



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Alper Hakkı YAZICI

**ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAĞLI ŞİRKET BORÇLARINDAN DOLAYI
SORUMLULUK**

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya,2024



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Alper Hakkı YAZICI

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAĞLI ŞİRKET BORÇLARINDAN DOLAYI
SORUMLULUK

Danışman

Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya,2024

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Alper Hakkı YAZICI'nın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA
Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN
Üye : Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT
Üye : Prof. Dr. Gül Okutan NİLSSON
Üye : Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER

Tez Başlığı: ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAĞLI ŞİRKET BORÇLARINDAN DOLAYI
SORUMLULUK

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi :

Mezuniyet Tarihi : 25/01/2024

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAĞLI ŞİRKET BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUK” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir, bunu şerefimle doğrularım.

Alper Hakkı YAZICI



22 /12/ 2023

TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Alper Hakkı YAZICI
Öğrenci Numarası	20118619105
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Özel Hukuk
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN
Doktora Tez Başlığı	ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAĞLI ŞİRKET BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUK
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2274882303
Rapor Tarihi	21/01/2024
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 2 Alıntılar dahil: % 11

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE,

Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 504 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise:

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise:

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelerle sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

Danışman Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Nuriye Ayşe BOZTOSUN

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ.....	Vii
ÖZ.....	X
ABSTRACT.....	Xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

1.1. Tüzel Kişilik.....	8
1.1.1. Tüzel Kişiliği Açıklayan Teoriler.....	13
1.1.1.1. Farazi Kişilik Teorisi.....	14
1.1.1.2. Gerçek Kişilik Teorisi.....	14
1.1.1.3. Tüzel Kişilik Kavramının Değerlendirilmesi.....	15
1.2. Sınırlı Sorumluluk.....	17
1.2.1. Kavram ve Tarihçe.....	18
1.2.2. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Öngörülmesini Gerektiren Nedenler.....	22
1.2.3. Sınırlı Sorumluluk Kuralına Yöneltilen Eleştiriler.....	25
1.2.4. Değerlendirme.....	29
1.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	31
1.3.1. Genel Olarak.....	34
1.3.2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Ortaya Çıkışı.....	36
1.3.3. Perdenin Kaldırılması Türleri.....	41
1.3.3.1. Sebep Unsuruna Göre Perdenin Kaldırılması.....	42
1.3.3.1.1. Yasal Perdeyi Kaldırma.....	42
1.3.3.1.2. Gönüllü Perdeyi Kaldırma.....	43
1.3.3.1.3. Yargısal Perdeyi Kaldırma.....	43
1.3.3.2. Kişi Unsuruna Göre Perdenin Kaldırılması Türleri.....	43
1.3.3.2.1. Düz Perdeyi Kaldırma.....	44
1.3.3.2.2. Ters Yönden Perdeyi Kaldırma.....	44
1.3.3.2.2.1. İç Ters Yönden Perdeyi Kaldırma.....	45
1.3.3.2.2.2. Dış Ters Yönden Perdeyi Kaldırma.....	49
1.3.3.2.3. Çapraz Perdeyi Kaldırma, Katmerli Perdeyi Kaldırma ve Özdeş Kılma.....	56
1.3.4. Karşılaştırmalı Hukuk.....	57
1.3.4.1. Amerikan (ABD) Hukuku.....	57
1.3.4.1.1. İki Ayaklı Test (<i>the two-prong test</i>) veya alt benlik (<i>Alter ego</i>) Doktrini.....	59
1.3.4.1.2. Üç Ayaklı Test (<i>The Three-Prong Test</i>) veya Araçsallık Teorisi (<i>Instrumentality Rule</i>).....	61
1.3.4.1.3. Temsil (<i>Agency</i>).....	63
1.3.4.1.4. Değerlendirme.....	64
1.3.4.2. İngiliz Hukuku.....	67
1.3.4.2.1. Temsil (<i>Agency</i>).....	69

