177; 256; 308, 321/V c. 2, 332, 334-335, 336 vd., 473-474; 542<sup>158</sup>, 556) Tasarı m. 209 hükmünün kaynağını teşkil ettikleri akla gelebilir. Esasen anılan hükümler, idare ve temsil *organlarının* şirket sözleşmesinde/esas sözleşmede ve TK'nda belirtilen görevlerini yerine getirmemeleri ya da görevlerini ifa ederken

<sup>155</sup> Bu noktada Tasarı m. 209'un taşıdığı "güvenden doğan sorumluluk" yan başlığının, hükmün anlamı göz önüne alındığında "hâkim şirketin güven sorumluluğu", "hâkim şirketin topluluk itibarının kullanılmasının yarattığı güvenden doğan sorumluluğu" ya da "hâkim şirketin itibar sorumluluğu" şeklinde okunması da mümkün gözükmektedir.

<sup>156</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005); <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (erişim tarihi: 23.11.2007); DRUEY, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, s. 333. Yazar'ın değerlendirmelerinin Tasarı'nın Nisan 2002'deki haline dayandığı belirtilmelidir, s. 333 dn. 15.

<sup>157</sup> DRUEY, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, s. 338, Yazar bu hükmün, konzern hukukunu tamamladığını ve bunun da bir *gereklilik (notwendige Ergänzung des Konzernrechts)* olduğunu belirtmektedir.

<sup>158</sup> TK m. 542, m. 321/V'in aksine rücuca ilişkin bir hüküm öngörmemiştir. Limited şirketin de görevlerini yaparken haksız fiil ika eden müdüre rücu edebileceğine ilişkin olarak bkz. AYHAN, Rıza: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul, 1992, s. 110. Rücu meselesi, haksız fiil sorumluluğunu ele alan Tasarı m. 632/I'de düzenlenmemiştir.

haksız fiil işlemleri sebebiyle şirket *tüzel kişiliğine karşı* olan hukuki sorumluluğunu düzenlemektedirler. Oysa Tasarı m. 209, hâkim şirketin üçüncü kişilerle olan hukuki/fiili münasebetlerinden doğan sorumluluğunu (*dış sorumluluk*) ele almaktadır. Görüldüğü gibi bu iki halde sorumluluğun sebebi de tarafları da *farklıdır*. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşmede ve kanunda belirlenen görevlerini yerine getirirken göstermeleri gereken dikkat ve itinanın kapsamının belirlenmesi işlevi yanında, kurul üyelerinin şirketle aralarındaki sözleşmeden doğan yan edim yükümü olarak müstakil bir varlığa da sahip olan “*özen borcu*”<sup>159</sup> (TK m. 320) ise yine şirket tüzel kişiliği-yönetim kurulu üyesi ilişkisine matuf olması sebebiyle Tasarı m. 209’un kaynağı değildir.

Ancak konzern/topluluk güven sorumluluğu, Federal Mahkeme ile birlikte akit öncesi sorumluluğun/c.i.c. sorumluluğunun konzern ilişkilerine uygulanması şeklinde mütalaa edilecek olursa<sup>160</sup>, Tasarı m. 209’un düzenlemek istediği alan ve korumak istediği menfaatler bakımından Türk Hukukuna tamamen yabancı olmadığı da görülecektir: Nitekim Federal Mahkeme *Wibru/Swissair Kararı*’nda

“[...] ancak hâkim şirketin, konzern adına hareket ettiği (*Konzernverhalten*) yönünde uyandırılan güven, akdi veya haksız fiil sorumluluğu için herhangi bir dayanak bulunmadığı hallerde de bazı şartlarla sorumluluk kaynağı olabilir. Bu, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin esasların genelleştirilmesinden çıkmaktadır [...]. Culpa in contrahendo, Federal Mahkeme uygulamasında<sup>161</sup> ve öğretilerdeki hâkim görüşte [...] belirtildiği gibi, özel bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edildiğinde, ilgili, buna eşdeğer hallerde (*in wertungsmässig vergleichbaren Fällen*) sorumluluk hukuku korumasından mahrum bırakılamaz. Culpa sorumluluğunun altında yatan ve taraflara karşılıklı belli sadakat ödevleri yükleyen sözleşme müzakereleri ilişkisi (*Vertragsverhandlungsverhältnis*) genel bir hukuk figürünün tezahürü (görünüm biçimi) olarak değerlendirilmelidir [...]. Sözleşme müzakerelerinde tarafların, karşılıklı beyanların doğruluğu, ciddiyeti ve tamamlığı hususunda duydukları güven gibi, bir konzern ilişkisinde konzernin güvenilirliği ve ödeme gücü hakkında uyandırılan güven de korunmaya lâyıktır. Konzern hâkim şirketinin beyanlarının yavru şirketin iş ortaklarında bu şekilde bir güven uyandırması

<sup>159</sup> ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 65-66; TK m. 320’nin limited şirket müdürleri hakkında da uygulanmasına dair bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 884, N. 1719c. Tasarı m. 626/1 ise müdürler ve yönetimle görevli kişilerin özen ve bağlılık yükümünü açıkça düzenlemiştir.

<sup>160</sup> Karş. BUCHER, in: FS WALTER, s. 239-240; WIEGAND, Federal Mahkeme’nin c.i.c. sorumluluğunu da ilk kez açıkça *Wibru/Swissair Kararı* ile tanımladığını ifade etmektedir, WIEGAND, recht 1997, s. 87; ayrıca bkz. BGE 105 II 80 (c.i.c.).

<sup>161</sup> BGE 108 II 419, 421.

halinde, “sözleşme müzakereleri ilişkisine” benzer, hukuksal nitelikte özel bir bağlılık oluşur (*rechtliche Sonderverbindung*) [...]. Bu özel bağlılık ilişkisi de doğruluk ve güven ilkesine dayanan koruma ve aydınlatma ödevleri yükler [...]. Bu gibi yükümlülüklerin ihlâli ise tazminat taleplerinin doğmasına yol açar<sup>162</sup>.

Akit öncesi sorumluluğun MK m. 2/I’de (TK m. 1/I c. 1; Tasarı m. 1/I c. 1) yer alan doğruluk ve güven ilkesi ışığında Türk Hukukunda da gerek öğretide gerekse uygulamada, tartışmasız benimsenmiş olduğu vurgulanmalıdır<sup>163</sup>. Bu bağlamda Tasarı m. 209’un da dogmatik olarak, öğreti ve uygulamada MK m. 2/I’e doğrultusunda benimsenmiş akit öncesi sorumluluktan kaynaklandığı tereddütsüz söylenebilir. Yasalaştığında m. 209, sözleşme öncesi sorumluluğun kanunlarda düzenlenmiş örneklerinden<sup>164</sup> olacaktır.

Sonuç olarak, Tasarı m. 209’un, Türk hukukunda buna kaynaklık teşkil edebilecek bir benzerinin bulunmadığı ve bu haliyle hukuki sorumluluk öngören bir norm olarak *tekil* nitelik arz ettiği ancak hukuki niteliği dikkate alındığında, MK m. 2/I’den hareketle kabul edilmiş olan akit öncesi sorumluluğa dayandığı ve bunun bir görünüm biçimi olduğu, uygulanma esaslarının tespitinde de bu hususların göz önünde tutulması gerektiği belirtilmelidir.

### **EK: Güven Sorumluluğu İle Hukuki Görünüş İlkesinin Karşılaştırılması**

Tasarı m. 209’da ifadesini bulan “güvenin korunmasının”, ilk bakışta benzer görünen “hukuki görünüşün korunmasının” Türk Hukukundaki kaynakları açısından ele alınmasında fayda vardır. Zira mevzuatta, hukuki görünüşe ve bunun yarattığı güvene<sup>165,166</sup> hukuki sonuçlar bağlayan bir takım

<sup>162</sup> BGE 120 II 331, 335-336.

<sup>163</sup> *EREN*, s. 36 vd., 1083 vd.”; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 975 vd.; *KILIÇOĞLU*, s. 56 vd., 59; *EDİS*, s. 314-315, 317-318; *SEROZAN*, Rona: “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, *MHAD*, Y. 1, S. 3, İstanbul, 1968, s. 10-11; Y. 19. HD, T. 01.05.2000, E. 1999/8290, K. 2000/3358 (bkz. *KILIÇOĞLU*, s. 57 dn. 17); Y. HGK, T. 22.09.1978, E. 1977/15-1011, K. 759 (bkz. *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 976 dn. 1); Y. 13. HD. T. 13.11.1995, E. 9375, K. 9860 (YKD, C. XXII, Y. 1996, S. 4, s. 569-571); Y. 2. HD, T. 15.09.1997, E. 6603, K. 8864 (YKD, C. XXIII, Y. 1997, S. 12, s. 1856 vd.) doğruluk ve güven ilkesinin anonim şirketler hukukunda uygulama alanı bulduğu haller için bkz. *AKER*, *BATİDER*, C. XXII, Y. 2003, S. 2., s. 175 vd.

<sup>164</sup> Bkz. sadece *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 977-978; *EREN*, s. 1088 vd.; *BUCHER*, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht*, AT, 2. Aufl., Zürich, 1988, s. 279 vd.

<sup>165</sup> “Hukuki görünüş” ile “güvenin korunması ilkesi” arasındaki ilişki hakkında bkz. *ÜLGEN*, Hüseyin: *Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi* (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 38-40, 70-71. Yazar, hukuki görünüşün “iyiniyetin” ve “güvenin korunması” ilkelerinden bağımsız ve aynen bu anılanlar gibi müstakil bir

kurallar bulunmaktadır: Nitekim örneğin MK m. 190/II, 452/II, 598/II-III, 985/I, 988, 990, 992, 1023, 1025/II; BK m. 18/II, 34/III, 39/I c. 3, 154, 453/III<sup>167</sup>; ve TK m. 14/II, 23/III, 39, 122, 201/IV<sup>168</sup> hükümleri, hukuki görünüşe ve buna itibar edilmesine (güvenilmesine) bir takım hukuki sonuçlar bağlamış bulunmaktadırlar. Ne var ki bunların hiçbirisi, itibarın kullanılmasının yarattığı güvenden (güvenin boşa çıkarılmasından) doğan m. 209 anlamındaki sorumlulukla nitelik bakımından eşdeğer değildir. *BERGER*'in de belirttiği gibi hukuki görünüş ve güven sorumlulukları birbirinin yerine kullanılabilen eş anlamlı kavramlar değildirler<sup>169</sup>. Belli başlı farklılıklar ise şöyledir:

i) Her şeyden önce hukuki görünüşte, gerçekte bizatihi var olmayan bir hususun (hukuki olgu) var kabul edilmesi<sup>170</sup> ve buna bazı hukuki sonuçlar (bir hakkın veya statünün var ya da yok kabul edilmesi (MK m. 598/II-III, 985/I, 992, 1023, 1025/II; BK m. 452/II, 453/III, TK m. 14/II, 39); bağlanma/akdi sorumluluk/ifa yükümlülüğü<sup>171</sup> (TK m. 23/III, 122 ve 201/IV)) bağlanması söz konusu iken; güven sorumluluğunda, bir tarafın eylemleriyle üçüncü kişilerde güven yaratarak bunları belli bir şekilde davranmaya sevk etmesi ve sonuçta üçüncü kişilerin bu yüzden tazmini gereken bir zarara uğraması söz konusudur. Esasen bu son halde, hâlihazırda gerçekte görünüş arasında fark olduğunu gösterecek bir objektif olgu ya da dış olay da (*objektiver Scheintatbestand=Schein einer äußeren Tatsache*)

---

anlama ve uygulama alanına sahip olduğu görüşündedir. Ancak bu görüşün altında, hukuki görünüş ilkesinin müspet zararın, güven ilkesinin ise menfi zararın tazminini mümkün kılması yatmaktadır (s. 39, 70). Bir diğer deyimle hukuki görünüş hallerinin, güvenin korunması ilkesi içinde mütalaa edilmemesinin, sorumluluğun modaliteleriyle ilgili olduğu söylenebilir. *ÜLGEN, CANARIS*'in hukuki görünüşü güvenden doğan sorumluluk hali olarak mütalaa ettiğini ifade etmektedir, s. 22 dn. 73, ayrıca bkz. 27-28.

<sup>166</sup> Türk Borçlar Hukukunda “*tarafarca yaratılan güvenin*” iradelerin yorumunda uygulanan bir prensip olarak (*güven prensibi*) anlamı hakkında, bkz. *EREN*, s. 134 vd., 139 vd.; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 72; *KILIÇOĞLU*, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2005, s. 175 vd.; *EDİS*, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, 1987, s. 308 vd. Yazar, hukuki işlemler bağlamında, bunların teşekkülünde, yorumlanmasında, yeni şartlara uyarlanmasında, bunlardan doğan borçların yerine getirilmesinde (s. 314), sözleşme öncesi ilişkilerde (c.i.c.) (s. 314) ve yan yükümlülük türlerinin tespitinde (s. 315 vd.) “doğruluk ve güven ilkesinin/güven teorisinin” etkilerini incelemiştir. Ayrıca bkz. *ESENER*, Turhan: “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn’ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, AÜHFD, Y. 1952, C. IX, S. 3-4, s. 171 vd.

<sup>167</sup> *ÜLGEN*, s. 127 vd., 146 vd.; *BERGER*, recht, 6/2002, s. 208 vd.

<sup>168</sup> *ÜLGEN*, s. 77 vd., 91 vd., 120 vd.; hukuki görünüş teorisinin kıymetli evrak hukukundaki uygulaması hakkında bkz. *POROY*, Reha/*TEKİNALP*, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. Bası, İstanbul, 2001, s. 74 N. 102; *KINACIOĞLU*, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara, 1993, s. 41 vd.

<sup>169</sup> *BERGER*, recht, 6/2002, s. 207.

<sup>170</sup> *ÜLGEN*, s. 1-2.

<sup>171</sup> Karş. *ÜLGEN*, s. 19 dn. 62.

mevcut değildir. Bu çerçevede örneğin hâkim şirketin *gelecekte* yavru şirketin borçlarını ifa edebileceğine duyulan güven korunma gerektiren bir *hukuki görünüş* niteliğinde değildir. Sonuç olarak güven sorumluluğunda “gerçek” kabul edilen/gerçek muamelesi yapılan bir “görünüş” yoktur<sup>172</sup>. Bu da gösteriyor ki tartışmaların altında yatan meselelerin çözümü bakımından ilk halde “hukuki görünüş teorisi”, ikinci halde ise “güven teorisi” uygulama alanı bulmaktadır<sup>173</sup>.

*ii)* Hukuki görünüş teorisi, herhangi bir olgunun değil *hukuki bir olgunun* görünüşüne (*Rechtsschein*) güvenmeyi gerektirir. Güven sorumluluğunda ise bu bir zorunluluk olmayıp, *tabii bir olgunun* varlığına ya da yokluğuna (*Tatsachenschein*) güvenilmiş olması sorumluluğun doğması bakımından yeterlidir<sup>174</sup>.

*iii)* Hukuki görünüşte üçüncü kişinin aktif olması (bir hukuki işlem yapması) her zaman zorunlu değilken; (topluluk) güven sorumluluğunda üçüncü kişinin (neticede kendisine zarar verecek) bir eylemde bulunması gerekir.

*iv)* Hukuki görünüşte, “görünüşe” itibar edilmesi, buna uygun davranışın korunması ve üçüncü kişinin de bundan dolayı herhangi bir hak kaybına uğramaması, aksine görünüş gerçek olsaydı hangi hak ve yetkileri elde edecek idiyse bu durumda da bunları elde etmesi söz konusu iken<sup>175</sup> (*gerçekle görünüşün ayrılmasına rağmen görünüşe itibar edilmesi*)<sup>176</sup>; topluluk güven sorumluluğunda üçüncü kişinin yaratılan güvene, kendisini korumak bakımından, inanmaması, buna itibar etmemesi menfaatine olacaktır. Bu yüzdendir ki bu güvene haklı olarak inanan ve buna uygun davranan üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararın buna sebep olanlarca giderilmesi gerekmektedir<sup>177</sup>. Oysa “hukuki görünüş hallerinde *güven*

<sup>172</sup> von PLANTA, s. 103-104.

<sup>173</sup> ÜLGEN, s. 20.

<sup>174</sup> BERGER, recht, 6/2002, s. 215.

<sup>175</sup> ÜLGEN, s. 20.

<sup>176</sup> ÜLGEN, s. 3, özellikle s. 8-9.

<sup>177</sup> Görünüşe itimadın hak ve yetki verdiği ve akdi sorumluluk doğurduğu hallerle, görünüşe sebebiyet verenin buna itibar eden üçüncü kişinin zararını tazmin etmesi gereken haller arasındaki ayrıma ÜLGEN’in şu yerinde tespitleri büyük ışık tutmaktadır: “Hukuki görünüş olgusu yaratan kimse bakımından **sadece tazminat ödeme yükümlülüğü**’nün söz konusu olduğu halleri **hukuki görünüş nazariyesi** içinde mütalaa etmeğe imkân yoktur. Zira, anılan nazariye bakımından görünüşün gerçeğe uygunmuşçasına işlem (muamele) görmesi; buna göre de görünüşe itibar eden kimsenin bu **ihtimalin gerçekliği**, yani **görünüşle gerçekliğin birbirine uygunluğu halinde** sahip olacağı hak ve borçları iktisap etmesi icap eder. Oysa ilgili bakımında hukuki sonucun tazminat ödeme yükümlülüğü biçiminde (şeklinde) tezahür etmesi halinde (hukuki görünüşün korunmadığı haller) görünüşe dayanarak işlem yapan kişilerin (hukuki) görünüşe güvenden doğan **olumsuz** zararlarının “giderilmesi söz konudur o kadar. Görülüyor ki, bu ihtimalde karşı tarafın güveninin korunması ana gayeyi teşkil etmektedir. Hal böyle olunca anılan durumları **güven**

zararının giderilmesi, bir başka deyişle tazminat ödenmesi söz konusu değildir”<sup>178</sup>.

v) Yine hukuki görünüş ilkesinde olgu ve bu olguyu yaratan resmi kurum ya da birey ile üçüncü kişi arasında özel bir hukuki ya da fiili bir ilişkinin bulunması zorunlu değilken<sup>179</sup>; aşağıda da görüleceği üzere hâkim şirketin güven sorumluluğunda güven yaratan taraf ile üçüncü kişi arasında özel bir hukuki bağ (*rechtliche Sonderverbindung*) aranır. Bu yüzdendir ki hukuki görünüş teorisinde bunun akdi sorumluluğa mı yoksa haksız fiil sorumluluğuna mı benzediği tartışmaları yapılmaz iken güven sorumluluğunun hukuki niteliği, taraflar arasındaki hukuki ve/veya fiili münasebetler nedeniyle doktrinde derin tartışmalar doğurmuştur<sup>180</sup>.

vi) Bundan başka hukuki görünüşte görünüşe yol açanın kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Görünüşün ilgiliye isnat edilebilmesi (*yol açma=Verursacherprinzip*) yeterlidir<sup>181</sup>. Oysa güven ilkesinde üçüncü kişinin zarara uğramasına yol açan güvene ilgili tarafından kusurlu biçimde sebebiyet verilmiş olması gerekir. Bunun istisnası BK m. 39/I c. 1’de (İsviçre BK m. 39/I) yer alan ve yetkisiz temsilci tarafından akdedilen sözleşmeye icazet verilmemiş olması halinde, sözleşmenin kurulmamış olmasından dolayı buna karşı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın dava açılabilmesi halidir<sup>182</sup>. Bu durumda yetkisiz temsilci karşı tarafta, sözleşmeyi geçerli bir temsil yetkisi olduğu halde akdettiği ve sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu/en azından bu yönden bir sakatlık taşımadığı yönünde güven yarattığı için bu durumun ortaya çıkmasında kusuru olmasa ve geçerli bir temsil yetkisini haiz olduğu hususunda iyiniyetli olsa da sorumlu tutulmuştur. Bu kusursuz sorumluluk, kanunun hukuki işlem güvenliğine yerinde olarak daha yüksek bir değer atfetmek istemesine bağlanmalıdır. Zira temsil yetkisi olmaksızın hareket eden kişinin eylemlerinden dolayı güveni boşa çıkan ve zarara uğrayan üçüncü kişilerin daha zayıf bir koruma altına alınması, kötü niyetli kişilere davetiye çıkarmak anlamına gelirdi. Kanun kusursuz sorumluluk öngörmüş olmasına rağmen bunu daha sonra yumuşatmış ve yetkisiz temsilcinin diğer tarafın sözleşmenin akdi sırasında temsil yetkisinin bulunmadığını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabileceğini belirtmiştir (BK m. 39/I c. 2).

vii) Bir diğer nokta ise hukuki görünüşte, kanun hükmü gereği aslında var olmayan durum (görünüş) sadece gerçekmiş gibi kabul edilir ve buna göre işlem görürken, bir diğer deyimle olgulara bu suretle bilfiil geçerlik

---

**nazariyesi** içinde ele alarak incelemek gerekir”, *ÜLGEN*, s. 20, (vurgular *ÜLGEN*’e aittir). Karş. *BUCHER*, in: *FS WALTER*, s. 244 vd.

<sup>178</sup> *ÜLGEN*, s. 22.

<sup>179</sup> *ÜLGEN*, s. 32.

<sup>180</sup> Bkz. *BUCHER*, in: *FS WALTER*, s. 244-245.

<sup>181</sup> *ÜLGEN*, s. 32.

<sup>182</sup> *BERGER*, *recht*, 6/2002, s. 212, 215.



tanınmış olmazken<sup>183</sup>, güven sorumluluğunda itibar ve güven yaratan fiillerin gerçek olmasıdır. Diğer yandan hukuki görünüşten kaynaklanan bir sorumluluk için hali hazırda bulunan/ortaya çıkmış olan bir “hukuki görünüşe” güvenilmesi söz konusu iken, güven sorumluluğunda gelecekte muhtemelen ortaya çıkacak (örn. ileride bir sözleşme akdedileceği, muhtemel kayıpların telafi edileceği, ileride ortaya çıkabilecek belli bir durumda şu veya bu şekilde hareket edileceği vaadi), bir olguya güven duyulmaktadır<sup>184</sup>.

**viii)** Diğer bir fark ise her iki sorumluluk kaynağının hukuki sonucunda ortaya çıkmaktadır. Hukuki görünüş teorisi uyarınca tazmin edilecek zarar “ifa zararları” (müspet zararı) (*Erfüllungshaftung*). Bu halde korunan “aynen ifa (*Realerfüllung*) yararları” ve zarar gören, görünüş gerçek olsaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmelidir. Zarar görenin zararını ve miktarını ispat etmesi de gerekli değildir. Güven sorumluluğu uyarınca ise zarar görenin gerçek durumu bilseydi, böylece güvenmese ve de bu yönde hareket etmeseydi, hangi durumda bulunacak idiyse yine bu duruma getirilmesi söz konusudur (*Ersatz des Vertrauensschadens*). Bu son halde korunan “bütünlük yararları” (*Erhaltungs- oder Integritätsinteresse*). İki kurum arasındaki bu fark, hukuki niteliklerinin farklı oluşundan doğan asli (*konstitutiv*) bir farktır<sup>185</sup>.

**ix)** Son olarak belirtilmelidir ki güven sorumluluğunda üçüncü kişinin gerçek durumu bilmesi onun güvenini haklı ve böylece korunmaya lâyık olmaktan çıkarırken (*güven yoksa koruma da yoktur; wo kein Vertrauen, da keine Haftung*)<sup>186</sup>, kanun, hukuki görünüşün bazı hallerinde (örn. TK m. 14/II, hatır bonoları), üçüncü kişinin gerçek durumu bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen istisnaen de olsa görünüşü gerçeğe üstün tutmuş ve üçüncü kişilerin menfaatlerine hanel getirmemiş, bir diğer deyimle bunların görünüşe güvenmiş olmasını şart koşmamıştır<sup>187</sup>. Bu son halde hukuki sonuçlar üçüncü kişinin subjektif tutumundan bağımsız doğmaktadır<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> ÜLGEN, s. 23.

<sup>184</sup> BERGER, recht, 6/2002, s. 215.

<sup>185</sup> BERGER, recht, 6/2002, s. 208. Ancak LOSER, Federal Mahkeme'nin bazı kararlarından (BGE 114 II 250, 120 II 197 ve 128 III 324) hareketle, güven sorumluluğunun güvenin sadece menfi değil (*negativer Vertrauensschutz*) aynı zamanda müspet korumasını da (*positiver Vertrauensschutz*) ihtiva eden iki fonksiyonlu bir sorumluluk sistemi haline geldiğini ifade etmektedir, Rz. 13. Federal Mahkeme böylece hukuki görünüş teorisi ile açıklanacak olayları da güven sorumluluğu içinde mütalaa etmiş olmaktadır. Bunun hukuki korumayı genişletme gibi pragmatik sebepleri olsa da dogmatik bakımdan izahının güç olduğu da belirtilmelidir.

<sup>186</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 246.

<sup>187</sup> ÜLGEN, s. 6-7, 28.

<sup>188</sup> Hukuki görünüşe örnek gösterilen (bkz. ÜLGEN, s. 176 vd.) TK m. 23/III'de ise teyit mektubu yazan tarafın, gerçeğe aykırı hususları bilerek mektuba eklemesi halinde, karşı tarafın cevap vermemesinin, mektup yazanın “isteğine” uygun bir sözleşmenin kurulmuş

Sayılan bu farklılıkların da gösterdiği gibi hukuki görünüş halleri ile güven ve topluluk güven sorumluluğu halleri ilk bakışta benzer gözükseler de temelde birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmakta ve farklı amaçlara etmektedirler. Bu sebeple uygulanmalarına hâkim olan prensipler de farklılık arz etmektedir. Aralarındaki tek ortak nokta ise “görünüşi” doğurmuş ve “güven yaratan davranışı” yapmış olanın tazminat yükümlüsü kişi olmasıdır<sup>189</sup>.

Alman doktrininde hâkim şirketin yavru şirketle birlikte hukuki görünüş esasına göre sorumluluğunun (*Haftung kraft Rechtscheins=Rechtsscheinhaftung*) kabul edildiği bir hal olarak, aynı adresin hem hâkim şirket hem de yavru şirket için merkez olarak gösterilmesi ve kullanılması, telefon numarası, faks, telgraf gibi iletişim adreslerinin aynı olması, unvanların iltibas derecesinde benzer olması ya da yavru şirketin üçüncü kişilerle olan işlemlerinde fiilen hâkim şirketin unvanını kullanması ya da tersi durum<sup>190</sup>, hâkim şirketle yavru şirketi temsile yetkili olanların ve diğer personelin büyük çoğunluğunun aynı kişilerden oluşması, yine her ikisinin aynı mevzularda faaliyet göstermesi, aynı iş bürolarının kullanılması gibi örnekler verilerek, bu durumlarda farklı gerçek ya da tüzel kişilere ait hukuk ve malvarlığı çevrelerinin birbiri ile karıştırılmasından dolayı sorumluluğun söz konusu olacağı belirtilmektedir (*Haftung aus Sphärenvermischung*)<sup>191</sup>. Gerçekten anılan hallerde üçüncü kişiler, karşılarındaki (tüzel) kişinin (süje)

---

sayılması sonucunu vermeyeceği, bir diğer deyimle gerçek durumu bilmenin görünüşün geçerlik kazanmasını engelleyeceği ittifakla kabul edilmekle (bkz. sadece ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2001, s. 143; NOMER-ERTAN, Fusun (ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan): Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s. 229, N. 691; CANARIS, C. Wilhelm: Handelsrecht, 23. Aufl., München, 2000, s. 453 Rn. 41), bu halde hukuki durumun güven sorumluluğuna yaklaştığı söylenebilir.

<sup>189</sup> BERGER, recht, 6/2002, s. 215.

<sup>190</sup> OLG Nürnberg, WM 1955, s. 1566 vd.; BGH WM 1985, 54 vd.; OLG Frankfurt, 1980, 1397 vd.; OLG Düsseldorf, ZMR 1972, s. 307 (DRÜKE, Heiner: Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft, Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht), Diss., Köln vd., 1990, s. 82, 83-84; BGH, JuS 1979, s. 212; BGH, NJW-RR 1986, s. 456; BGHZ 62, 224 vd.; BGH, WM 1990, s. 600 (SCHMIDT, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991, s. 202-203).

<sup>191</sup> DRÜKE, s. 81, 83; K. SCHMIDT, büyük miktarlardaki malvarlığı değerlerinin hangi işletmeye/şirkete ait olduğunun, malvarlıklarının ayrı süljelerle ait olduğunu iddia edenlerce yeterli kesinlikte ortaya konulamaması halinde, malvarlıklarının birbirine karışmış olduğunun (*Sphärenvermischung=Vermögensvermengung*) kabul edilmesi gerektiğini ve bu halde farklı sorumluluk fonlarından bahsetmenin de artık mümkün olmadığını belirtmektedir, s. 201. Yine Yazara göre, süljeler arasındaki ayrılık, üçüncü kişilerin bunu anlamalarını mümkün kılacak biçimde açığa vurulmadığı takdirde “çevrelerin karışmasının sorumluluk kurucu etkisi” (*haftungsbegründende Sphärenvermischung*) söz konusu olur. Zira süljelerin ve böylece sorumluluk fonlarının ayrı olduğunun gerektiği gibi yansıtılmamasından, bunun için çaba sarf etmemiş olan şirketin (yavru şirket) ya da ortaklarının (örn. hâkim şirket) hukuki güvenliğin aleyhine olacak şekilde yararlanması düşünülemez, s. 202.

gerçekte kim olduğunu tespit etmekte güçlük çekecek ve neticede de bilerek yaratılan kimlik karışıklığı (*Identitätstäuschung*) sebebiyle de görünüşü gerçek gibi algılayabileceklerdir. Zira böylelikle üçüncü kişilerde (“kim sorumlu olacak/ödeyecek?” sorusu bağlamında) hukuki birlik görüntüsü verilmektedir. Burada sorumluluğun hukuki dayanağı, hukuki görünüş olmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre Alman TK m. 25’de (işletmeyi -sağlararası işleme- devralanın unvanı kullanmaya devam etmesinden doğan sorumluluğu) yer alan esaslar<sup>192</sup> yanında, Alman mahkemelerince geliştirilmiş olan içtihatlardan istifade edildiği de belirtilmelidir<sup>193</sup>.

Diğer yandan İsviçre doktrininde güven sorumluluğu, bu kavram altında mütalaa edilen ve özünde, tehlikelerden arındırılmış alan görünümü yaratılarak, buralara üçüncü kişilerin girmesi sağlanıp sonradan da tehlikenin ve zararın doğmasının yattığı bazı somut olaylardan<sup>194</sup> da hareketle, yapı malikinin (*Werkeigentümerhaftung*, İBK m. 58; BK m. 58), hayvan tutucusunun (*Tierhalterhaftung*, İBK m. 57; BK m. 57) ve ürün sahibinin sorumluluğuna (*Produkthaftung*; karş. 4703 s. Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması H. Kanun<sup>195</sup> m. 5/I, II-III) benzetilmektedir<sup>196</sup>. Ancak Tasarı m. 209’da ifadesini bulmuş haliyle hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğunu bu sayılanlarla özdeşleştirmek zorlama olacaktır. Diğer yandan “topluluk itibarı” kullanılarak, zarara uğranılmayacağı yönünde güven (tehlikelerden arındırılmış hukuki alan) oluşturulması; zararın, doğrudan güven yaratanın fiiliyle değil, aksine zarara uğrayanın kendi fiili (sözde tehlikeden arındırılmış alana girmek=itibara güvenerek bir topluluk şirketi ile ilişki kurmak) neticesinde doğması gibi en azından sorumluluğun doğumunda aranan şartlar (*Tatbestandsvoraussetzungen*) bakımından bir takım “benzerlikler” de dikkat çekmiyor değildir.

### **C) Tasarı m. 209’un Türk Şirketler Topluluğu Hukuku (Tasarı m. 195 vd.) Sistemi İçindeki Yeri**

Tasarı m. 209 şirketler topluluğu hukukunda sorumluluk öngören tek hüküm değildir. Tasarı’da hâkim ve yavru şirketlerin sorumlu olduğu başka hallere de yer verilmiştir. Bunlardan üçü hâkim şirket-yavru şirket

<sup>192</sup> Bkz. *CANARIS*, s. 121 vd.

<sup>193</sup> *DRÜKE*, s. 85; *K. SCHMIDT*, s. 202-203.

<sup>194</sup> Kayak pisti kazaları, alışveriş sırasında mağazada kazaya uğrama, müsabakaya katılan ve başarılı olan sporcuları yapılan vaade rağmen başarısız sayma ve turnuvaya göndermeme (*Güreşçi Davası*).

<sup>195</sup> RG T. 11.07.2001 S. 24459. Ancak bu Kanun’un ürün sorumluluğu hususunda tereddüde yer vermeyecek bir “üretici sorumluluğu” (örn. Bkz. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, (15.12.1989, BGBl. I S. 2198) m. 1, 7-10) öngördüğü söylenemez (karş. m. 10-13).

<sup>196</sup> *BUCHER*, in: *FS WALTER*, s. 245-246.

ilişkileriyle ilgili iken, bir diğeri de hâkim şirket yönetim kurulu üyesinin bireysel haksız fiil sorumluluğunu ilgilendirmektedir. Ayrıntılarına girmeksizin bunlar şu şekilde ifade edilebilir: *i*) Tasarı m. 202/1-b ve c’de yavru<sup>197</sup> şirketin pay sahiplerine ve bu şirketin alacaklılarına, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı biçimde (bkz. Tasarı m. 202/1-a, 2 c. 1) kullanması sonucu ortaya çıkan zararın Tasarı m. 202/1-b’de belirtildiği şekliyle denkleştirilmemiş olması halinde, hâkim şirkete ve ilgili yönetim kurulu (bkz. Tasarı m. 195/6) üyesine tazminat davası açma hakkı verilmiştir; *ii*) Tasarı m. 202/2’de ise hâkimiyetin uygulanması sonucu gerçekleştirilen ve yavru şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve esas sözleşme değişikliği gibi önem taşıyan işlemlerden zarar gören pay sahipleri, bu yöndeki kararlara çekince koymuş olmak kaydıyla hâkim teşebbüsten<sup>198</sup> bunun tazminini talep edebilirler<sup>199</sup>; *iii*) Tam hâkimiyet halinde (bkz. Tasarı m. 203/1 c. 1), hâkim şirketin yavru şirkete verdiği ve bunun da uymak zorunda olduğu talimatlardan dolayı yavru şirketin uğramış olduğu zararların usulünce (Tasarı m. 206/1 c. 1) denkleştirilmemesi halinde, yavru şirketin alacaklıları doğan zararların tazminini hâkim şirketten ve bunun ilgili yönetim kurulu üyelerinden talep edebilirler (Tasarı m. 206/1); *iv*) Tasarı m. 199/4’e göre hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, hâkim şirket yönetim kurulu başkanından yavru şirketlerin durumlarıyla ilgili çeşitli bilgilerin açıklanmasını isteme hakkını haiz olmakla birlikte bunun, “üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapılması”<sup>200</sup> halinde sonuçlarından sorumlu tutulmuştur (Tasarı m. 199/4 son).

Tasarı m. 209, yukarıda belirtilen sorumluluk hallerinden muhtelif açılardan ayrılmaktadır. Öncelikle belirtilmesi gereken nokta Tasarı m. 209 ile yukarıda belirtilen sorumluluk öngören diğer hükümlerin düzenleme konuları farklı olduğundan, m. 209’un bunlarla yarışma ilişkisi (*Anspruchskonkurrenz*) içinde olması söz konusu değildir. Tasarı m. 202/1-b ve c ve 206/1’de yer alan sorumluluk hallerinde, sorumlulara bundan

<sup>197</sup> Tasarı 195/4 c. 2’de “hâkim şirketler ana; bağlı şirketler yavru şirket konumundadır” denildikten sonra, m. 195-209’da “yavru şirket” ifadesinin bir daha hiç kullanılmaması ve bunun yerine “bağımlı şirketin” tercih edilmesi ilginçtir.

<sup>198</sup> Tasarı m. 202/2’de sorumlu olarak “hâkim teşebbüsten” m. 202/1, 206 ve 209’da ise “hâkim şirketten” söz edilmesi yerinde olmamıştır. Terimde birlik açısından m. 202/2’de de “hâkim şirket” ifadesinin tercih edilmesi yerinde olacaktır. Aynı sorun Tasarı m. 202/5 için de geçerlidir.

<sup>199</sup> Burada pay sahiplerine tazminat davası yanında paylarının borsa değeri ya da “gerçek ya da genel kabul gören bir yonteme göre belirlenecek değerle” satın alınmasını isteme hakkı da tanınmış olduğu da belirtilmelidir.

<sup>200</sup> Tasarı m. 199/4 son’da yer alan “istemde bulunan yönetim kurulu üyesinin, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur” cümlesinin örneğin “istemde bulunan yönetim kurulu üyesinin, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla **yapmış olması, sorumluluğunu gerektirir**” şeklinde değiştirilmesi, metindeki anlatım hatasının giderilmesi bakımından yerinde olacaktır.

kurtulma imkânı tanınmış olmasına rağmen (Tasarı m. 202/1-d; 206/1 c. 2 ve 206/2), m. 209 için bu mümkün değildir. Yine Tasarı m. 202’de öngörülen sorumluluk hali için bir ve iki yıllık kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüşken (Tasarı m. 202/2 son), diğer hallerde *özel* bir zamanaşımı söz konusu değildir. Tasarı m. 209 dışındaki tazminat davalarının tarafları, hâkim şirket ya da bunun yönetim kurulu üyeleri ile yavru şirket ortakları ya da bunun alacaklıları iken Tasarı m. 209’da hâkim şirket ile üçüncü kişiler davalı ve davacı konumundadırlar. Beş davanın ortak özelliği ise hepsinin tazminat davası olmasıdır. Bu sebeple Tasarı m. 209 dışındaki sorumluluk hallerinin, hâkim şirketin aslında kendisiyle doğrudan bir hukuki bağı olmayan yavru şirket ortakları ile bunun alacaklılarına, topluluk ilişkisi içinde yönelmiş eylemleri sebebiyle ortaya çıkan zararların kanundan doğan tazmini yükümü olarak nitelendirilmesi mümkündür. Eğer Tasarı’da bu türden hükümler olmasaydı, yavru şirket ortak ve alacaklılarının hâkim şirkete karşı başvuracakları dayanak öncelikle BK m. 41 vd. olacaktı. Zira belirtildiği gibi bunların hâkim şirketle aralarında bir şirket sözleşmesi ya da diğer bir sözleşme olmadığından, taleplerini dayandırabilecekleri tek kaynak olarak haksız fiil hükümleri öne çıkmaktadır.

#### **D) Tasarı m. 209’un Uygulanma Şartları**

##### **1- Genel Olarak**

Tasarı m. 209, gerek bizatihi, gerek m. 195 vd. bütünlüğü içinde ve gerekse de İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararları ile buna ilişkin literatürde öne sürülen görüşler çerçevesinde değerlendirildiğinde topluluk güven sorumluluğunun doğumunun birçok şarta (*Tatbestandselemente*) bağlanmış olduğu görülmektedir. Bu şartların alternatif değil kümülatif şartlar olduğuna şimdiden işaret edilmelidir. Aşağıda bu şartlar ele alınmaya çalışılacaktır. Ancak “itibar” ve “güvenin” özünde birer “duygu” olmaları bunların hukuki çerçevesini çizmeyi zorlaştırmaktadır<sup>201</sup>. Konuyu pozitif olarak düzenlememiş olan İsviçre Hukukunda ise konzern güven sorumluluğunun klasik yaklaşıma uygun olarak *zarar (Schaden)*, *nedensellik (Kausalität)*, *kusur (Verschulden)* ve *özel hukuki bağ (rechtliche Sonderverbindung)* şeklinde dört ana şarta bağlandığı belirtilmelidir<sup>202</sup>.

##### **2- Uygulanma Şartları**

###### **a) Tasarı m. 195 ve 197’de Tanımlanan Türden Bir Şirketler Topluluğu Bulunmalı:**

Tasarı m. 209 açısından, itibarın kullanımı sırasında hukuki anlamda bir şirketler topluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti hiç şüphesiz önem taşımaktadır. Tasarı’da düzenlenen “şirketler topluluğu” hukukunun, bunun uygulanması için temel şart olan şirketler topluluğunu tespit eden hükümleri,

<sup>201</sup> SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1036.