1.3.4.2.2. Göstermelik/Paravan Şirket Kistası (<i>Mere Façade Test</i>).....	71
1.3.4.2.3. Değerlendirme.....	76
1.3.4.3. Alman Hukuku.....	77
1.3.4.3.1. Kötüye Kullanma Teorisi.....	78
1.3.4.3.1.1. Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi.....	78
1.3.4.3.1.2. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi.....	80
1.3.4.3.2. Normların Amaçları Teorisi.....	80
1.3.4.3.3. Değerlendirme.....	82
1.3.4.4. Karşılaştırmalı Hukuk Verilerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi.....	82
1.3.5. Türk Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	86
1.3.5.1. Mevzuat.....	86
1.3.5.2. İctihat.....	88
1.3.5.2.1. Araçsallaştırılmış Şirket Kistası.....	95
1.3.5.2.1.1. Sorumluluktan Kaçınma.....	96
1.3.5.2.1.2. Gizleme.....	99
1.3.5.2.2. Dolaylı Temsil.....	105
1.3.5.2.3. Gerçekte Tek Bir Şirketin Varlığı (Tek Ekonomik Birim Kistası).....	106
1.3.5.3. Doktrin.....	107
1.3.5.4. Değerlendirme.....	116
1.4. Şirketler Topluluğu.....	119
1.4.1. Şirketler Topluluğunun Oluşumu.....	120
1.4.1.1. Ortaya Çıkış Nedenleri.....	121
1.4.1.1.1. İktisadi Nedenler.....	121
1.4.1.1.2. Hukuki Nedenler.....	122
1.4.1.2. Hukuki Olarak Ortaya Çıkış Biçimleri.....	123
1.4.1.2.1. Fiili Şirketler Topluluğu.....	123
1.4.1.2.2. Sözleşmesel Şirketler Topluluğu.....	124
1.4.2. Türleri.....	126
1.4.2.1. Dikey Topluluk.....	126
1.4.2.2. Yatay Topluluk.....	127
1.4.2.3. Muhtelif Topluluklar.....	128
1.5. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Topluluğu.....	128
1.5.1. Topluluk.....	129
1.5.1.1. Hâkim Şirket.....	131
1.5.1.2. Bağlı Şirketler.....	134
1.5.2. Hâkimiyet.....	134
1.5.2.1. Genel Olarak.....	134
1.5.2.2. Hâkimiyetin Kaynağını Açıklayan Yaklaşımlar.....	135
1.5.2.2.1. Tek Elden Yönetim.....	135
1.5.2.2.2. Kontrol Yaklaşımı.....	136
1.5.2.2.2.1. Hâkimiyetin Mutlak Olarak Varlığını Gösteren Haller.....	137
1.5.2.2.2.1.1. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak (<i>TTK m. 195(1)(a) – 1</i>).....	137
1.5.2.2.2.1.2. Şirket Sözleşmesi Uyarınca, Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunluğu Oluşturan Sayıda Üyenin Seçimini Sağlayabilmek Hakkını Haiz Olmak (<i>TTK m. 195/1(a) – 2</i>).....	140

1.5.2.2.2.1.3 Kendi Oy Hakları Yanında, Bir Sözleşmeye Dayanarak, Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleri Ya Da Ortaklarla Birlikte, Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak (TTK m. 195/1(a) – 3).....	140
1.5.2.2.2.1.4. Hâkimiyet Sözleşmesi veya Başka Bir Yolla Hâkimiyetin Kurulması (TTK m. 195/1(b)).....	141
1.5.2.2.2.2. Hâkimiyet Karinesi.....	142
1.5.2.2.3. Hâkimiyetin Türleri.....	143
1.5.2.2.3.1. Kurulma Şekline Göre.....	143
1.5.2.2.3.1.1. Doğrudan Hâkimiyet.....	143
1.5.2.2.3.1.2. Dolaylı Hâkimiyet.....	144
1.5.2.2.3.2. Hâkim Şirket Sayısına Göre.....	144
1.5.2.2.3.2.1 Tek Başına Hâkimiyet.....	144
1.5.2.2.3.2.2.Birlikte Hâkimiyet.....	144
1.5.2.2.3.3. Kapsamına Göre Hâkimiyet.....	146
1.5.2.2.3.3.1.Tam Hâkimiyet.....	146
1.5.2.2.3.3.2. Kısmi Hâkimiyet.....	147

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HÜKÜMLER KAPSAMINDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK İLİŞKİLERİ