<sup>202</sup> DIEM, s. 5 vd., 29 vd.; ayrıca bkz. SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1035 vd.

m. 195 ve bununla yakın bağlantı içinde olan m. 197'dir. Deyim yerindeyse şirketler topluluğu hukukunun giriş kapısını teşkil eden bu maddelerde Türk hukukunda ne zaman bir şirketler topluluğundan bahsedilebileceği açıklanmıştır. Aşağıda teknik ayrıntılara ve bir mukayeseye girilmeksizin Tasarı'da yer verilen esaslar ifade edilecektir.

Şirketler topluluğunun tanımının yapıldığı Tasarı m. 195/4 c. 1'e göre "hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur". Diğer bir deyimle "şirketler topluluğu", hâkim şirket (*ana şirket*) ile buna doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerden (*bağlı/yavru şirket*) oluşur. Hâkim şirket bir ticaret şirketi (bkz. Tasarı m. 124/1) olabileceği gibi bir teşebbüs de (gerçek kişi, adi şirket, dernek, vakıf veya kamu tüzel kişisi<sup>203</sup>, karş. Tasarı m. 195/6) olabilir (Tasarı m. 195/1-a, 195/5). Ancak bağlı şirketin her halde bir ticaret şirketi olması zorunludur. Tasarı m. 195/5'deki istisna hâkim teşebbüsler için öngörülmüştür.

Tasarı, şirketler topluluğundan söz edilebilmesi için iki ayrı durumun (*Konzerntabestand*) gerçekleşmesini istemiştir: Bunlardan ilki, m. 195/1-a b. 1-3 ve b'de sıralanmış olan ve hâkimiyetin var olduğu kabul edilen olgulardır. Bir ticaret şirketi<sup>204</sup> diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya

<sup>203</sup> Hükümet Tasarısı m. 195/6'nın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "195 inci madde Almanya başta olmak üzere hemen hemen tüm ülkelerin şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinin aksine, şirketler topluluğunun sermaye şirketlerinden oluşmasını öngörmüş, 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 "işletme"lerin, topluluk üyesi olmasını kabul etmemiştir. Sistemimize göre yukarıda da açıklandığı gibi bir kolektif ve komandit şirket, bir topluluk şirketi olamaz. Bunun kapsamlı bir istisnası altıncı fıkrada öngörülmüştür. Diğer bir istisna 198 inci maddenin birinci fıkrasında yer almakta, bildirim yükümünün kapsamına şahıs şirketlerindeki paylar da girmektedir. Bir şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticarî işletme bulunabilir. Bunların merkezleri veya yerleşim yerleri yurt dışında da bulunabilir. Tüm bu olgular söz konusu topluluğun şirketler topluluğu kabul edilmesine engel olmaz, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanmamasının gerekçesini oluşturamaz", Tasarı m. 195/6'nın Alt Komisyonca değiştirilmeden önceki hali "*şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması halinde, 195 ilâ 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır. Konsolide yıl sonu tablolarına ilişkin hükümler saklıdır*", şeklindedir, bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>204</sup> Tasarı, uygulamada şirketler topluluğunun hemen her zaman sermaye şirketlerinden oluştuğu gerçeğinden hareketle, şirketler topluluğunu tanımlarken "teşebbüs" kavramı yerine "ticaret şirketi" kavramını tercih etmiştir. Bu bakımdan Tasarı m. 195/1 hükümde yer alan "ticaret şirketi" kavramı yerine "teşebbüs" kavramı konularak da okunabilir (karş. Tasarı m. 195/5 c. 1).

dolaylı<sup>205</sup> olarak, *i*) oy haklarının çoğunluğuna sahipse<sup>206</sup>; *ii*) şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse; veya *iii*) kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa (Tasarı m. m. 195/1-a b. 1-3); veya *iv*) bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince (bkz. Tasarı m. 198/3) veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa (Tasarı m. 195/1-b) “şirketler topluluğu” bir başka deyimle de “hâkimiyet ilişkisi”, aksi ispat edilemeyecek şekilde<sup>207</sup> var kabul edilir.

Tasarı m. 195/2’de ise hâkimiyetin kurulmuş olduğuna ilişkin bir *karine* öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre bir ticaret şirketinin, Tasarı m. 195/1’de öngörülen hâller dışında diğer bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, diğer şirket üzerindeki hâkimiyetine *karine* kabul edilir. Bu karinenin aksinin ispat edilmesi mümkündür<sup>208</sup>.

Tasarı m. 197’de de topluluk üyesi “*sermaye şirketlerinin*” karşılıklı iştirak etmiş olması hali düzenlenmiştir. Buna göre bu şirketlerin birbirlerinin paylarına en az dörtte bir oranında iştirak etmiş olmaları halinde “*karşılıklı iştirak*” hali söz konusudur ve yine bunlardan biri diğeri üzerinde hâkim durumda ise (Tasarı m. 195/1-2) şirketler topluluğundan söz edilir. Üzerinde hâkimiyet tesis edilmiş şirket de bağlı şirket kabul edilir. Tasarı bu maddesinde sermaye şirketlerine özgü olmak üzere bir şirketin aynı anda hem hâkim hem de yavru şirket olabileceğini ifade etmiştir.

“Tasarı m. 195 ve 197’de tanımlanan türden bir şirketler topluluğu bulunması” şartı objektif bir şarttır. Bir diğer deyimle üçüncü kişilerde, birden fazla şirket arasında bir şirketler topluluğu ilişkisi bulunduğu yönünde gerçekte uyuşmayan bir kanaat uyanması, bu şartın gerçekleşmesini sağlamaya yetmeyecektir. Tasarı m. 209’un lafzı ve m. 195 vd.’nda ortaya konulan sistem dikkate alındığında, ne üçüncü kişilerin hatalı değerlendirmeleri ne de bir ya da birkaç şirketin şirketler topluluğu “görünüşi” yaratması, üçüncü kişiler bakımından sanki şirketler topluluğu varmış gibi hukuki sonuçlar doğmasını sağlamaya yetmeyecektir. Bunun bir istisnası Tasarı m. 198 çerçevesinde yapılan ve ortada bir şirketler topluluğu

<sup>205</sup> Tasarı’da dolaylı hâkimiyet “bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması” şeklinde tanımlanmıştır (bkz. Tasarı m. 195/3).

<sup>206</sup> Sahip olunan pay miktarlarındaki değişikliklerin tescil ve ilân yükümlülüğü hakkında bkz. Tasarı m. 198/1.

<sup>207</sup> Hükümet Tasarısı m. 195/1’in gerekçesinde burada bir “*faraziye*” öngörülmüş olduğundan bahsedilmektedir, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>208</sup> Bkz. Hükümet Tasarısı m. 195/2’nin gerekçesi <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

bulunduğu yönündeki yanlış veya doğru tescil ile bunun yanlış ilânına iyiniyetle güvenen kişinin durumudur (karş. Tasarı m. 37/1). Ancak bu halde de Tasarı m. 209'un aradığı şartlar aranmaya devam edecektir. Zira sicile güven, sadece topluluğun gerçekten varlığı unsurunu gereksiz kılacaktır. Yoksa topluluk itibarının kullanılmış olması halen aranan bir şarttır. Diğer yandan şartları mevcutsa yetkisiz temsile ilişkin esaslar da uygulama alanı bulabilir. Bunun dışında bir şirketler topluluğunun varlığına iyiniyetle "güvenmek", daha açık deyimle bazı olguları bir topluluğun varlığına "yormak", *Tasarı m. 209 çerçevesinde* herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

Tasarı m. 195 vd.'nin ve bu arada m. 209'un bir diğer tatbik şartının, ya hâkim teşebbüsün merkezinin veya yerleşim yerinin ya da yavru şirketlerden birinin merkezinin Türkiye'de bulunması olduğu da ayrıca belirtilmelidir (Tasarı m. 195/1 son; 195/5 c. 1).

***b) Şirketler Topluluğunun Topluma Veya Tüketicilere Güven Veren Düzeye Ulaşmış Bir İtibarı Bulunmalı:***

*aa) Genel Olarak:* "İtibar", TK'nda kullanılan bir terim olarak Türk Ticaret Hukukuna yabancı değildir. Nitekim TK m. 58/I'de "*mesleki itibardan*", m. 139 b. 6 ve 246/II'de ise "*ticari itibardan*" söz edilmiştir. Tasarı m. 56/1, m. 127/1-f, 307/II, 342/1, 581/1 ve m. 209 de sırasıyla "*mesleki itibar*", "*ticari itibar*" ve "*topluluk itibarı*" ifadelerini kullanmıştır. Belirtilen bu hallerde bir yanda haksız rekabet sonucu zedelenen "mesleki itibarın" ilgiliye dava hakkı verdiği, diğer yanda ise kolektif ve adi komandit şirketlerde "ticari itibarın" sermaye olarak kabul edildiği, komanditerler ile anonim ve limited şirket ortakları için ise bunun mümkün olmadığı görülmektedir. Anılan düzenlemelerde "itibara" farklı işlevler yüklenmiş olduğuna dikkat çekilmelidir.

*İtibar* kelimesi, TDK sözlüğünde "saygınlık" ve "borç ödemedeki güvenilir olma durumu, kredi" olarak açıklanmaktadır. Tasarı m. 209'un anlam bütünlüğü içinde deyim yerindeyse "anahtar" bir işleve sahip "itibarın" burada da "saygınlık" anlamında kullanıldığına kuşku yoktur. Beraberinde "güven" de getiren saygınlık; bilinirlik ve tanınmışlıktan farklı ancak bunları da kapsayan, bunların sonucunda ortaya çıkan, fakat oluşumu ve özellikle sürekliliği sadece ilgilinin davranışlarına ve konumuna değil, üçüncü kişilerin değer yargılarına, algılamalarına ve yer yer içinde bulunulan zaman ve mekâna da bağlı olan dinamik bir durumdur. İtibar/saygınlık taraflar arasındaki maddi-manevi bir etkileşim sonucunda ortaya çıkmaktadır. Niteliği gereği göreceli bir büyüklük olan saygınlığın, değişik yollarla "ölçülmeye" çalışıldığı ve işletmelerin de stratejilerini bu ölçüm sonuçlarına göre belirlediği ve uyguladığı bilinmektedir. Saygınlığın oluşumunda ilgilinin eylemleri kadar bunların, (tanımlanması güç) üçüncü kişilerce algılanma biçiminin de (olumlu ya da olumsuz) rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim itibar oluşturmaya veya yenilemeye



yönelik bir takım reklâm mesajlarının bazı hallerde hedef kitlelerde beklenen sonuçları doğurmaması ve ürünün ya da işletmenin pazarda tutunamaması da bu yargıyı desteklemektedir.

“İtibar kavramına” Tasarı m. 209’da olduğu gibi sorumluluk hukuku alanında “anahtar” bir hukuki anlam ve işlev yüklenmeye çalışılması, birtakım çelişkileri ve zorlukları da beraberinde getirmiş gözükmektedir. Bunlardan birisi, itibarın oluşması ve sürmesinde topluluğa *itibar eden/güvenen* üçüncü kişilerin algılama ve tutumlarının bir rol oynamasına karşın, yine bu üçüncü kişilerin zarara uğradıkları iddiasıyla zararlarının tazmin edilmesini istemeleri durumudur. Bir diğer deyimle hem güvenen ve hem de bundan zarar gördüğünü iddia eden kişinin aynı olması, çelişki görünümü vermekte ve “itibarın” hukuki bir kıstas olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Ancak bu çelişki görünüştendir ve soruna klasik akdi sorumluluk-haksız fiil sorumluluğu penceresinden bakılmasından kaynaklanmaktadır. Zira güven sorumluluğunun ortaya çıkmasının sebebi ve bunu diğer sorumluluk kaynaklarından ayıran husus tam da budur: Zararın, potansiyel tazminat yükümlüsünün fiili veya buna isnat edilebilir bir diğer olay sebebiyle değil, zarar görenin kendi davranışı neticesinde doğması, bir diğer ifadeyle zarar görenin kendisine, kendi fiili ile zarar vermesidir. Normal olarak kişinin kendisine zarar vermesinden dolayı üçüncü kişinin sorumluluk yüklenmesi söz konusu olamaz. Ancak üçüncü kişinin güven sorumluluğu uyarınca tazminat yükümlüsü kılınmasının sebebi, bunun zarara gören tarafta güven yaratmak suretiyle, bunun kendisine zarar verecek bir davranışta bulunmasına yol açmış, buna davetiye çıkarmış olmasıdır<sup>209</sup>.

Zarar doğuran olgunun bizzat zarar gören tarafından gerçekleştirilmesi hususunun, daha açık bir deyimle, kişinin kendisine zarar vermesinin ve bundan da bir üçüncü kişinin sorumlu tutulmasının, “güven sorumluluğunu” gerek akdi gerekse haksız fiil sorumluluğundan ayırdığı az önce ifade edilmişti. Bu son iki halde, zarar görenin eylemleri, zarar verenin sorumluluğunun varlığına ve kapsamına belirli hallerde (meşru müdafaa, BK m. 52/I; müterafik kusur, BK m. 44, 98/II) etki ederken, “güven sorumluluğunda” itibara güvenip iktisadi menfaat temin etmek amacıyla yapılan eylem, sorumluluğun ortaya çıkmasının olmazsa olmaz şartını teşkil etmektedir. Böylece Tasarı m. 209 ile bireyin hukuki sorumluluğunun, bunun zarar veren eylemlerine bağlı olduğu (BK m. 41 vd., 96 vd., 61 vd.)

<sup>209</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 248 ve 255; aynı yönde *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW 2/2001, s. 63, Yazarlar, sırf bir topluluğun itibarına duyulan güvenin, üçüncü kişilerin bu topluluğa dahil bir yavru şirketle hukuki ilişkiye girerken, normal şartlarda katlanmayacakları riskleri, edim karşı edim dengesini çok da dikkate almadan hiç teminatsız ya da daha az bir teminatla üstlenmelerine yol açabildiğini belirtmektedirler. Bu, genelde güven sorumluluğunun özelde ise topluluk güven sorumluluğunun özünü anlatması itibarıyla oldukça önemlidir.

tezi, zarar görenin fiiliyle de sorumlu olunabileceği teziyle tamamlanmış olacaktır. Esasen bu husus genel özellikleri itibariyle, vekâletsiz iş gören kimsenin BK m. 413-414 çerçevesinde iş sahibine karşı olan hakları ile benzerlik arz etmektedir. Zira burada da bir kişiye (iş sahibine), kendi iradesi dışında, üçüncü kişinin herhangi bir yetkisi olmadan yaptığı eylemden dolayı sorumluluk yüklenmesi söz konusudur<sup>210</sup>. Bu bakımdan Tasarı m. 209'un sorumluluk hukuku alanında, sorumlu-zarar gören ilişkisi bakımından “yabancı” bir unsur olduğunu söylemek yanlış olacaktır.

**bb) Tasarı m. 209'un Wibru/Swissair Kararı'ndan Farkı ve “İtibar” Kavramına Yer Verilmesinin Sebepleri Üzerine:** Tasarı m. 209'un gerekçesinde “Türkiye bu hüküm ile, Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Wibru/Swissair kararı (BGE 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern'in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülke [...]” olmuştur denilmektedir<sup>211</sup>. Ancak Tasarı m. 209'a referans olan Wibru/Swissair Kararı incelendiğinde, Federal Mahkeme'nin Swissair Konzerninin tanınırlığı, itibarı ya da bu itibarın güven veren bir düzeye erişmiş olup olmadığı üzerinde hiç durmadığı ve hükmünü de bu noktaya dayandırmadığı görülmektedir. Hatta davacı şirket Wibru AG iddialarında, “üyelik sözleşmesini yaparken, finansal bakımdan zayıf olan IGR'ye değil, Swissair'e ve bunun o zamanki finansal gücünden, güvenilirliğinden ve dürüstlüğünden kaynaklanan imajına güvendiğini” ileri sürmüş olmasına rağmen<sup>212</sup>, Federal Mahkeme kararında Swissair'in sorumluluğunu, bunun itibar ve imajından kaynaklanan “toplumsal güvene” dayandırmamıştır. Federal Mahkeme'nin sorumluluğa esas aldığı nokta, Swissair'in toplumdaki itibarı ve bundan kaynaklanan güven değil (karş. Tasarı m. 209), aksine Wibru AG ile girdiği somut dolaylı ilişki bağlamında bunda oluşan güven ile bu güven sebebiyle girilmiş ve uygun zamanda da sona erdirilmemiş hukuki ilişki olmuştur<sup>213</sup>. Yine karardan, zarar görenin duyduğu güvenin kaynağının “topluluk itibarı” olması, aksi ifade ile güvenin, topluluk itibarının etkisiyle oluşmuş olması gibi bir gereklilik de (sorumluluğun şartı) karardan anlaşılammaktadır. Karar değerlendirildiğinde, zarar görene somut olay bağlamında güven verilmiş olmasının yeterli olacağı anlaşılmaktadır.

<sup>210</sup> Vekâletsiz iş görenin unsurları hakkında bkz. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, C. II, 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 678 vd.

<sup>211</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005). Ayrıca bkz. DRUEY, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e ARMAĞAN, s. 338-339.

<sup>212</sup> BGE 120 II 331, 333.

<sup>213</sup> Federal Mahkeme bu görüşünü “[...] güvenin korunmaya lâyık olması, hâkim şirketin davranışlarının, yeterli derecede somut (*hinreichend konkret*) ve belirli beklentiler (*bestimmte Erwartung*) oluşturmaya elverişli olmasına bağlıdır [...]” demek suretiyle Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı'nda da yinelemiştir, (BGE 124 III 297, 304).

Bu güvenin oluşmasında, topluluğun somut olaydan bağımsız olarak zaman içinde oluşmuş itibarı belirli bir rol oynamış olabilir. Federal Mahkeme *Musikvertrieb/Motor-Columbus ve Omni Holding Kararlarında* da itibarın toplumda belli bir düzeye erişmiş olup olmadığı üzerinde durmamıştır.

Konzernin ya da hâkim şirketin tanınmışlığının, sorumluluğun *kurucu şartı* olarak görülmeyen İsviçre literatüründe topluluğun/hâkim şirketin toplumsal tanınırlığı ve -bununla etkileşim içindeki- imajı (*Bekanntheitsgrad des herrschenden Unternehmens*) üçüncü kişinin güveninin büyüklüğü bakımından sadece ayırıcı kriter olarak kullanılmakta olup, tanınırlığın ve olumlu imajın üçüncü kişilerin kararlarını etkileyeceği, tanınırlık derecesi arttıkça güvenin büyüklüğünün de artabileceği belirtilmektedir<sup>214</sup>. Bu durumda, yavru şirket tarafından itibarın kullanılması bağlamında yapılan eylemler göreceli olarak “az”, “küçük” ve “önemsiz” de olsalar, bunlar sırf tanınırlığı ve imajı yüksek bir topluluktan kaynaklandığı ve üçüncü kişilerin güven duymalarına doğrudan da etki ettikleri için artık hâkim şirket tarafından itibarın hiç kullanılmadığı ya da güven uyandıracak düzeyde kullanılmadığı ve bu yüzden de üçüncü kişinin güveninin korunmaya lâyık olmadığı iddiası dinlenmeyecektir. Tanınırlığı düşük ya da tanınmış olup da imajı olumsuz olan topluluklarda hâkim şirketin güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ise bunun yavru şirketle potansiyel müşteri arasındaki müzakerelere dahil olmuş ve özel beyan ve teminatlar vererek karşı tarafı örn. sözleşmeyi akdetmeye ikna etmiş olması aranmaktadır<sup>215</sup>. Sonuç olarak İsviçre Hukuku bakımından, tanınmış topluluklarda hâkim şirketin güven sorumluluğuna gidilebilmesi için bunun, itibarın kullanılmasını teşkil eden eylemlerde pasif kalması yeterli kabul edilirken, tanınmamış konzerne de ise hâkim şirketin müzakerelere karşı tarafın kararını etkileyecek biçimde müdahale etmiş olması arandığı söylenebilir.

İşte bu nokta, Tasarı m. 209’u, -aşağıda da görüleceği üzere- esin kaynağı *Wibru/Swissair Kararı*’ndan ayırmaktadır. Hal böyle olunca Tasarı m. 209’un *Wibru/Swissair Kararı* ile güdülen amaç ve hukuki sonuç bakımından bağdaşmasına rağmen, sorumluluğun doğmasına yol açan şartlar (*Tatbestandsvoraussetzung*) bakımından bundan ayrıldığı tereddütsüz söylenebilir. Diğer bir deyimle benzer hukuki sonuçlar, farklı temel taşları (sorumluluk şartları) üzerine bina edilmiştir.

Ancak Tasarı’nın *Wibru/Swissair Kararı*’ndan güven sorumluluğunun doğum şartının “topluluk itibarı” ve bunun üçüncü kişilerde yarattığı güven olduğu sonucunu çıkartmakta yalnız olduğu söylenemez: Nitekim İsviçre doktrininde *von der CRONE/WALTER* de *Wibru/Swissair Kararını* inceledikleri ve bir topluluk sorumluluk modeli oluşturmaya çalıştıkları makalelerinde, yavru şirketlerin topluluğun ya da bizzat hâkim şirketin

<sup>214</sup> *DIEM*, s. 18-19.

<sup>215</sup> *DIEM*, s. 19; aynı yönde *LUTTER*, in: *GS KNOBBE-KEUK*, s. 240.

itibarına dayanmak, bundan yararlanmak için (*Reputationsleihe=Anleihe an der Reputation des Konzerns oder der Konzernmutter*) üçüncü kişilerle temasa geçmek amacıyla yaptıkları reklâmlarda, gönderdikleri mektup, bülten, açıklama vs.de ve sürdürdükleri müzakerelerde, konzernin adını ve/veya işaretlerini kullanmak suretiyle, bir şirketler topluluğuna dâhil olduklarını topluma ilân ettiklerini (*Kundgabe der Konzernintegration=Konzern-erklärung*) ifade etmişlerdir<sup>216</sup>. Yavru şirketleri buna iten saik ise, topluluk ya da hâkim şirket itibarının (*Reputation*) toplumdaki algılanabilirliğidir (*Perzeption im Publikum*)<sup>217</sup>.

Açıklamalarımız sonucunda Tasarı'nın topluluk güven sorumluluğunu düzenlerken sorumluluğun doğum şartlarını belirlemekte -haklı olarak- hassas davranmış olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede Tasarı, her ne kadar *Wibru/Swissair Kararı*'ndan esinlenmiş olsa da kararın özünü yazılı hukuk kuralı haline getirirken, deyim yerindeyse kendi modelini yaratmıştır: Tasarı m. 209'da öngörülen modelin anahtar kavramı, yukarıda da belirtildiği gibi "itibar" olmuştur. Nitekim m. 209'un metni de bu görüşü destekler niteliktedir: "Hâkim şirket, topluluk **itibarının**, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu **itibarın** kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur". Metinde her ne kadar "topluluk itibarından" bahsedilmiş olsa da, "topluluk" kelimesine meselenin doğası gereği yer verildiğinden, "itibar" kadar teknik bir öneme sahip değildir. Tasarı m. 209 metnine "itibar" kavramının alınmasının sebepleri üzerine ise şunlar ifade edilebilir: i) Tasarı böylece, *Wibru/Swissair kararı*'nda yeterince ortaya çıkmamış olan, bu nedenle de eleştirilen ve nihayetinde *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı* ile sınırlı da olsa giderilen eksikliği daha baştan ortadan kaldırmak istemiş gözükmektedir. Bu ise güven sorumluluğunun sorumlu olan tarafını ilgilendiren kısmının "kişi bakımından uygulama alanını" tespiti ve aslında daraltmaya yöneliktir. M. 209'un gerekçesinde yer alan "her şirketler topluluğu hükmün kapsamında değildir. Bir topluluğun kapsama girebilmesi için itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Bu da, somut olaya göre belirlenir" ifadeleri<sup>218</sup> bu görüşü destekler niteliktedir. Ne var ki bir takım risklere işaret etmekte de fayda vardır: Tasarı m. 209 bu haliyle yasalaşacak olursa, hükmün kapsamına bütün hâkim şirketler değil, "itibarı topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaş[mış]" toplulukların hâkim şirketleri girecektir. Bu haliyle "itibar/topluluk itibarı" kavramı, kanun yapma tekniği anlamında, hükmün uygulama alanını belirleme (daraltma) gibi "teknik" bir işlev üstlenmiştir; ii) "İtibar" kavramının maddi hukuk işlevi üstlendiği durum ise hükmün ikinci kısmında, sorumluluğun doğum şartlarından birisi olarak ("[...] bu itibarın kullanılması [...]") kendisini göstermektedir. Buna

<sup>216</sup> von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001, s. 53, 60 vd.

<sup>217</sup> von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001, s. 60.

<sup>218</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

göre sorumluluğun doğması için itibarın güven veren düzeye ulaşmış olması yeterli olmayıp bunun somut olayda *kullanılmış* olması da gerekmektedir. Ayrıca itibarının kullanılmasının üçüncü kişide güven uyandırmış olması da gereklidir. Bu noktada hükümde “topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye *güven* veren bir düzeye ulaştığı” denildikten sonra, “bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı *güvenden*” bahsedilmesi dil ve stil anlamında bir totolojidir. Zira güven zaten oluşmuştur, bunun bir daha oluşmasını bir şart olarak aramak ise çelişkidir. Ancak bu ifadeler belli bir şekilde yorumlandığında, görünürdeki çelişki giderilmiş olur: Bunun için ise “topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye **güven** veren bir düzeye ulaştığı” ifadesinden, değişik kantitatif yöntemlerle ölçülebilecek göreceli ve soyut itibar ile bunun sonucunda zaman içinde toplumda ve tüketicide oluşmuş ve yine değişik kantitatif yöntemlerle ölçülebilecek “göreceli ve soyut güven”; “bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı **güvenden**” ise bu soyut itibarın, hâkim ya da yavru şirketin davranışları ile (itibarın kullanılması) somut olayda üçüncü kişinin şahsında kendisini göstermiş ve böylece üçüncü kişinin kendisine zarar veren hareketi yapmasına sebep olmuş olan güven, anlaşılması gerekir.

**cc)** “*Topluma Veya Tüketicilere Güven Veren Düzeye Ulaşmış Bir Topluluk İtibarı*”: Tasarı m. 209’un ilk uygulanma şartı olarak ortaya çıkan “topluluk itibarının topluma veya tüketicilere güven veren düzeye ulaşmış olması” kuralı, bu hükmün uygulama bakımından belki de en belirsiz kısmını oluşturmaktadır. Belirsizlikler özellikle, topluluk itibarının topluma veya tüketicilere güven veren düzeye ulaşmış olup olmadığının m. 209’a dayanarak açılacak hemen her davada ancak bilirkişi marifetiyle tespit edilebilecek olmasından, “güven veren bir düzeyden” normatif olarak ne anlaşılacağına belli olmamasından, buna dair araştırmaların hangi yöntemlere göre yapılacağı ile hangi andaki (güveninin sürekliliği ya da dönemselliği ve bunların süresi) ve yerdeki (tüm ülke, hâkim/ilgili yavru şirketin merkezi, zarar görenin yerleşim yeri) itibar düzeyinin esas alınması gerektiğinin açık olmamasından, topluluğun muhtemelen farklı alanlarda faaliyet gösteren birden fazla şirketten oluşmasından ve en önemlisi pazarın sürekli bir değişim ve gelişim içinde olmasından kaynaklanmaktadır. Yapılacak araştırmalarda örneğin topluluğun ya da bir markasının tanınmışlığı/bilinirliği ile topluluğun ilgili pazardaki konumunun büyüklüğü, “güven düzeyi” olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde bu şart, tanınmış topluluk/tanınmamış topluluk şeklinde uygulanmış olur ki m. 209 ile güdülen amaç da her halde bu değildir.

Hükümde “topluluk itibarından” söz edildiğinden, bundan da Tasarı m. 195 vd. anlamındaki şirketler topluluğunun anlaşılması gerektiği açıktır. Ancak toplumun ya da tüketicilerin duydukları güvenin muhatabının hukuki formunun bilinçli olarak algılandığını ve bunun kararlarında etkili olduğunu iddia etmek güçtür. Toplum ya da tüketicilerin karar ve davranışlarını, teknik

anlamdaki topluluktan çok, başka değişkenlere dayandıracakları açıktır. Zira toplum ya da tüketiciler için teknik anlamda bir şirketler topluluğunun bulunup bulunmadığı çoğu zaman önem taşımaz. Bu bakımdan hükümde itibarın ve güvenin kaynağının “topluluk” olarak gösterilmesi yerinde olmamıştır.

Anılan şart bir yandan hukuki diğer yandan ise teknik bir şart görünümündedir ve gerçekleşip gerçekleşmediğinin işletme ve ekonomi biliminin esaslarına göre pazar araştırması yöntemleri uygulanarak ortaya çıkartılması gerekecektir. Yine belirtilmelidir ki “topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşması” şartı, bunun genel geçer bir seviyesi söz konusu olmayacağından, yapılacak araştırmalarda her topluluk için farklı sonuçların çıkmasını da beraberinde getirecektir<sup>219</sup>. Bu durumda mahkemelerin asgari hangi noktadan itibaren “güven oluşmuştur” sonucuna varacakları, Tasarı m. 209’un tatbikatı bakımından önem kazanmaktadır. Teknik niteliği bulunan olguların hukuk kuralına dönüştürülmesinin ya da bir başka deyimle “teknik bilginin normatif içerik haline gelmesinin” hukuk kurallarının uygulanmasını güçleştirdiği ve netice itibarıyla yargı yetkisinin yargıç ve bilirkişi tarafından birlikte kullanılması sonucu doğurduğundan, m. 209’da böyle bir şart öngörülmesi yerinde olmamıştır. Tasarı m. 209 bu haliyle bir kısmını yargıcın, bir kısmını ise zorunlu olarak bilirkişinin değerlendireceği hüküm niteliğindedir.

Topluluk itibarı denildiğinde, ilk olarak topluluğun bir bütün olarak itibarının dikkate alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. İtibarı oluşturan unsurlar, topluluk şirketlerinin faaliyet gösterdiği pazar ya da pazarlardaki ticari itibarları ile kullandıkları unvan, marka ve coğrafi işaretler ile aldıkları milli ya da milletlerarası paye, şahadetname ve ödüller olabilir. Ancak sorumlu olarak hâkim şirket öngörüldüğünden, bizzat hâkim şirketin itibarının güven veren düzeye ulaşmış olması halinde, bu şart yine gerçekleşmiş sayılmalı ve ayrıca bütün topluluğun itibarının da aynı düzeyde olmaması engel teşkil etmemelidir. Hatta yapılacak araştırmalarda hâkim şirketin itibarının tek başına güven veren düzeye ulaşmış olduğunun tespiti halinde, bu bütün topluluk itibarı için bir karine sayılmalıdır. Karinenin aksinin ispatı ise her halde güç olacaktır. Ancak öne çıkan ve topluluğun bütününden ya da hâkim şirketten daha çok tanınan şirketin yavru

<sup>219</sup> Topluluğun ya da hâkim şirketin itibarının güven veren düzeye eriştiğini gösteren bir olgu, hâkim şirketin himaye beyanlarının kabul edilmesidir. Zira himaye beyanı kabul edilen şirket sayısı sınırlı olup, bunlar çoğunlukla uluslararası faaliyet de gösteren büyük şirketlerdir. Bu tür şirketlerin kredi itibarı genellikle yüksektir ve kredi kurumları, bunların yavru şirketlerine himaye beyanı karşılığında kredi vermekte herhangi bir sakınca görmezler, bkz. *KIRCA*, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 454. Nitekim Tasarı m. 209’un gerekçesinde de güven sorumluluğunda “sorunun özel ve dar bir şekilde görünüşü ‘patronaj açıklaması’” olduğu ifade edilmiştir, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunu-tasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

şirketlerden birisi olması durumunda ise -somut olayın özelliklerinin getirebileceği istisnalar hariç- aynı sonuca varılamaz. Diğer yandan yukarıda anılan unsurların topluluk ya da hâkim şirket tarafından hangi şekilde (örn. yoğun ve etkili reklâm kampanyaları ile ya da ürün ve hizmet kalitesinden, müşteri memnuniyetinden taviz vermemek suretiyle) ve ne sürede itibar ve böylece güven kaynağına dönüştürüldüğü hukuken önemli değildir.

Bu başlık altında önem taşıyan hususlardan birisi de Tasarı m. 209'da yer verilen "toplum" ve "tüketici" ifadelerinin anlamıdır. Böylece itibarın ulaştığı düzeyin ve bunun bir güven oluşturup oluşturmadığının ölçüleceği mecralar öngörülme istenmiştir. Hükümde geçen "[...] topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde [...]" ifadesinden anlaşıldığı üzere, bunlar birbirleri ile alternatif bir ilişki içindedirler. Her iki mecranın sınırlarının belirli olduğunu söylemek imkânsızdır. Topluluğun türü, büyüklüğü ve niteliği bunun itibarının toplum ya da tüketiciler nezdinde ölçülmesi gereğini belirleyecektir. Tasarının "toplum" ifadesiyle ilgili çevreleri mi yoksa tüm toplumu mu kastetmiş olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Burada geçen "tüketici" kavramı hiç şüphesiz 4077 s. TKHK m. 3/e'de yer alan tüketici kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Kanaatimizce "*toplum*" ifadesinden, topluluğun ürettiği/ticaretini yaptığı mal ya da hizmetin tüketicisi olsun olmasın, toplumun genelini temsil eden ve ancak örnekleme yoluyla seçilebilecek kesimi; "*tüketici*", ifadesinden ise topluluğun ürettiği/ticaretini yaptığı mal ya da hizmetin potansiyel edineni, kullanımı ya da yararlananı durumunda olan kişileri anlamak yerinde olacaktır.

Sonuç olarak hükmün kişi bakımından uygulama alanını daraltma amacıyla ihdas edilmiş olan "*topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşması*" şartının, taşıdığı hukuki belirsizlikler göz önünde tutulduğunda, m. 209'un uygulanmasını zorlaştırması ve davaların uzamasına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Türk Hukukunda topluluk güven sorumluluğu bakımından toplulukların fiilen "güvene mazhar olmuş" ve "güvene mazhar olamamış" şeklinde ikiye ayrılması, hukuk politikası bakımından da yerinde olmamıştır: İtibarı topluma veya tüketiciye güven veren düzeye ulaşmış topluluk denildiğinde, bugün için ülkemizde bunların sayısının dönemsel olarak kaba bir tahminle yirmi ilâ otuzu geçmeyeceği kabul edilebilir. Bunların da itibarlarını yitirmemek için zaten dikkatli davranacakları ve "zarar verici eylemlerden" kaçınacakları beklenebilir. Bu halde m. 209 bunlar için sık başvurulacak hükümlerden olmayacaktır. Ancak zaten itibar kazanamamış ve bu yüzden güvenilir de olmayan ancak Tasarı m. 195 vd. anlamında "şirketler topluluğu" da olan çok sayıda topluluğun, sırf güvenin toplumda/tüketicide belli bir düzeye ulaşmamış olması nedeniyle daha baştan sorumluluktan muaf tutulması, bunları tanınmış olmamalarının beraberinde getirebileceği pervasız, toplumu ve tüketiciyi aldatmaya yönelik ve reklâm vs. ile belli bir dönem için kazanılmış "itibar ve

güveni”<sup>220</sup> suiistimale dönük eylemlerinin görmezden gelinmesi ve ödüllendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Böylece toplumsal tanınırlılığı düşük ve imajı olumsuz bir topluluğa bağlı yavru şirketin muhataplarında özel açıklamalar ve vaatlerle güven uyandırması ve bundan üçüncü kişilerin zarar görmeleri ihtimali<sup>221</sup> hükümdeki bu ifade nedeniyle m. 209’un kapsamı dışında kalmıştır. Daha açık bir deyimle bu şart beklenenin tersine bir etki doğurma tehlikesi taşımaktadır. M. 209’un gerekçesinde, “bir topluluğun kapsama girebilmesi için itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Bu da, *somut olaya göre belirlenir*” denilmiş olması da<sup>222</sup> tehlikeyi savuşturmaya yetmeyecektir. Konunun psikolojik subjektif boyutu da vardır: Tasarı, “güvenin” ve “itibarın” tamamen psikolojik ve subjektif duygular olduğunu görmezden gelmiş, belli bir dönemde yaşayan bireyleri kendilerinden önceki neslin “güven duyguları” ile bağlamış ve giderek buna hukuki bir sonuç bağlamaya yönelmiştir ki bu durumun “eşyanın tabiatı” ile uyum içinde olduğunu söylemek her halde güçtür.

Hal böyle olunca “topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşması” şartının hükümden çıkarılıp *Wibru/Swissair Kararı*’nda da olduğu gibi sorumluluğun doğumunda salt, **somut olay bağlamında** güven yaratılmış olması ile bunun doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak boş çıkarılmış olup olmadığına bakılması çok daha yerinde olacaktır. Bu durum yargıca, “topluluk itibarının güven veren bir düzeye ulaşmış olmadığı” sorununu, somut olayın özellikleri çerçevesinde sorumluluğun doğup doğmadığı, daha açık bir deyimle üçüncü kişinin güveninin haklı ve korunmaya lâyık olup olmadığına değerlendirilmesi bağlamında ele alma imkânı verecektir. Görülüyor ki Türk Hukukunda mesele anılan şartın, sorumluluğun doğumunun esaslarını belirlemek için değil, hükmün kişi bakımından uygulama alanını belirleme amacı ile konulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira teslim edilmelidir ki bu iki hususun hukuki sonuçları farklıdır. Eğer m. 209 örneğin “*hâkim şirket, topluluk itibarının kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*” şeklinde değiştirilirse, kanaatimizce anılan belirsizlikler giderilmiş, şirket toplulukları arasında yukarıda ifade edilen ayırım engellenmiş ve yargıcın somut olay değerlendirmesi yapma ve buna göre hüküm tesis etme imkânı güçlendirilmiş olacaktır. Hükmün bu şekilde kaleme alınmasının faydalarından bir diğeri de topluluk itibarının toplumda güvenilir düzeye

<sup>220</sup> “Topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşması” şartının belli bir dönemdeki güveni de kapsar şekilde anlaşılması, yoruma bağlı bir husustur. Ancak hüküm böyle anlaşılacak olursa, anlamı genişlemiş olacak ve konulmasının bir anlamı da kalmamış olacaktır. Zira hükmün amacı kişi bakımından uygulama alanını daraltmak olup, bunun yorumla genişletilmesinin maddi hukuk ve hukuk metodolojisi bakımından yerinde olduğu şüphelidir.

<sup>221</sup> *DIEM*, s. 18-19.

<sup>222</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).



erişmiş olup olmadığı hususunun, üçüncü kişilerin güvenlerinin haklı olup olmadığına takdirinde dikkate alınmasına imkân sağlayacak olmasıdır. Yine mutlak lüzumlu olmamasına rağmen yargıcın adeta daha baştan bilirkişiye başvurmaya mecbur bırakılmasının, her halde usul ekonomisi ve bireylerin hukuki güvenlik ve ekonomik bakımdan daha güçlü olan şirket topluluklarına karşı korunma ihtiyaçları ile bağdaştığı söylenemez.

**c) Topluluk İtibarının Kullanılması:** Tasarı m. 209'un gerekçesine göre "itibarın kullanılması", sorumluluğun "*merkez şartıdır*". İtibarın kullanılması yoksa sırf bir topluluğa "mensubiyet", sorumluluğu gerektirmez<sup>223</sup>. Tasarı topluluk itibarının güven veren düzeye ulaşmış olmasını haklı olarak sorumluluk için yeterli saymamış, bundan başka itibarın kullanılmış olmasını da aramıştır. Hâkim ya da yavru şirketin itibarı kullanmakta, bundan istifade etmekte bazı faydalar bekledikleri açıktır. Örneğin itibardan ve bunun o topluluk üyesi bir şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıtacağı, kullanılan teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve her şeyin gereği gibi olduğu, borçların zamanında ifa edileceği yönünde yarattığı güvenden istifade edilerek, tüketicilerin ya da diğer üçüncü kişilerin topluluk şirketlerine yönelmesi böylece pazar payının yükseltilmesi, aynî ya da şahsî teminat göstermek zorunda olmaksızın vade ve faiz bakımından daha elverişli şartlarda kredi temini, tedarikçi iş ortakları ile örneğin fiyat ve ödeme şartları bakımından daha iyi şartlarla sözleşme yapma hedeflenmektedir<sup>224</sup>. Bu gibi durumlarda üçüncü kişide, hâkim şirketin akdi sorumluluğunun kapsamının yapılan işlemdeki menfaati ile aynı olduğu yönünde bir güven/izlenim de yaratılmaya çalışılmaktadır<sup>225</sup>. Aşağıda "itibarın kullanılmış olması" şartının hukuki anlamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Konunun açıklığa kavuşması bakımından öncelikle Hükümet Tasarısı gerekçesinde yer alan bazı hususlardan hareket etmekte fayda vardır: Bunlardan ilki sırf şirketler topluluğu olmanın veya bir topluluğa dâhil olmanın tek başına topluluk güven sorumluluğunu doğurmaya yetmediğidir. Gerekçede "[...] sorumluluğun merkez şartı, "itibarın kullanılması"dır. [İtibarın] kullanma yoksa, sadece topluluğa "mensubiyet", sorumluluğu doğurmaz"<sup>226</sup> denilerek bu husus dile getirilmiştir. O halde bizatihi şirketler topluluğunun varlığı, hâkim şirketin bağlı şirketlerin borçlarından ve eylemlerinden bireysel ya da müteselsil sorumluluğunu gerektirmez. Zira salt şirketler topluluğu olmak "güvenilmesi mümkün bir topluluk itibarı" meydana getirmeye yetmemektedir. Federal Mahkeme de bu noktayı,

<sup>223</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>224</sup> Karş. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005); ayrıca bkz. *von PLANTA*, s. 105-106.

<sup>225</sup> *von PLANTA*, s. 106.

<sup>226</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

*Wibru/Swissair Kararı'nın sonuçlarının somutlaştırıldığı Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı'nda* açıkça beyan etmiş olduğu gibi<sup>227</sup> doktrindeki görüşler de bu yöndedir<sup>228</sup>. M. 209 metninde açıkça yer almasa da itibarın somut olay bağlamında kullanılmış olması gerekir. Daha açık ifade etmek gerekirse bu faaliyetin belli işler için müşteri kazanma amacıyla ve buna yönelik işlerle ilişkilendirilmiş olması gerekir. Yoksa örneğin bir topluluğun ya da yavru şirketin otuzuncu kuruluş yıl dönümünü duyurmak için yaptığı ilân, kutlama için gönderdiği davetiye, işletme bünyesindeki önemli bir başarı ya da gelişmeyi kamuoyuyla paylaşmak amacıyla yapılan duyurular itibarın kullanılması kapsamında görülemezler.

Hükümet Tasarısı gerekçesinde itibarın ne suretle kullanılacağı<sup>229</sup> hususunda bazı örneklerle yer verilmiştir. Burada bağlı şirketlerin çoğu kez üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklâmlarda zikrettiklerinden, bu yolla kendilerine müşteri bağladıklarından, ticarî menfaat sağladıklarından bahsedilmiş<sup>230</sup> ve bu suretle esasen Tasarı m. 209 ile düzenlenmek istenilen maddi gerçeklik (*Tatbestand*) gösterilmiştir. Gerekçeye göre “kullanılma için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir. Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır. [...] Sorumluluğun merkez şartı, “itibarın kullanılmasıdır”. İtibarın kullanılması ise, somut olaya göre belirlenir”<sup>231</sup>. Gerekçede yer alan bu açıklamalar Tasarı m. 209’un hâkim şirketin güven sorumluluğunu düzenlerken, “itibar ve imajdan istifade” (*Reputationsleihe=Reputationsanlehnung*)<sup>232</sup> olgusunu esas aldığı, bunu da düzenlemenin temel noktalarından birisi yaptığını tereddütsüz ortaya koymaktadır. Nitekim gerekçede de “[...] sorumluluğun merkez şartı, “itibarın kullanılması”dır” denilmiştir<sup>233</sup>. Bu durumun, şirketler topluluklarının “hukuki bağımsızlık ancak ekonomik birlik” özelliği<sup>234</sup> ile yakından ilgisi vardır. Hukuk düzeni konzerni düzenlerken, bu ekonomik birlikten topluluk şirketlerince bizzat istifade edilmesine ve bunun üçüncü kişiler üzerindeki etkilerine kayıtsız kalmak istememiştir.

<sup>227</sup> BGE 124 III 297, 304.

<sup>228</sup> BÖCKLI, s. 1234; HANDSCHIN, s. 293; LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 232-233; HONSELL, in: GS SONNENSCHIN, s. 664-665; DIEM, s. 9; DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1070; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1034; von der CRONE/WALTER, M., SZW 2/2001, s. 56, 61; ayrıca bkz. DRUEY, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, s. 326.

<sup>229</sup> Bu ifade ile kastedilen “itibar unsurlarının üçüncü kişilerin algılamasına ne suretle ve hangi yöntemlerle sunulduğudur”.

<sup>230</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>231</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>232</sup> von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 53; DIEM, s. 9; bkz. ayrıca LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 235.

<sup>233</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

<sup>234</sup> Bkz. sadece LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 232; DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1070.

Öncelikle belirtilmelidir ki, topluluk itibarının kullanılması genel olarak gerçekleşebileceği gibi somut olay bağlamında da gerçekleşmiş olabilir. İlk halde topluluk adının<sup>235</sup>, logosunun, hâkim şirketin unvanının, bir topluluk

<sup>235</sup> “Topluluğun adı” ifadesindeki “*addan*” ne anlaşılacağı hukuken belirsizdir. Yine Tasarı’da bir “*topluluk unvanı/adı*” da yaratılmış değildir (karş. Tasarı m. 39-53). Ancak bunun, hâkim şirketin ticaret unvanının ya da uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, unvanın -bir logo eklenerek ya da eklenmeksizin- birkaç kelimeye indirgenmiş halinin -*Tasarı m. 195/1-5, 197 anlamında “şirketler topluluğu” olup olmadıkları hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunulmaksızın-* örn. Koç Holding, Zorlu Holding, MNG Şirketler Topluluğu, Kalender Şirketler Topluluğu, Doğu Grubu, Anadolu Grubu, Uzel Group, gibi ya da teorik olarak örneklenecek olursa, ABC, ABC Holding, ABC Şirketler Topluluğu, ABC Group/Grup vb.), topluluk ile özdeşleşmiş bir markanın (“*Nescafé*” markasının *Nestlé* Konzerni şirketlerince kullanıldığı ifade edilmektedir, bkz. *DIEM*, s. 22 dn. 91; topluluğun bulunduğu bir şehrin/bölgenin adının kullanılması anlamına geldiği söylenebilir.

Uygulamada kullanılan isimler göz önünde tutulacak olursa “grup”, “şirketler topluluğu” ancak özellikle de “holding” kelimelerinin, TK’na göre bunların dar ve teknik hukuki anlamları kesin ve açık olmamasına rağmen (ancak bkz. TK m. 466/IV, karş. Tasarı m. 519/4; 5411 s. Bankacılık K. m. 3 (finansal holding şirketi); 5684 s. Sigortacılık K. m. 3/2-c (“[...] holding bünyesinde faaliyet gösterecek olması halinde, holding şirketinin [...]”), tek bir ekonomik sevk ve idare altında toplanmış hukuken bağımsız şirketlerden oluşan “şirketler topluluğunu” ifade etmek üzere yerleştiğini tespit etmek mümkündür (karş. Türk Hukuku’nda konzerni karşılamak üzere kullanılan terimler hakkında bkz. *BOYACIOĞLU*, s. 16 vd., Yazar Türkiye’de holdinglerin konzernin en yaygın aracı olarak kullanıldığını ifade etmektedir, s. 89; *AYTAÇ*, Zühtü: “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, *BATİDER*, C. VIII, S. 4, s. 97, 116-117 ve dn. 60). Yine Tasarı m. 55/1-a alt bend 10-11-12’ye ilişkin madde gerekçesinde yer alan “ilân bir *holdingden* verilmiş olabilir, satışı yapacak firma açıklanmadığı için, müşteri o *grupta* tanıdığı şirketten başka, tanımadığı, daha kalitesiz mal satan bir şirketten mal almak durumunda kalabilir” ifadesi de Tasarı’da da “holding” ve “grup” kelimelerinin belirtilen anlamlarda kullanıldığına işaret etmektedir. 4857 s. İş Kanunu’nun “geçici iş ilişkisini” düzenleyen 7/I. madde hükmünde ise “[...] holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde [...]” denilmek suretiyle “holding” ile “şirketler topluluğunun” birbirinden farklı olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu “farklılık” anılan hükmün uygulanmasına etki etmemektedir.

Artık Tasarı m. 195/1-5’den, şirketler topluluğundan ne anlaşılması gerektiği, bir diğer ifadeyle ne zaman bir şirketler topluluğundan bahsedilebileceği belli olduğuna göre, ticaret, özellikle de sermaye şirketlerinin unvanlarında (çekirdek veya ek olarak), “holding”, “topluluk”, “grup” veya muadil bir ifade kullanılarak üçüncü kişilerin yanıltılmasını önlemek bakımından, bu gibi eklerin kullanılabilmesine ilişkin şartlarda doğrudan Kanun’da ya da Ticaret Sicil Tüzüğü’nde yapılacak bir düzenlemeyle, Tasarı m. 195/1-5, 197 hükümleri ile irtibat kurulmasında fayda vardır. Bunu gerektiren nedenlerden bir diğeri de Tasarı m. 209’da güvenden doğan sorumluluğa yer verilmesi ve Tasarının bağlantı noktası olarak tespit ettiği topluluk itibarının oluşması ve iletilmesinde “topluluğun adının” belirleyici unsurlardan birisi olmasıdır. Özellikle Tasarı m. 195/1-5’da belirtilen hallerin, salt yatırım değil tek elden yönetim amaçlı olması durumu için, topluluğa dâhil tüm şirketlerce kendi ticaret unvanlarının yanında kullanmak zorunda oldukları “topluluk unvanı/adı” olarak ifade edilebilecek bir “isim” öngörülmesi düşünülebilir. Ancak itiraf etmek gerekir ki ne zaman yatırım ne zaman yönetim amacının bulunduğu tespitini hemen her zaman güç olacaktır. Bunun için Tasarı m. 195/1-5 ve 197’deki hallerin *örn.* 3

markası gibi itibar unsuru olarak ifade edebileceğimiz isim, ses, şekil, resim ve grafiklerin topluma karşı yapılan yazılı/görsel/işitsel ilan ve reklâmlarda ya da kim oldukları gözetilmeksizin üçüncü kişilere ulaştırılan bültenlerde kullanılması anlatılmak istenirken, ikinci durumda ise itibarın belli bir üçüncü kişiye karşı belli bir işin gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılması kastedilmektedir (örn. yavru şirkete kredi sağlanmasında bankanın, yavru şirketçe inşa edilecek konutların finansmanı için bunlar pazarlanırken tüketicinin, yavru şirketçe yürütülecek bir projeye ortak ya da katılımcı bulunması için ilgililerin ikna edilmeye çalışılması gibi). Bu iki halde de istifade edilecek itibar unsurları farklılık gösterebilecektir. Bu yüzden ki itibarın unsurlarının, kullanılış yönteminin ve bunun hukuki anlamının tespitinde somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır. Dinamik ve karmaşık olgular ağı olarak nitelendirilebilecek konzern ilişkileri karşısında “itibarın kullanılması” şartının hukuki sınırlarını soyut olarak önceden çizmek kolay olmayacaktır. Buna rağmen bir takım ilkeler ortaya konulmaya çalışılmalıdır.

Buna göre güven uyandırma amacıyla bizzat yavru şirket tarafından<sup>236</sup> üçüncü kişilerin algılamasına sunulan ve pozitif bir etki oluşturması beklenen unsurların çeşitleri, belli başlı olarak topluluk adı, logosu, hâkim şirketin unvanı özellikle de bunun bir veya iki kelimeyle kısaltılmış hali, bir topluluk markası ve bir sözleşme öncesi ya da sırasında hâkim şirketin yetkili temsilcileri ya da işlem ve eylemleri engellenmeyen kişilerce verilen sözlü “teminatlar”<sup>237</sup> şeklinde sıralanabilir. Bunların tek tek kullanılması mümkün olduğu gibi birlikte kullanılması da mümkündür. Nitekim Tasarı m. 209’un gerekçesinde “[itibarın] kullanılma[sı] için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir” denilmek suretiyle bu hususta tek bir sunuş ve görünüş tarzının bulanamayacağına da işaret edilmiştir<sup>238</sup>. Ancak çoğu kez anılan unsurlar birlikte kullanıldıklarında istenilen etkiyi göstereceklerdir. Bu etkinin psikolojik ve dinamik, bir diğer deyimle pozitif olarak ölçülmesi zor bir süreç olduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda üçüncü kişi ile kurulan ilişkinin türü, niteliği ve süresi de önem kazanmaktadır. Zira bireysel güven duygusunun oluşma süreci gerek kişiden kişiye, gerek işlemin bir tarafını teşkil eden kişilerin sayısına, gerek işlemin bir şekil

---

yıl art arda devam etmiş olması bir kıstas olarak kabul edilebilir. Tasarı m. 209’da öngörülen sorumluluk halinin uygulanması ise, böyle bir ismin kullanılmasından bağımsız kalmaya devam etmelidir.

<sup>236</sup> von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 62, Ne var ki bunun ilgili yavru şirketin ve giderek topluluğun ekonomik yararı gözetilerek hâkim ya da diğer bir yavru şirket tarafından yapılmış olması halinde de aynı sonuca varılmak gerekir. Zira Tasarı m. 209 topluluk itibarının kullanılmasını teşkil eden eylemlerin hâkim şirket ya da bizzat yavru şirket tarafından yapılması gerektiği hususunda açık ya da örtülü bir tercihte bulunmamıştır.

<sup>237</sup> Bkz. von PLANTA, s. 106 vd.; HANDSCHIN, s. 317 vd., 325; LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 234-235.

<sup>238</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

şartına tabi olup olmadığına ve gerekse de somut olayın taraflar için taşıdığı anlama göre değişiklik gösterebilecektir.

Bu noktada itibar unsurlarından ticaret unvanının ya da marka olarak tescil edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın topluluk adı ve/veya logosunun “şirketler topluluğu/holding” vb. eklerle birlikte ya da yalnız, yavru ya da bunun yararına olacak şekilde hâkim şirket tarafından belli bir kişi gözetilmeksizin yazışmalarda, reklâm ve diğer ilânlarda aktüel bir hukuki ilişki çerçevesi dışında salt genel amaçlı kullanımının, sorumluluğun doğumu bakımından yeterli görülmediği belirtilmelidir. Sonuç olarak bu bir “itibar kullanımı” olarak görülemez. Bahsedilen durumda itibar unsurlarının şirketler topluluğunu tanıtmak, tavsif etmek, aidiyete (*Konzernzugehörigkeit, -beziehung*) işaret etmek amacıyla kullanıldığı kabul edilmektedir<sup>239</sup>. Buna göre itibar unsurlarının kullanımının sonuçlarının hâkim şirkete yükletilebilmesi (*Zurechenbarkeit*)<sup>240</sup>, bunların topluluğun, hâkim ya da bir başka yavru şirketin veya bizzat yavru şirketin ekonomik yarar beklentisi doğrultusunda<sup>241</sup> ve daha önemlisi belli bir kişi (örn. sözleşme müzakereleri yürütülen taraf) gözetilerek kullanılmış olmasına bağlıdır<sup>242</sup>. İlân, duyuru, bülten, reklâm ya da açıklamanın içeriğinde unvan, logo vb. unsurları taşıması; ancak bu ilân, duyuru, bülten, reklâm ya da açıklamanın yavru şirketin potansiyel müşterileri ile yapmak istediği herhangi bir işle ilişkilendirilmemiş veya açıkça belli kişilere yönelmemiş olması hallerinde, itibarın kullanıldığının kabul edilebilmesi için bunların yanında genel olarak topluluğu ya da bunun yerine tutacak şekilde hâkim şirketi ve bunun yavru şirketlerle olan bağlantılarını, himaye edici tutumunu öven ifadeler eklenmiş

<sup>239</sup> DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1070; LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 232, 236-237; HONSELL, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 664; bkz. ayrıca DIEM, s. 15-16; von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 61, ancak bu Yazarların konzern güveninin oluşması bakımından bir topluluğa aidiyeti gösteren itibar unsurların üçüncü kişilere karşı vurgulanmasını (*Konzernerklärung*) hatta bu çerçevede salt hâkim şirket logosunun şirket mektuplarında kullanılmasını yeterli kabul eden görüşleri, hâkim şirketin sorumluluğunu neredeyse otomatiklediği ve böylece “konzern olgusu=sorumluluk” (sorumluluk eşliğinin düşmesi) sonucunu doğurduğu için yerinde değildir.

<sup>240</sup> Bkz. SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1035; BUCHER, in: FS WALTER, s. 244.

<sup>241</sup> WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294.

<sup>242</sup> Bu noktada hâkim şirketlerin Tasarı m. 209 çerçevesinde doğabilecek muhtemel bir sorumluluğun önüne geçmek için kamuya ya da belli bir kişi grubuna yönelik duyuru, ilân, reklâm, yazışma, bülten vb. yazılı, görsel ve işitsel belgelerinde topluluğu öven, yavru şirketlerin kendi kontrolünde hareket ettiği delalet eden ifadelerden ve tut(a)mayacakları vaatlerden kaçınmaları, ancak herhalde, Yargıtay içtihadı oluşuncaya dek hukuki sonuçları da göz önünde tutarak, mümkün olduğunca nesnel ve kısa ifadelerle hatta sorumsuzluk kayıtlarına yer vermeleri ve buna uygun davranmaları, topluluk halkla, tüketicilerle ve yatırımcılarla iletişim faaliyetlerini de içinde hukukçuların da yer aldığı merkezi bir teknik ekibin gözetiminde yapmaları önerilir. Bu bakımdan işletmeler “reklâmın iyisi kötüsü olmaz” özdeyişinin geçerliliği üzerinde bir kez daha düşünmelidirler.

veya bir takım sözlü teminatlar<sup>243</sup> da verilmiş olmalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'nda "konzerne bağlılığa sırf genel bir şekilde işaret eden reklâm beyanları sorumluluk doğurmaya yetmez" şeklinde karar vermişken (*einfache Konzern-erklärung*=basit konzerne beyanı)<sup>244</sup>, *Wibru/Swissair Kararı*'nda yavru şirket IGR'nin, iş ortaklarına gönderdiği bülten ve broşürlerde, hâkim şirket *Swisair*'in logosu yanında bunun tarihine, finansal gücüne ve iş bağlantılarına atıfta bulunan ifadeler kullanmış olması (*qualifizierte Konzern-erklärung*=nitelikli konzerne beyanı)<sup>245</sup> hâkim şirketin sorumluluğuna hükmedilmesine yol açmıştır<sup>246</sup>. Bu bakımdan somut olayda itibarın kullanılmış olmasından bahsedebilmek için buna ilişkin eylemin, öncelikle yavru ya da hâkim şirketten kaynaklanması<sup>247</sup>, yavru şirketin potansiyel müşterilerle yapmak istediği herhangi bir işle ilişkilendirilmiş olması, belli bir süre devam etmiş olması ya da belli aralıklarla tekrarlanması<sup>248</sup>, kitlelere değil belli bir potansiyel müşteriye veya müşteri çevresine ulaşılma istenmesi, muhataplarında kendilerine hitap edildiği duygusunu uyandırmaya elverişli olması, onları belli bir işi (sözleşmeyi) yapmaya yönlendirme amacı taşıması<sup>249</sup> ve bunlarda kendi ihtiyaçları doğrultusunda yeteri derecede somut beklentiler uyandırması<sup>250</sup>, içeriğinde hâkim ve/veya şirketi, topluluğu tanıtıcı/öväcü ve yavru şirketin hâkim şirketin himayesi altında olduğunu anlatan ifadelerin bulunması<sup>251</sup> gerektiği kanaatindeyiz. Hiç şüphesiz somut olayın özellikleri burada sayılan unsurlardan bazılarını gereksiz kılabilirdiği gibi geliştirilmesini de gerektirebilir.

Yukarıda anılan itibar unsurlarına, örn. TK, bankacılık ya da sermaye piyasası mevzuatı gereği kamuoyuna yapılması gereken duyurularda yer verilmesi halinde topluluk itibarının kullanılmış olduğu iddia edilemez<sup>252</sup>. Üçüncü kişilerin buna güvenmesi de söz konusu olamaz. Zira bizzat hâkim şirket ya da ilgili kamu otoritesince hukuk kuralları gereği kamuya duyurulması gereken topluluk ilişkilerine üçüncü kişilerin kendi lehlerine hukuki sonuçlar doğuracak şekilde güvenebileceğini kabul etmek hukuki bir

<sup>243</sup> Karş. *LUTTER*, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 240-241; *von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 59.*

<sup>244</sup> BGE 124 III 297, 304.

<sup>245</sup> *von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 59.* *DRUEY* de "qualifizierte Verhaltensweise" ifadesini kullanmaktadır, in: FS *LUTTER*, s. 1071.

<sup>246</sup> BGE 120 II 331, 334-335; karş. *LUTTER*, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 239; *von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 59-60.*

<sup>247</sup> *SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1036, dn. 58.*

<sup>248</sup> *DIEM, s. 19.*

<sup>249</sup> *DRUEY*, in: FS *LUTTER*, s. 1073.

<sup>250</sup> *DIEM, s. 16; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1034; BGE 120 II 331, 336.*

<sup>251</sup> *DRUEY*, in: FS *LUTTER*, s. 1073.

<sup>252</sup> *von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 61; LUTTER, GS KNOBBE-KEUK, s. 239-240.*

çelişki olacaktır. O halde itibar unsurlarının kullanımı hukuki bir zorunluluktan değil serbest iradede kaynaklanmış olmalıdır. Bu noktada Hükümet Tasarısının gerekçesinde yer alan “*tablo, bilgi, [...] güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır*” ifadesi yanlış anlamalara yol açabilir niteliktedir. Burada geçen ve hangi anlamda kullanıldığı belli olmayan “*tablo ve bilgi*” kelimeleri mevzuat gereği yapılması gereken duyuruların da itibarın kullanılması anlamına geldiği izlenimini uyandırmaktadır ki bu az önce de belirtildiği gibi yerinde değildir.

Üçüncü kişinin yavru şirketle somut ilişkiye geçtiği anda şirketler topluluğunun itibarının “*topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı*” hususunu bilip bilmemesi sorumluluğun doğumunda önemli değildir. Bu bakımdan topluluk itibarının belli bir düzeye ulaşmış olması şartı objektif bir şart olarak ortaya çıkarken, topluluk itibarının kullanılması ve -aşağıda ele alınacak olan- bunun sonucunda karşı tarafta güven oluşması şartı subjektif bir şart görünümündedir<sup>253</sup>.

İtibar unsurlarının kullanımının hâkim şirkete yükletilebilmesi bağlamında bir takım ispat yükü problemlerinin ortaya çıkması muhtemeldir. Bunun sebebi ise konzerne olgusunun ve buradaki iş süreçlerinin niteliği gereği karmaşık oluşudur. Sorun, yavru şirketçe itibarın kullanılması meyanında yapılan eylemlerin hâkim şirketin bilgisi dâhilinde olup olmadığı en azından bunu engelleyebilme imkânına sahip olup olmadığı ve bu imkânâna sahip idiyse hareketsiz kalarak yavru şirketin eylemlerini dolaylı olarak onaylayıp onaylamadığıyla ilgilidir. Hukukumuzda genel kural MK m. 6 gereği kanunda aksine bir hüküm olmadıkça herkesin hakkını dayandırdığı olguyu ispat etmek zorunda olduğudur. Tasarı m. 195-209’da konuya ilişkin herhangi bir ispat yükü kuralına, MK m. 6’daki ifadesiyle “aksi hükme”, yer verilmiş değildir. Bu yüzden davacı üçüncü kişinin, itibarın kullanılmasını teşkil eden eylemin yavru şirketçe gerçekleştirildiğinin yanında, örneğin yapılan ilân ve reklâmların, muhataba verilen teminatların içeriğini hâkim şirketin bildiğini en azından engellemediğini ispat etmesi gerekecektir. İlk durumda ispat göreceli olarak kolaydır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi şirketler topluluğu gibi iç süreçlerine nüfuz edilmesi pek çok kez imkânsız olan organizasyonlar için bu kuralın lafzî anlamıyla uygulanması MK m. 2 ile bağdaştırılması güç bir durum arz edecektir. Nitekim *DRUEY* de organizasyonların iç süreçlerine ilişkin olguların ispat yükünün, bizatihi bu organizasyona düştüğü şeklindeki ispat kuralının konzerne hakkında uygulanması gerektiğini, hatta güvenin korunması düşüncesinin bunu zorunlu kıldığını yerinde olarak ifade etmektedir (*delillere iktidar prensibi*)<sup>254</sup>. Gerçekten de şirketler toplulukları ile özellikle tüketiciler

<sup>253</sup> Karş. *LUTTER*, in: *GS KNOBBE-KEUK*, s. 234.

<sup>254</sup> *DRUEY*, in: *FS LUTTER*, s. 1075-1076 ve dn. 26; aynı yönde *DIEM*, s. 34; *von der CRONE/WALTER, M.*, *SZW*, 2/2001, s. 62. “*Delillere iktidar prensibi*” bir Yargıtay HGK

arasındaki güç dengesinin tüketici aleyhine olduğu açıktır. Bu yüzdendir ki örneğin reklâm ya da ilânın çok önceden başladığı ve uzun süre devam ettiği, ulaşılmak istenilen kitlenin göreceli olarak dar olduğu, bülten ya da ilânda yer verilen işin yavru şirketin ekonomik ve teknik kapasitesine uygun olduğu, bu proje için hâkim şirketin yavru şirkete finansal kaynak ve/veya teknik imkân, personel tahsis ettiği, işin önce hâkim şirketçe başlatılmasına rağmen yavru şirketin satış ve pazarlama dâhil diğer her türlü faaliyet için sonradan taşeron olarak kullanıldığı, yavru şirketin oldukça yeni kurulmuş ve tanınmayan bir şirket olduğu ya da topluluk iletişim faaliyetlerinin bizzat hâkim şirketçe yönetildiği hallerde, yavru şirketin itibarın kullanılması niteliğindeki eylemlerinin bilgisi dışında gerçekleştiğini, mutazarrır üçüncü kişinin değil, hâkim şirketin kendisinin ispat etmesi hakkaniyete uygun düşecektir. Buna karşın yavru şirket yöneticisinin belli sayıdaki potansiyel müşterisine ya da müzakere halinde olduğu kişilere gönderdiği övücü ve abartılı içerikteki özel mektuplardan ya da maillerden hâkim şirketin de haberinin olduğunu iddia etmek güçtür<sup>255</sup>. Sonuç olarak Tasarı m. 209 tatbikatında MK m. 6, MK m. 2 de göz önünde tutularak uygulanmalıdır.

**d) Topluluk İtibarının Kullanılması Sonucu Üçüncü Kişide Güven Oluşması, Yaratılan Güven Doğruluk Ve Güven Kurallarına Aykırı Biçimde Boşa Çıkarıldığından Üçüncü Kişinin Bu Güvene Dayanarak Kendisinin Yaptığı Eylemler İle Zarara Uğramış Olması:** Yukarıda (c) başlığı altında incelenen “topluluk itibarının kullanılması” şartı ile işlevsel bir ilişki içinde olan bu şart iki unsurdan meydana gelmektedir.

**aa) Topluluk İtibarının Kullanılması Sonucu Üçüncü Kişide Güven Oluşması:** Topluluk güven sorumluluğundan bahsedilebilmesi için itibarın kullanılmasının muhatap üçüncü kişilerde “güven duygusu” yaratmış ve bu duygunun da üçüncü kişinin yavru şirketle hukuki işlem yapması şeklinde “eyleme dönüşmüş” olması gerekir. Bir başka deyimle “güven duygusu” üçüncü kişiyi borçlarını ifa edeceği ve yapacağı işlem nedeniyle de başka bir zarara maruz kalmayacağı, kısacası karşı tarafın sözüne sadık kalacağı inancıyla yavru şirket ile işlemi gerçekleştirmeye sevk etmektedir (karşı tarafta var olduğu bilinen risk korkusunun bunda güven yaratarak azaltılması, iş hayatı risklerinin karşı tarafa duyulan güvenle

---

kararında (T. 26.04.2006, E. 2006/12259, K. 2006/231) bir olayın varlığı veya yokluğu tartışılırken, bu konuda hangi tarafın delillere hakim olduğu ve onları hakime daha kolaylıkla getirebileceği belirlenmesi ve ispat külfetinin ona yüklenmesi” şeklinde ifade edilmiştir, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=1414&type=print-article> (erişim tarihi: 13.06.2008); İsviçre Federal Mahkemesi de *Wibru/Swissair Kararı*’nda “[...] davalı (*Swissair*), haber bülteni ile mektup hakkında bilgi sahibi olmadığını iddia etmemektedir. Bu yüzden davalı, davacıya karşı neyin bildirildiği ve neyin bildirilmediği konusunda bilgisi olduğu hususunun kendisine yüklenmesine katlanmalıdır [...]” demek suretiyle bu tür bir ilişki de ispat yükünün el değiştirmesi gerektiğini ifade etmiştir, BGE 121 II 331, 340; Federal Mahkeme’nin bu tutumunu onaylar yönde bkz. *WIEGAND*, ZBJV 4/1996, s. 323.

<sup>255</sup> *DIEM*, s. 14.



dengelenmesi)<sup>256</sup>. Hâkim ve yavru şirket davranışlarıyla üçüncü kişilerde yavru şirketin aslında hâkim şirket tarafından “yönetildiği”, yavru şirketin eylem ve işlemlerinin gözetlendiği, yavru şirketin hukuken ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen adeta hâkim şirketin bir “işyeri/şubesi” gibi hareket ettiği, karar alma süreçlerine hâkim şirketin mutlaka müdahil olduğu, bunun haberi olmadan en azından önemli işlemlerin yapılamayacağı, sözleşme her ne kadar yavru şirketle yapılıyorsa da bunun aracı ve aslında muhatabın hâkim şirket olduğu, işler kötüye gittiğinde hâkim şirketin müdahale edeceği, önemli bilgilerin doğru zamanda tam verileceği, itibarın zedelenmemesi için gerekli finansal desteği sağlayacağı yönünde<sup>257</sup> intiba ve güven yaratmış olabilirler. Özellikle işlemi gerçekleştiren kişilerin hem hâkim şirketin hem de yavru şirketin yönetim ve temsil organlarında görev yapmaları halinde bu intiba hiç şüphesiz daha da güçlenecektir. İşte üçüncü kişinin, yavru şirkete ve bunu himaye ettiği yönünde intiba uyandırılan hâkim şirkete duyduğu güven, kendisini karşı tarafa emanet etmesine, kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunmasına yol açması sebebiyle güven sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir<sup>258</sup>.

Önemle belirtilmelidir ki burada hâkim ya da yavru şirketin kendi eylemlerine hangi anlamı yüklediğinden çok bunların karşı tarafça MK m. 2 de göz önünde tutularak nasıl anlaşıldığıdır<sup>259</sup>. Özellikle anlamsız ya da anlamı açık olmayan hususların, beyanı tek taraflı hazırlayan ve duyuran taraf olarak topluluk aleyhine yorumlanması gerekir<sup>260</sup>. Bu açıklamalar muhatap üçüncü kişinin ister adi kişi isterse tacir olsun aynı zamanda iyiniyetli olması gerektiğini de ortaya koymaktadır. Hâkim ya da yavru şirketin beyanlarının gerçeğe yansıtmadığını ve kendisine güvenilecek bir olgunun gerçekte mevcut olmadığını baştan beri bilen bir kişinin “haklı güveninden” söz edilmesi ve bunun korunması mümkün değildir<sup>261</sup>. Zira bu

<sup>256</sup> Bkz. *LOSER*, in: Recht aktuell 2006, Rz. 10. Gerçekten günlük iş hayatında bir işten ekonomik fayda beklentisi daha yüksek olan taraf diğer tarafı, yazılı sözleşme hükümlerinin ne kadar adil olduğu ile değil, karşı tarafın iştahını kabartacak ve gözünü boyayacak söz ve davranışlarla yarattığı izlenim (görünüş) ile ikna etmeye çalışmaktadır.

<sup>257</sup> *Wibru/Swissair Kararı*'nda Federal Mahkeme davacı *Wibru AG*'nin beklentisini kendi itibarının kullanılmasına izin veren hâkim şirket *Swissair*'in yavru şirket *IGR*'nin iş ortaklarına yanlış bilgiler vermesini engelleyeceği ve *IGR*'yi böylesine büyük bir projeyi finansal darlığa düşmeksizin gerçekleştirebilmesi için daha şirketi kurarken bunu yeterli sermaye ile donatmış olması gerektiği şeklinde formüle etmiştir, BGE 120 II 331, 339 vd.; *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1072. Yazar topluluk tarafından gerçekleştirilen ve güvenin kapsamını tayine yarayan eylemleri güven yaratanlar (*das vertrauenszeugende Verhalten*) ve güvene uygun davranmış olmak için hâkim şirketin yapması gerekenler şeklinde (*das vertrauensfüllende Verhalten*) iki ana gruba ayırmaktadır, s. 1071.

<sup>258</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 244; *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1034-1035; *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW, 2/2001, s. 55.

<sup>259</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW, 2/2001, s. 57.

<sup>260</sup> *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1073-1074; *EREN*, s. 429-430 vd.

<sup>261</sup> *von der CRONE/WALTER, M.*, SZW, 2/2001, s. 63; *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1036-1037.

durumda sözde güvenen kişi aslında riski tanımaktadır. Tehlikenin bilinmesi ise güveni imkânsız kılar<sup>262</sup>.

Güven sorumluluğu bakımında önem taşıyan hususlardan bir diğeri de üçüncü kişinin güveninin *haklı*, bir başka deyimle *korunmaya lâyık* olup olmadığıdır (*rechtlich relevantes Vertrauen*). Zira her güven hukuken korunmaya lâyık olmayabilir<sup>263</sup>. Bu, itibarın kullanımının yukarıda ifade edilen unsurlarıyla olduğu kadar, yavru şirketle potansiyel müşteri arasındaki somut ilişkinin özellikleriyle de yakın ilişki içindedir. Federal Mahkeme'ye göre güvenin korunmaya lâyık olabilmesi için hâkim şirketin davranışlarının, yeterli derecede somut (*hinreichend konkret*) ve belirli beklentiler (*bestimmte Erwartung*) oluşturmaya elverişli olması gerekir<sup>264</sup>.

Korunmaya lâyık, haklı ve böylece kendisine hukuki sonuçlar bağlanabilecek bir güvenden bahsedebilmek için<sup>265</sup> itibarın kullanılması-güvenin oluşması süreci içindeki ilişkinin, yavru şirketle, muhatabı üçüncü kişi (potansiyel müşterisi) arasındaki özel bir hukuki bağ (*rechtliche Sonderverbindung*) çerçevesinde gerçekleşmiş olması da zorunludur. Özel hukuki bağ, bireylerin iradi biçimde kurdukları temas çerçevesinde/sayesinde, birbirlerinin hukuk alanlarını ve hukuki işlemlere yönelik karar verme iradelerini etkileme imkânına sahip olmaları, birbirlerine bu imkânı vermeleri şeklinde tarif edilebilir. Bu esas, hergün binlercesi yaşanan sosyal temaslardan bazılarının hukuki açıdan değerlendirilmesini mümkün ve gerekli kılan, bunları hukuken diğerlerinden ayıran ve muhtemel mutazzarların sayısını sınırlandıran bir ölçüt olması itibarıyla, bir sorumluluk kaynağı olarak (topluluk) güven sorumluluğunun “*alelade sosyal temastan doğan sorumluluğa*” dönüşmesini de engelleyecek zorunlu bir hukuki sınırdır<sup>266</sup>.

“Özel hukuki bağdan” söz edebilmek için tarafların hukuki bağlanma “maksadıyla”, bilinçli olarak temasa geçmiş olmaları yeterlidir<sup>267</sup>. Temasın

<sup>262</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 245-246.

<sup>263</sup> LUTTER, in GS KNOBBE-KEUK, s. 238; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1036; ayrıca bkz. BGE 120 III 350, 355.

<sup>264</sup> BGE 124 III 297, 304; ayrıca bkz. LUTTER, in: GS KNOBBE-KEUK, s. 240 vd.; LOSER, in: Recht aktuell 2006, Rz. 8.

<sup>265</sup> Yukarıda özel olarak temas edildiğinden, itibar unsurlarının kullanımının mevzuat gereği olduğu hallerde bunlara güvenmenin korunmaya değer görülmediği üzerinde ayrıca durulmayacaktır. Bu hususta bkz. LUTTER, in GS KNOBBE-KEUK, s. 238-239.

<sup>266</sup> WIEGAND, recht, 3/1997, s. 89; LUTTER, in GS KNOBBE-KEUK, s. 234, 241; HONSELL, in: FS SONNENSCHNEIN, s. 665; von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 63; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1034-1035, Yazar bu bağlamda Federal Mahkeme'nin “*Geometer Kararını*” (BGE 4C. 280/1999, T. 28.01.2000) anmakta (dn. 45) ve özel hukuki bağın güven sorumluluğunun en önemli şartı olduğunu belirtmektedir; LOSER, in: Recht aktuell 2006, Rz. 12.

<sup>267</sup> Karş. WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294; von der CRONE/WALTER, M., SZW, 2/2001, s. 57; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1034-1035.

bu anlamda belli bir ciddiyet ve yoğunluk<sup>268</sup> taşıması gerekli olmakla beraber, tarafların gerçek anlamda hukuken bağlanma “*nihai iradesine*” sahip olmaları, özellikle de bir sözleşmenin akdedilmiş olması zorunlu değildir. Zira bu görüşmeler neticesinde yavru şirketle üçüncü kişi arasında herhangi bir sözleşme akdedilmiş olması, Tasarı m. 209’un uygulanması bakımından gerekli değildir. Bu süreci, bir icabın reddedilip yeniden icapta bulunulmasını gerektiren, işlemin asli ve tali unsurlarının somutlaştırılmaya çalışıldığı bir “icaba davetler” süreci olarak görmek mümkündür. Bu çerçevede taraflar birbirlerini değişik yöntemler kullanarak (konumuz itibariyle itibar unsurlarından da faydalanarak) kendi yararları doğrultusunda ikna etmeye çalışmakta ve bu arada zarar görmeyeceği düşüncesiyle kendi kişi ve malvarlığı alanlarını da karşı tarafın müdahalesine açmaktadırlar. Bu suretle taraflar arasında -muhtemel- asli edim yükümlerinden bağımsız, kaynağını ve muhteviyatını MK m. 2/I’de bulan kanuni bir “koruma ilişkisi” kurulmaktadır. Söz konusu koruma ilişkisi, tarafları birbirlerinin özel hukuki bağ çerçevesinde müdahaleye maruz kalan hukuki değerlerini özellikle de malvarlığı değerlerini korumakla yükümlü kılmaktadır<sup>269</sup>. Nitekim kendi menfaatine ama karşı taraf aleyhine riskler yaratan bir kişiye bunun karşılığı olarak sadakat ödevleri yüklenmesi ve bu kişinin yarattığı ve istifade ettiği güvenin sonuçlarından hukuken sorumlu kılınması meşru görülmelidir<sup>270</sup>. Söz konusu koruma ilişkisi taraflar için tehlikenin ortadan kalkması (müzakerelerin ve temasın kesilmesi) ya da nihai olarak akdi bir korumanın sağlanmasıyla sona ermektedir<sup>271</sup>. Koruma ilişkisi, topluluk güven sorumluluğu bağlamında ise sözleşmenin tarafı olmayan ancak itibarından istifade ettiren hâkim şirketin, yavru şirketin muhataplarıyla olan ilişkilerini ve borçlarının ifasını en geniş anlamda gözetmesi, üçüncü kişiyi aydınlatması ve zarar verebilecek davranışları bizzat engellemesi şeklinde ortaya çıkacaktır<sup>272</sup>. Bu durum “hâkim şirketin güvene uygun davranma yükümü” (*Vertrauenserefüllungspflicht*) olarak ifade edilmektedir<sup>273</sup>. DRUEY topluluk itibarının kullanılması nedeniyle hâkim şirketin “topluluğu yönetme yükümü” (*Konzernleitungspflicht*) altına girdiğini de belirtmektedir<sup>274</sup>. Buna göre hâkim şirketin koruma yükümünün kapsamını, üçüncü kişinin duyduğu

<sup>268</sup> SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1035.

<sup>269</sup> EREN, s. 41 vd., 1083-1084; EDİS, s. 314-315, 318-319; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 976; WIEGAND, recht, 3/1997, s. 89; WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 278 vd.; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1036; MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht, 17. Aufl., Köln vd., 1996, s. 145-146.

<sup>270</sup> LOSER, Recht aktuell 2006, Rz. 10.

<sup>271</sup> MEDICUS, s. 145; “kanuni borç (koruma) ilişkisinin” müzakerelerin, sözleşmenin akdi ile sonuçlanması halindeki akıbeti ile ilgili tartışmalar için bkz. EREN, s. 43.

<sup>272</sup> Karş. BGE 120 II 331, 340; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1033-1034.

<sup>273</sup> DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1072; GONZENBACH da bunu “(yavru şirketçe yapılan) bilgilendirmenin gözetimi yükümünün” ihlali (*Verletzung der Informationsüberwachungspflicht*) şeklinde nitelendirmektedir, recht, 3/1995, s. 129.

<sup>274</sup> DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1075.

güven doğrultusunda hâkim şirketten beklemekte haklı olduğu davranışlar oluşturacaktır. Hukukumuz bakımından Tasarı m. 195 vd.'nda yer alan hükümler ile genel olarak şirketler hukuku ilkelerinin üçüncü kişinin beklentisinin içeriğinin tespitinde etkili olacağı vurgulanmalıdır.

Görüldüğü gibi göreceli olarak kısa sürmüş ve böylece belli bir aşamayı geçememiş, genel bilgi edinme düzeyinde kalmış, özellikle de tesadüfi sosyal temaslar sonucunda, Tasarı m. 209 ile korunması mümkün bir "güvenin" oluştuğunu söylemek mümkün olmayacaktır<sup>275</sup>. Bu hüküm ayrıca ekonomik hayattaki tecrubesizliğin, kolay inanır olmanın, düşünmeden/tartmadan, yeterince araştırmadan kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunmanın, daha açık bir deyimle ağır kişisel özensizliğin ekonomik sonuçlarını hâkim şirkete yüklemenin aracı değildir<sup>276</sup>. Özellikle müzakereler sırasında hâkim şirketin kusurundan kaynaklanan bir eylemi olmadığı halde, üçüncü kişinin olayın özelliklerini hatalı değerlendirerek büyük beklentilere girmesi (edimler arası denge, ifanın süresi, maliyetlerin amorti süresi, ekonomik rantabilite hakkında ileriye dönük aşırı iyimser tahminler yapması) ve sonra da bunların gerçekleşmemesi Tasarı m. 209'un kapsamına girmez<sup>277</sup>.

**bb) Üçüncü Kişi Güvenin Boşa Çıkması Neticesinde Zarara Uğramış Olmalı:** Tasarı m. 209 incelendiğinde burada BK m. 41 ve 96'da olduğu gibi açıkça bir zarar şartından bahsedilmediği ve yalnızca "hâkim şirket [...] güvenden sorumludur" ifadesinin yer aldığı görülecektir. Hatta hükümde sorumluluğu hâkim şirketin hangi eyleminin doğurduğu da açıkça yazılı değildir. Madde gerekçesi de bu konuda aydınlatıcı değildir. Bu durum bizi hükmün yaptırımsız olduğu sonucuna götürmemelidir. Amaca göre (teleolojik) yorum yapılarak, sorumluluğu, hâkim şirketin uyandırdığı haklı güveni boşa çıkarmasının (yıkmasının) doğurduğunu ve maddede kullanılmış olan "sorumluluk" ifadesinin de "verilen zararın tazmini yükümünü"<sup>278</sup> bir diğer deyimle hukuki sorumluluğu anlattığını kabul etmek gerekir. Hal böyle olunca açıkça yazılmamış olsa da "güvenin boşa çıkarılması ve üçüncü kişinin bunun sonucunda zarara uğramış olması şartının" hükme mündemiç olduğu sonucuna varılmalı ve Tasarı m. 209 "hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenin boşa çıkarılmasından [veya güvene uygun davranmamasından] doğan zararı tazminle yükümlüdür" şeklinde anlaşılmalı; hatta m. 209 TBMM'nde yasalaşması sürecinde bu şekilde değiştirilerek anılan eksiklik giderilmelidir.

<sup>275</sup> Karş. WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294; SOMMER, AJP, 9/2006, s. 1035.

<sup>276</sup> Karş. BGE 120 II 331, 336; BGE 133 III 449, 451; karş. HONSELL, in: FS SONNENSCHEN, s. 665.

<sup>277</sup> Karş. WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294.

<sup>278</sup> EREN, s. 444; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 18-19.

İsviçre Hukukunda ise sorumluluk için “güvenin yıkılması” ve bunun da bir “zarara” sebebiyet vermesi gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Nitekim *SOMMER*’ın da isabetli olarak belirttiği gibi güven sorumluluğunda, sorumluluğun ortaya çıkmasını sağlayan, itibarın kullanılması ya da taraflar arasında özel hukuki bağın kurulması değil, koruma yükümünün dürüstlük kuralına aykırı olarak ihlâl edilmesi ve böylece haklı güvenin yıkılmasıdır<sup>279</sup>. Federal Mahkeme de *Wibru/Swissair Kararı*’nda “[...] sorumluluğun varlığı yalnızca, hâkim şirketin davranışlarıyla, konzern davranışı (Konzernverhalten) ve konzern sorumluluğu (Konzernverantwortung) hususunda belli beklentiler yaratması, bu beklentileri de daha sonra doğruluğa aykırı biçimde boşa çıkarması halinde kabul edilebilir [...]” demek suretiyle, konzern güven sorumluluğunun güvenin boşa çıkarılmış olmasına bağlı olduğunu açıkça ortaya koymuştur<sup>280</sup>.

Hâkim şirket üçüncü kişinin duyduğu güven doğrultusunda kendisinden beklemekte haklı olduğu davranışları doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak yerine getirmediği takdirde koruma ve böylece “güvene uygun davranma yükümünü” (*Vertrauenserefüllungspflicht*) ihlâl etmiş olacaktır. *BUCHER*’in de dikkat çektiği gibi, güven sorumluluğunu, diğer sorumluluk hallerinden ayıran önemli noktalardan birisi de zararın, tazminat yükümlüsünün fiili veya buna yüklenebilir ve kendi hukuk alanından kaynaklanan bir başka olay sebebiyle değil, zarar görenin kendi davranışı sebebiyle doğmasıdır. Diğer bir ifadeyle zarar gören kendisine, kendi fiili ile zarar vermektedir. Nitekim *Wibru/Swissair Kararı*’nda zarar gören taraf olan *Wibru AG* kendi kararı ile sonradan iflas edecek yavru şirkete yatırım yapmıştır. Normal olarak kişinin kendisine zarar vermesinden dolayı bir üçüncü kişinin sorumluluk yüklenmesi söz konusu olamaz. Ancak bir kişinin (hâkim şirketin), kendisiyle özel hukuki bağ kurmuş muhatabında (zarara uğrayan taraf) güven yaratmak suretiyle, bunun kendisine zarar verecek bir davranışta bulunmasına yol açmış, buna davetiye çıkarmış olması, güven sorumluluğu uyarınca tazminat yükümlüsü kılınmasını gerektirmektedir<sup>281</sup>. Bu noktada deyim yerindeyse zincirleme illiyet söz konusudur: Güven yaratılması muhatabın kendisine zarar verecek davranışta bulunmasına, güvenin doğruluk ve güven kurallarına aykırı biçimde yıkılması ise zararın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ancak zarar bakımından belirleyici olan neden, görüldüğü gibi hâkim şirketin güvene uygun davranmamış olmasıdır.

Duyduğu güvenin hâkim şirketten onu somut olarak hangi davranışta bulunması beklentisi yarattığını davada üçüncü kişi ortaya koyacaktır. *Wibru/Swissair Kararı*’nda Federal Mahkeme davacının, hâkim şirket *Swissair*’in “*IGR*’nin arkasında olduğuna ilişkin beyandan, davalının *IGR*’yi

<sup>279</sup> *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1037; bkz. ayrıca *DRUEY*, in: FS LUTTER, s. 1075.

<sup>280</sup> BGE 120 II 331, 336.

<sup>281</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 248 ve 255.

en azından kuruluş aşamasında, **yeterli sermaye ile donatacağı vaadinde** (*Zusicherung*) bulunduğu sonucunu doğruluk ve güven ilkesi uyarınca çıkarmakta” ve “reklâm dokümanlarına dayanarak, *IGR*’nin *Swissair Konzerni*’ne bağlılığının reklâm olacak şekilde vurgulanmasının, **faaliyetlerin doğru ve güvenilir olacağına teminat** teşkil ettiğine ve davalının **hâkim şirket olarak güvenilirlik ve doğruluk için garanti verdiği**ne güvenmekte haklı” olduğu sonucuna varmıştır<sup>282</sup>.

Üçüncü kişinin hâkim şirkete yönelik güveninden kaynaklanan beklentilerinin haklı görülebilmesi için yavru şirketle sürdürülen ve özel hukuki bağ yaratan müzakereler sonucunda herhangi bir sözleşmenin yapılmış olmasının zorunlu olmadığı hatırlatılmalıdır. Buna göre akim kalmış müzakereler sırasında ya da sonrasında ortaya çıkan bir zararın da Tasarı m. 209’e göre tazmininin istenmesi mümkündür. Bu bağlamda sözleşmenin akdi, yavru şirkete yüklenebilir bir sebeple akim kalmışsa ya da sözleşme yine yavru şirketin kusuruna dayanan bir hata nedeniyle bunun veya üçüncü kişi tarafından iptal edilmişse (BK m. 23-29) ya da sözleşme batıl ise (BK m. 20/I) ve yavru şirket de üçüncü kişinin bundan kaynaklanan zararını tazmin edemiyorsa, itibarını kullandırması halinde hâkim şirkete Tasarı m. 209 çerçevesinde başvurulabilecektir.

Üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar çoğunlukla malvarlığı değerlerine ilişkin maddi zarar olacaktır. Bu, müspet (yavru şirketin sözleşmeyi ifa etmemesi hali) ya da menfi zarar (sözleşmenin butlanı, iptali ya da sözleşme görüşmelerinin sebepsiz ve haksız kesilmesi hali) niteliğinde olabilir<sup>283</sup>. Bunun yanında manevi zararlar da söz konusu olabilir<sup>284</sup>.

Üçüncü kişinin, uğradığı zararın hâkim şirketin haklı güvenini boşa çıkartmış olmasından kaynaklandığını (illiyet bağı) ispat etmesi gereklidir. Üçüncü kişi bu bağlamda *örneğin*, benzer şartlarda almayacağı riskleri sırf hâkim şirketin itibarı ve buna duyduğu güven sebebiyle üstlenmiş olduğunu ya da sözleşmenin ifası sırasında yavru şirketle yaşanan sorunlarda hâkim şirketin itibarını kullanıp kendisinde güven yarattığını ve yeni riskler almasına ya da var olan risklerin büyümesine rıza göstermesine sebep olduğunu ve böylece akdi ilişkiyi uygun zamanda sona erdirmesinin engellendiğini ispat edebilir<sup>285</sup>. Ancak burada da üçüncü kişi lehine bir takım ispat kolaylıkları tanımak daha açık deyimle ispat yükünün yer değiştirdiği hallerin varlığını kabul etmek gerekir. Üçüncü kişinin, güveninin boşa çıkarıldığını ve zararının da bundan doğduğunu gösteren bir takım güçlü

<sup>282</sup> BGE 120 II 331, 339-339.

<sup>283</sup> Güven sorumluluğunun menfi zararlar yanında müspet zararların tazminine de imkan verdiği hakkında bkz. *LOSER*, Recht aktuell, Rz. 13. Aksi görüş, *BERGER*, recht, 6/2002, 206.

<sup>284</sup> *BUCHER*, in: FS WALTER, s. 258; *DIEM*, s. 5; bkz. ayrıca *von der CRONE/WALTER*, M., SZW, 2/2001, s. 65.

<sup>285</sup> *von der CRONE/WALTER*, M., SZW, 2/2001, s. 63-65.

emareleri (örn. hâkim şirkete yapılmış ihtarlar) ortaya koyması halinde bunun aksi artık hâkim şirketçe ispat edilmelidir<sup>286</sup>.

**e) Hâkim Şirketin Güvene Aykırı Davranışının Kusura Dayanması ve Hukuka Aykırılığı:** Hâkim şirketin üçüncü kişinin güvenine aykırı davranışının sorumluluğu gerektirmesi için kusurlu olması gerektiği tartışmasız kabul edilmektedir<sup>287</sup>. Bu kusur, “kast” şeklinde olabileceği gibi *Wibru/Swissair Kararı*’nda da görüldüğü gibi itibar unsurlarını kullanan yavru şirketin bu eylemleri karşısında sessiz kalmak şeklinde ortaya çıkacak “ihmal” (ağır ya da hafif) şeklinde de olabilir (*omnis culpa*) (karş. BK m. 98/I c. 1). Topluluk güven sorumluluğunun, güvenin aktif ya da pasif bir fiille *kasten* boşa çıkarıldığı hallere münhasır kılınması gerektiği düşüncesi<sup>288</sup>, bu sorumluluk kaynağını BK m. 41 ve 96’ya göre haklı bir neden olmaksızın zayıflatacağı ve giderek uygulanamaz hale getireceği için benimsenemez. Diğer yandan bunun gerçek hayatta bir karşılığı ve işlevi de olmayacaktır.

“Özel hukuki bağ” şartının topluluk güven sorumluluğunu, sözleşme sorumluluğuna yaklaştırdığı da göz önünde tutulursa<sup>289</sup>, BK m. 96’da yer alan “kusursuzluğun ispatı ilkesinin” burada da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira aksi halde şirketler topluluğu gibi karmaşık ve dinamik bir organizmanın gerek kendi gerekse unsurlarının organlarının karar ve eylemlerinin manevi hareket noktasının bunun dışında yer alan kişilerce ispat edilebilmesi, bu karar ve eylemlere hemen her zaman birden çok kişinin karışmış olacağı gerçeği ve özellikle de “delillere iktidar prensibi” de dikkate alındığında ciddi bir zorluk teşkil edecek ve Tasarı m. 209’u uygulanamaz hale getirebilecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki topluluk güven sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna benzerliği sebebiyle BK m. 98/II, topluluk güven sorumluluğunda kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre zarar gören üçüncü kişinin müterafik kusuru tazminatın indirilmesini gerektirebilir (BK m. 44/I)<sup>290</sup>.

Tarafların bir hukuki ilişki kurma amacıyla temasa geçmeleriyle aralarında kurulan ve kaynağını ve muhtevasını MK m. 2/I’de bulan koruma borcunun<sup>291</sup>, hâkim şirket tarafından doğruluk ve güven kurallarına aykırı

<sup>286</sup> DRUEY, in: FS LUTTER, s. 1075-1076.

<sup>287</sup> Bkz. sadece *DIEM*, s. 6; *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1037.

<sup>288</sup> Bu yönde *SOMMER*, AJP, 9/2006, s. 1037.

<sup>289</sup> Görüşme ve güven ilişkisinin ihlâlüne, en azından kıyas yoluyla sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (BK m. 96, 100, 125) uygulanmasına ilişkin görüş için bkz. *EREN*, s. 1086-1087; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 978-979; haksız fiil görüşü için bkz. *KILIÇOĞLU*, 59-60. Ancak aynı Yazar zamanaşımı konusunda, kural olarak BK m. 125 uyarınca 10 yıllık sürenin geçerli olacağını belirtmektedir.

<sup>290</sup> *EREN*, s. 732 vd.

<sup>291</sup> *WIEGAND*, recht 1997, s. 89-91; *EREN*, s. 41 vd.

olarak ihlâl edilmesi hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğini gösterecektir. Zira hâkim şirket üçüncü kişinin duyduğu güven doğrultusunda kendisinden beklemekte haklı olduğu davranışları doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak yerine getirmedeği takdirde koruma (güvene uygun davranma) yükümüne böylece de MK m. 2/I'e aykırı davranmış olacaktır. Davacı üçüncü kişi dürüstlük kurallarının ne şekilde<sup>292</sup> ihlâl edilmiş olduğunu ortaya koymalıdır<sup>293</sup>.

### 3- Tasarı m. 209'a Göre Sorumlu Olan İle Dava Hakkı Sahipleri:

Tasarı m. 209'dan kimin sorumlu olduğu anlaşılabilen ise de kime karşı sorumlu olduğu, bir başka deyimle dava hakkı sahiplerinin kimler olduğu belirtilmiş değildir. Bu son husus hükümde "toplum" ve "tüketici" ifadeleri yer almış olması sebebiyle önem arz etmektedir.

Haklı güvenin doğruluk ve güven kurallarına göre boşa çıkarılması sonucu doğan zararın tazminat yükümlüsü Tasarı m. 209'da da açıkça ifade edildiği gibi topluluk "hâkim şirkettir". Topluluk içinde hâkim şirketin kim olduğu Tasarı m. 195/1-5 ve 197'de açıklanmıştır. Tasarı m. 195 vd.'nda yer alan düzenlemelerin, toplulukta tek bir hâkim şirket olacağı ihtimalini (bağımlılık (tabilik) esasına dayalı konzern; *Unterordnungskonzern*)<sup>294</sup> esas aldığı görülmektedir. Dolaylı hakimiyetten (çok basamaklı konzern; *mehrstufiger Konzern*)<sup>295</sup> söz edilmiş (bkz. Tasarı m. 195/3-4) ve buna birtakım hukuki sonuçlar bağlanmış olsa da (bkz. Tasarı m. 198/1, 203, 208), buna göre daha özel bir durum olan "konzern içinde konzern" (*Konzern im Konzern*)<sup>296</sup> meselesinin düzenlenmiş olduğu söylenemez. Konumuz açısından yaklaşacak olursak böyle bir durumda tepede bulunan hâkim şirket mi, arada yer alan hâkim şirket mi yoksa müteselsil halde her ikisi birden mi sorumlu olacaktır? Kanaatimizce daha baştan arada bulunan hâkim şirketin aslında kendisinin de yavru şirket olduğu dolayısıyla kendi itibarı olamayacağı söylenemez. Aradaki hâkim şirketin kendi itibarını kullanmış olması halinde sadece bunun, eğer tepedeki hâkim şirketin itibarı kullanılmış ise bunun, eğer üçüncü kişinin güveninin oluşmasında her ikisinin de itibarı ve eylemleri etkili olmuşsa her ikisinin birden sorumlu olması gerekir. Nitekim *Wibru/Swissair Kararı*'nın dikkatten kaçmaması gereken bir özelliği de, torun şirket *IGR* ile sözleşme yapmış olan davacı tarafın (*Wibru AG*) tazminat talebini, buna ya da anne şirkete (*Swissair Beteiligungen AG*) değil "büyük anne" durumundaki *Swissair*'e yöneltmiş ve bunun davalı sıfatının Federal Mahkeme'ce hiç tartışılmamış olmasıdır<sup>297</sup>. Bu sonucu

<sup>292</sup> Dürüstlük kuralının yüklediği yükümlülükler hakkında bkz. *EDİS*, s. 317 vd.; *HEINRICHS*, in: *PALANDT*, BGB, § 242 Rn. 27 vd.

<sup>293</sup> *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 577; bkz. BGE 124 III 297, 301.

<sup>294</sup> *BOYACIOĞLU*, s. 326 vd.

<sup>295</sup> *BOYACIOĞLU*, s. 328.

<sup>296</sup> *BOYACIOĞLU*, s. 328 vd.

<sup>297</sup> Bkz. *GONZENBACH*, recht, 3/1995, s. 127-128.



IGR'nin reklâm beyanlarında *Swissair Beteiligungen AG*'yi anmış olması daha da önemli kılmaktadır<sup>298</sup>. Ayrıca *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararı*'nda da benzer durumun söz konusu olduğu eklenmelidir.

Hâkim şirketin kime karşı sorumlu olacağı hususunda ise şu açıklamalar yapılabilir: Tasarı m. 209'da yer alan "toplum" ve "tüketici" ifadeleri, gerçekte topluluk itibarının ulaştığı düzeyin nezdinde ölçüleceği sosyolojik mecraları anlattıklarından, davacının kim olacağı sorusunu cevaplamaya yetmemektedir. Diğer yandan belirtilmelidir ki bu iki kelime kapsamı belirsiz bir grubu ifade ettiğinden davacının kim olduğunu belirlemeye zaten elverişli değildir. Davacı, kendisinde uyandırılan güvenin etkisiyle, yavru şirketle özel hukuki bağ içinde hukuki bir ilişki kurmuş ve güveni dürüstlük kurallarına aykırı olarak boşa çıkarılmış kişi olacaktır. Bunların gerçek ya da tüzel kişi veya tacir ya da adi kişi olması önemsizdir.

Ayrıca belirtilmelidir ki Tasarı m. 209, deyim yerindeyse "tek yönlü koruma" sağlamaya yönelik bir hüküm olması itibarıyla, hâkim şirketin buradan üçüncü kişiye karşı herhangi bir talep hakkı çıkartması mümkün değildir. Hâkim şirketin yavru şirket-üçüncü kişi ilişkisi dolayısıyla üçüncü kişi tarafından sözleşme dışı zarara uğratılması durumunda dayanağı BK m. 41 olabilecektir. Tasarı m. 209'un topluluk şirketlerinin yöneticileri ile olan hukuki sorumluluk ilişkileri yanında topluluk içi ilişkilerde de uygulanamayacağı belirtilmelidir.

#### 4- Tasarı m. 209'un Akdi ve Haksız Fiil Sorumluluğu İle İlişkisi:

Topluluk güven sorumluluğunu düzenleyen Tasarı m. 209, akdi (BK m. 96 vd.) ve haksız fiil sorumluluğuna (BK m. 41 vd.) nazaran müstakil bir varlığa sahiptir. Bu açıdan bir yedek (*subsidiär*) sorumluluk normu değil alternatif (yarışan) sorumluluk normudur. Bir diğer deyimle m. 209'un uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde, uygulanıp uygulanmayacağı diğer iki sorumluluk kaynağının o olayda uygulanamayacak olmasına ya da m. 209'un davacının daha lehine olmasına bağlı değildir<sup>299</sup>. Tasarı m. 209, kendisine ait şartları olan, uygulanma şartları yargıç tarafından BK m. 41 vd. ve m. 96 ile birlikte müstakilen denetlenmesi gereken bir normdur. Bunun istisnası, somut olaydaki uyumsuzluğun özel bir kanunla düzenlenmiş olması halidir. Bu durumda Tasarı m. 209 genel hüküm kabul edilecek ve özel hüküm öncelikle uygulanacaktır.

Tasarı m. 209'un hâkim şirket-üçüncü kişi (yavru şirketin âkiti) arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenlemesi bakımından özellik arz eden bir diğer duruma değinmekte fayda vardır. Buna göre, süren müzakereler sırasında hâkim şirketle üçüncü kişi arasında örneğin bir patronaj

<sup>298</sup> BGE 120 III 331, 334-335, "[...] Çünkü IGR her ne kadar *Swissair Beteiligungen AG*'nin bağımsız bir işletmesi olsa da hâkim şirketin işletme ilkelerine göre çalışır [...]"

<sup>299</sup> Bkz. *WALTER*, ZBJV, 4/1996, s. 294-295.

sözleşmesi<sup>300</sup> ya da üçüncü kişinin yavru şirketle olan ilişkisinde uğrayabileceği zararları teminat altına almayı amaçlayan bir başka sözleşme (örn. kefalet ya da garanti sözleşmesi) kurulmuş olduğu sonuca varılırsa, üçüncü kişi taleplerini artık Tasarı m. 209'a değil bu sözleşmeye dayandıracaktır. Bu bakımdan Tasarı m. 209'un uygulanması için yavru şirketle üçüncü kişi arasında herhangi bir sözleşme kurulmuş olup olmaması önemli değilken, hâkim şirket-üçüncü kişi arasındaki güvene riayet etmemekten doğan sorumluluk ilişkisinin Tasarı m. 209 kapsamına girmesi için ise hâkim şirketle üçüncü kişi arasında bir sözleşme ilişkisi *kurulmamış* olması gerekir<sup>301</sup>. Ancak somut olay aynı zamanda haksız fiilin özelliklerini taşıyorsa bu durumda BK m. 41 değil, Tasarı m. 209 uygulanacaktır.

### 5- Zamanaşımı, Bireysel ve Asli Sorumluluk İlkesi:

Tasarı m. 209'a göre açılacak davanın zamanaşımı süresi Tasarı'da açıklanmamıştır. Tasarı m. 195 vd.'nda yer alan bazı zamanaşımı süreleri ise özel hüküm olup, m. 209 hakkında kıyasen dahi uygulanamazlar. Bu durumda BK hükümlerinin uygulanması gerekir (TK m. 1/I c. 1; Tasarı m. 1/I c. 1). Zira bir hakkın zamanaşımına uğraması ya da düşmesi hâkimin yarattığı hukuka göre kanun koyucunun açık iradesine bağlıdır. Kanunun zamanaşımı hususunda özel herhangi bir süre öngörmemiş olması sebebiyle m. 209 uyarınca açılacak davalar 10 yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır (BK m. 125; İsviçre BK m. 127)<sup>302</sup>. Diğer yandan topluluk güven sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna olan benzerliği de<sup>303</sup> aynı sonuca varmayı gerektirir.

Hâkim şirketin Tasarı m. 209'dan kaynaklanan sorumluluğu bireysel ve sınırsız sorumluluktur. Yavru şirket bu sorumluluk bakımından hâkim şirket ile müteselsil borçluluk ilişkisi içinde değildir. Hâkim şirketin sorumluluğunun, yavru şirketin üçüncü kişiye karşı olan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden doğan tali bir sorumluluk (*Subsidiärverpflichtung, akzessorische Haftung*)<sup>304</sup> olmadığı da ayrıca belirtilmelidir. Bu açıdan Tasarı m. 209'un yüklediği sorumluluk hâkim şirketin yarattığı güveni doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak yıkmasından kaynaklanan *asli* bir sorumluluktur<sup>305</sup>.

<sup>300</sup> Bkz. KIRCA, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 451 vd.

<sup>301</sup> Karş. WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294.

<sup>302</sup> BUCHER, in: FS WALTER, s. 259; WALTER, ZBJV, 4/1996, s. 294-295; aynı yönde WIEGAND, recht 1997, s. 93. Yazar ayrıca İsviçre BK m. 55'in (BK m. 55) değil İsviçre BK m. 101'in (BK m. 100) uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>303</sup> C.i.c. sorumluluğuna, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması hakkında bkz. sadece EREN, s. 1086-1087.

<sup>304</sup> EREN, s. 1151.

<sup>305</sup> DIEM, s. 9; HANDSCHIN, s. 307.

## VI- SONUÇ

1- “Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur” şeklindeki 209. madde, TTK Tasarısının şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerinin (m.195-209) en çok dikkat çekenlerindedir. Türkiye bununla konzern/topluluk güven sorumluluğunu (*Konzernvertrauenshaftung*) Kara Avrupası Hukuk çevresinde yasa ile düzenleyen ilk ülke olacaktır.

2- Konzern güven sorumluluğu, c.i.c. sorumluluğunun özel bir hali olarak nitelenen güven sorumluluğu ilkesinin (*Vertrauenshaftung*) İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 1994 yılında *Wibru/Swissair Kararı*’nda topluluk ilişkilerine de uygulanması ile ortaya çıkmış ve Federal Mahkeme o zamandan bu yana topluluk güven sorumluluğuna ilişkin başka kararlar da vermiştir. Güven sorumluluğu, Federal Mahkeme’nin bunun kapsam ve sınırları hakkındaki zaman zaman verdiği farklı kararlara ve doktrindeki tartışmalara rağmen bugün İsviçre Borçlar Hukukunun yerleşik bir kurumu haline gelmiştir. Ancak konu İsviçre’de ve diğer Avrupa ülkelerinde yasal olarak düzenlenmiş değildir.

3- Topluluk güven sorumluluğunun işlevi, topluluk itibarının yavru şirketçe kullanılarak, üçüncü kişilerde hâkim şirkete karşı güven yaratılmak suretiyle, bunların yavru şirket ile hukuki ilişki kurmaya sevk edilmesi; ancak bu güvenin daha sonra hâkim şirketçe doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak yıkılması sebebiyle haklı beklentileri boşa çıkan üçüncü kişinin uğradığı zararların giderilmesidir. Hâkim şirket, teknik anlamda bir sözleşme akdetmiş olmamasına ve yavru şirketle üçüncü kişi arasındaki ilişkiye yabancı olmasına rağmen, yavru şirketle üçüncü kişi arasında ilişki kurulmasına itibarı ve bunun yarattığı güven ile dolaylı da olsa “müdahil” olduğundan, yaratılan güvenin yıkılmasından kaynaklanan zararı tazminle yükümlü kılınmıştır.

İtibarın kullanılmasından bahsedilebilmesi için “topluluk adı”, unvan, marka, logo gibi itibar unsurlarının, kural olarak yavru şirket tarafından, özel bir hukuki bağ (*rechtliche Sonderverbindung*) içinde reklam, ilan, broşür, bülten ve yazılı-sözlü teminatlarda kullanılmış olması gerekir. Ancak sırf şirketler topluluğu içinde yer almak ya da sırf bu bağliliğe işaret etmek, itibarın kullanılması niteliğinde olmayıp, Tasarı m. 209’a göre bir sorumluluk doğurmaz. Aynı şekilde mevzuat gereği yapılması gereken ilân, duyuru ve bildirimler de üçüncü kişilerde güven uyandırmaya elverişli değildir. Bunun gibi göreceli olarak kısa sürmüş ve böylece belli bir aşamayı geçememiş, genel bilgi edinme düzeyinde kalmış, özellikle de tesadüfi sosyal temaslar sonucunda, Tasarı m. 209 ile korunması mümkün bir “güvenin” oluştuğu söylenemez.

İtibarın kullanılması ve karşı tarafta güven uyanması sonucu hâkim şirketle üçüncü kişi arasında kaynağını MK m. 2/I'de bulan kanuni bir "koruma ilişkisi" doğmaktadır. Koruma ilişkisi, topluluk güven sorumluluğu bağlamında, sözleşmenin tarafı olmayan ancak itibarından istifade ettiren hâkim şirketin, yavru şirketin muhataplarıyla olan ilişkilerini ve borçlarının ifasını en geniş anlamda gözetmesi, üçüncü kişiyi aydınlatması ve yavru şirketin zarar verebilecek davranışları bizzat engellemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre hâkim şirketin koruma yükümünün kapsamını, üçüncü kişinin duyduğu güven doğrultusunda hâkim şirketten beklemekte haklı olduğu davranışlar oluşturacaktır. Bu durum "hâkim şirketin güvene uygun davranma yükümü" (*Vertrauens-erfüllungspflicht*) olarak ifade edilmektedir.

Tasarı m. 209'un ekonomik hayattaki tecrubesizliğin, kolay inanır olmanın, düşünmeden/tartmadan, yeterince araştırmadan kişi ve malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunmanın, daha açık bir deyimle ağır kişisel özensizliğin ekonomik sonuçlarını hâkim şirkete yüklemenin aracı olamayacağı da ayrıca belirtilmelidir.

**4-** Kaynağını MK m. 2/I'de bulan Tasarı m. 209, genel anlamda olumlu ve yararlı bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Ancak düzenlenme biçimi (yazımı ve yapısı) uygulanmasını zorlaştıracak unsurlar içermektedir. İşlevselliğinin artırılması ve dar tutulmuş bu nedenle de topluluklar arasında nedensiz ayırım yaratan kişi bakımından uygulama alanının genişletilmesi bakımından, m. 209'un TBMM'deki yasalaşma sürecinde kanaatimizce şu şekilde değiştirilmesinde fayda vardır: "*hâkim şirket, topluluk itibarının kullanılmasının uyandırdığı güvene uygun davranmamasından doğan zararı tazminle yükümlüdür*".

**5-** Gerek Tasarı m. 195-208'de öngörülen esaslar ve gerekse İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Wibru/Swissair* ve *Musikvertrieb/Motor-Columbus Kararları* ile bunlara ilişkin tartışmalarda ifadesini bulmuş ilkeler çerçevesinde Tasarı m. 209'un uygulanma şartları şu şekilde sıralanabilir:

- a) Tasarı m. 195 ve 197'de tanımlanan türden bir şirketler topluluğu bulunmalı,
- b) Şirketler topluluğunun itibarı topluma veya tüketicilere güven veren düzeye ulaşmış olmalı,
- c) Topluluk itibarı kullanılmış olmalı,
- d) Topluluk itibarının kullanılması sonucu üçüncü kişide güven oluşmalı, yaratılan güvenin doğruluk ve güven kurallarına aykırı biçimde boşa çıkarılması neticesinde üçüncü kişi zarara uğramış olmalı ve
- e) Hâkim şirketin güvene aykırı davranışı kusurlu ve hukuka aykırı olmalıdır.

**6-** Tasarı m. 209 ile öngörülen sorumluluk, akdi ve haksız fiil sorumluluklarının yanında müstakil bir varlığa sahiptir ve bunlara göre tali bir sorumluluk kaynağı değildir. Hâkim şirketin bu sorumluluğu ayrıca asli bir sorumluluk olup, bireysel ve sınırsızdır. Topluluk güven sorumluluğunun akdi sorumlulukla benzerliğinden dolayı, kusurun ispatı, zamanaşımı, zararın hesaplanması gibi *sorumluluğun tali noktalarında* BK m. 96, m. 98/II, ve 125 kıyasen uygulanmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- AKER*, Halit: “Hâkim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukukî İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, *BATİDER*, C. XXII, Y. 2003, S. 2, s. 153 vd.
- ARKAN*, Sabih: *Ticarî İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2001.
- AYHAN*, Rıza: *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, İstanbul, 1992.
- AYTAÇ*, Zühtü: “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, *BATİDER*, C. VIII, S. 4, s. 97 vd.
- BERGER*, Bernhard: “Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung”, *recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis)*, 2002/6, s. 201 vd.
- BOYACIOĞLU*, Cumhur: *Konzern Kavramı*, Ankara, 2006.
- BÖCKLI*, Peter: *Schweizer Aktienrecht*, 3. Aufl., Zürich vd., 2004.
- BUCHER*, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht*, AT, 2. Aufl., Zürich, 1988.
- BUCHER*, Eugen: “Was man aus einem Fall “Putativ-Vertrauenshaftung” lernen kann?” -BGE vom 7.1.1999 (“Monte Rosa-Fall”) ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung-”, *recht*, 2/2001, s. 65 vd.
- BUCHER*, Eugen: “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, in: *Festschrift für Hans-Peter WALTER zum 60. Geburtstag*, Bern, 2005, s. 231 vd.
- von BÜREN*, Roland: *Konzernrecht (Skript)*, Bern, 1999, s. 35-36, <http://skripte.kuechler-law.ch/pdf/konzernrecht.pdf> (erişim tarihi: 23.11.2007).
- von BÜREN*, Roland: “Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept”, in *Festschrift für Peter BÖCKLI zum 70. Geburtstag*, Zürich vd. 2006, s. 429 vd.
- CANARIS*, C. Wilhelm: *Handelsrecht*, 23. Aufl., München, 2000.
- von der CRONE*, Hans Caspar/*WALTER*, Maria: “Konzernerklärung und Konzernverantwortung”, *SZW (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, 2/2001, s. 53 vd.
- CYRILL*, Diem: *Haftungs begründende Erklärungen im Rahmen der Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*, [www.cyrill-diem.ch/fileadmin/](http://www.cyrill-diem.ch/fileadmin/)

Dateien/MASTERARBEIT\_CYRILL\_DIEM\_-\_2005.doc (erişim tarihi: 22.01.2008).

*ÇAMOĞLU*, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2007.

*DRÜKE*, Heiner: Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft, Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht), Diss., Köln vd., 1990.

*DRUEY*, Jean Nicolas: “«Konzernvertrauen»”, in: Festschrift für Marcus LUTTER, Köln, 2000, s. 1069 vd.

*DRUEY*, Jean Nicolas: “Der Entwurf für ein türkisches Konzernrecht in rechtsvergleichender Sicht”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 321 vd.

*EDİS*, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, 1987.

*EREN*, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2008.

*ESENER*, Turhan: “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İn’ikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, AÜHFD, Y. 1952, C. IX, S. 3-4, s. 166 vd.

*GAUCH*, Peter: “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, recht, 6/1996, s. 225 vd.

*GAUCH*, Peter: “Der Schätzer und die Dritten-methodisches zu BGE 130 III 345 ff. Zur Deliktshaftung und zu den Haftungsfiguren der vertraglichen Drittschutzwirkung, der Culpa- und der Vertrauenshaftung”, in: Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang WIEGAND, Bern, 2005, s. 823 vd.

*GONZENBACH*, Rainer: “Senkrechtsstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen»”, recht, 3/1995, s. 117 vd.

*HANDSCHIN*, Lukas: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich, 1994.

*HONSELL*, Heinrich: “Haftung aus “Konzernvertrauen” im schweizerischen Recht”, in: Gedächtnisschrift für Jürgen SONNENSCHNEIN, Berlin, 2003, s. 661 vd.

*KILIÇOĞLU*, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2005.

*KINACIOĞLU*, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara, 1993.

- KIRCA*, İsmail: “Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı”, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 451 vd.
- KOCH*, Jens: Die Patronatserklärung, Habil., Tübingen, 2005.
- LORANDI*, Franco: “Haftung für reinen Vermögensschaden”, recht, 1/1990, s. 19 vd.
- LOSER*, Peter: “Die Vertrauenshaftung in der Praxis”, in: Tagungsband Recht aktuell 2006, (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht), Bern, 2006, s. 23 vd.
- LUTTER*, Markus: “Haftung aus Konzernvertrauen?”, in: Gedächtnisschrift für Brigitte KNOBBE-KEUK, Köln 1997, s. 229 vd.
- MEDICUS*, Dieter: Bürgerliches Recht, 17. Aufl., Köln vd., 1996.
- MEIER-HAYOZ*, Arthur/*FORSTMOSE*r, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern, 2004.
- PALANDT*: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Kommentar, 62. Aufl., München, 2003.
- von *PLANTA*, Andreas: Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel, 1981.
- POROY*, Reha/*TEKİNALP*, Ünal/*ÇAMOĞLU*, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2000.
- POROY*, Reha/*TEKİNALP*, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. Bası, İstanbul, 2001.
- REHBINDER*, Eckard: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg, 1969.
- RIEDER*, Cyrill: “Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht”, HanseLR (Hanse Law Review), Vol. 2, No. 1, 2006, s. 82 vd.
- SCHMIDT*, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991.
- SCHÖNBÄCHLER*, Patrick: “Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1994-2005 (EGV-SZ)”, <http://schoenbaechler.ch/egv-sz/egv98a2.htm> (erişim tarihi: 14.12.2007).
- SEROZAN*, Rona: “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, Y. 1, S. 3, İstanbul, 1968 (ayrı bası).
- SOMMER*, Ueli: “Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationsrechts?”, AJP (Aktuelle Juristische Praxis), 9/2006, s. 1031 vd.



- TANDOĞAN*, Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. II, 4. Bası, İstanbul, 1989.
- TEKİNAY*, S. Sulhi/*AKMAN*, Sermet/*BURCUOĞLU*, Halûk/*ALTOP*, Atillâ: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- von *TUHR*, Andreas: Borçlar Hukuku, C. I-II, (Çev. Cevat EDEGE), Ankara, 1983.
- ÜLGEN*, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), 2. Baskı, İstanbul, 2005.
- ÜLGEN*, Hüseyin/*TEOMAN*, Ömer/*HELVACI*, Mehmet/*KENDİGELEN*, Abuzer/*KAYA*, Arslan/*NOMER-ERTAN*, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006.
- VISCHER*, Frank: “10 Jahre neues Aktienrecht-Würdigung aufgrund der Gerichtspraxis”, Der Schweizer Treuhänder, 5/2002, s. 391 vd.
- WALTER*, Hans Peter: “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins), 4/1996, s. 273 vd.
- WIEGAND*, Wolfgang: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994-Obligationenrecht-, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) 1996, Bd. 132, Heft 4, s. 319 vd.
- WIEGAND*, Wolfgang: “Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil I”, recht, 3/1997, s. 85 vd.
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (erişim tarihi: 23.11.2007).
- <http://www.bundesgericht.ch>.
- <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=1414&type=print-article> (erişim tarihi: 13.06.2008).