2.1. Genel Olarak.....	148
2.2. Sorumlulukla İlgili Merkezi Kavramlar: Topluluk Menfaati Ve Topluluk Tehlikesi.....	152
2.2.1. Topluluk Menfaati.....	152
2.2.2. Topluluk Tehlikesi.....	156
2.2.2.1. Topluluk Tehlikesini Önleyici Tedbirler.....	157
2.2.2.2. Topluluk Tehlikesinin Gerçekleşmesi ve Sorumluluk.....	159
2.3. Sorumluluk Konusunun Pozitif Hukuk Tarafından Düzenlenmesi.....	160
2.3.1.Tarihi Arka Plan.....	160
2.3.1.1. Yasayla Düzenleme Yaklaşımı.....	160
2.3.1.2. Avrupa Birliği'nin Mevzuat Çalışmaları.....	161
2.3.1.3. Diğer Gelişmeler.....	162
2.3.2. Alman Şirketler Topluluğu (Konzern) Hukuku.....	165
2.3.2.1. Bütünleşme (Eingliederung).....	166
2.3.2.2 Sözleşmesel Topluluklar.....	167
2.3.2.3 Fiili Topluluklar (Faktische Konzerne).....	169
2.3.2.3.1. Basit Fiili Topluluklar.....	171
2.3.2.3.2. Nitelikli Fiili Topluluklar.....	172
2.3.2.4. Eleştiriler.....	173
2.3.3. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Sorumluluk Halleri.....	177
2.3.3.1. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması.....	178
2.3.3.1.1. Kısmi Hâkimiyet Halinde Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması ve Sonuçları.....	179
2.3.3.1.1.1. Bağlı Şirketin Yönetimine Müdahalede Bulunularak Kayba Uğratılması...	179

2.3.3.1.1.1.1. Hukuka Aykırılık.....	179
2.3.3.1.1.1.2. Kayıp Kavramı.....	181
2.3.3.1.1.1.3. Denkleştirme.....	183
2.3.3.1.1.1.4. Tazminat Davası.....	185
2.3.3.1.1.2. Haklı Sebep Olmaksızın Yapısal Değişikliklerde Bulunulması.....	192
2.3.3.1.1.2.1. Hukuka Aykırılık.....	193
2.3.3.1.1.2.2. Hukuki Sonuçları: Tazminat ve Payların Satın Alınması Davası.....	193
2.3.3.1.2. Tam Hâkimiyet Halinde Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması ve Sonuçları.....	195
2.3.3.1.2.1. Bağlayıcı Talimat Verme Yetkisi ve Sınırları.....	196
2.3.3.1.2.2. Tazminat Davası.....	198
2.3.3.2. Güvenden Doğan Sorumluluk.....	203
2.4. Değerlendirme.....	205
2.4.1. Özel Hükümlerle Getirilen Koruma Sisteminin Etkinliği.....	206
2.4.1.1. Özel Hükümlerin Münhasır Uygulama Alanı Kapsamında.....	206
2.4.1.2. Özel Hükümlerin Maddi Olarak Getirdiği Düzenlemeler Kapsamında.....	209
2.4.1.2.1. Alman Konzern Hukukuna Göre Alacaklının Korunması.....	210
2.4.1.2.2. TTK Özel Hükümlerindeki Düzenlemeler.....	213
2.4.2. Sonuç.....	223

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL HÜKÜMLER VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ KAPSAMINDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK İLİŞKİLERİ

3.1. Özel Hükümlerle Getirilen Sorumluluk Rejimini Telafi Edici Bir Yaklaşım İhtiyacı.....	224
3.2. Alacaklının Başvurabileceği Genel Hükümler.....	227
3.2.1 Haksız Fiil Hükümleri.....	228
3.2.1.1. Genel Olarak.....	228
3.2.1.2. Unsurları.....	230
3.2.1.2.1. Topluluk Hâkiminin Fiili.....	230
3.2.1.2.2. Kusur.....	231
3.2.1.2.3. Hukuka Aykırılık.....	234
3.2.1.2.4. İliyet Bağı.....	237
3.2.1.2.5. Zarar.....	238
3.2.2. Yöneticilerin Sorumluluğu.....	245
3.2.2.1. Topluluk Hâkiminin Yönetici Olarak Tespitinde Dikkate Alınacak Hususlar.....	246
3.2.2.2. Sorumluluk.....	249
3.2.2.2.1. Alacaklının Doğrudan Zararının Tazmini.....	249
3.2.2.2.2. Alacaklının Dolaylı Zararının Tazmini.....	250
3.3. Şirketler Topluluğunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	252
3.3.1. Geleneksel Perdeyi Kaldırma Teorisinin Şirketler Topluluğuna Uyarlanması.....	253
3.3.2. Tek Ekonomik Birim Temelinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	256
3.3.2.1. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulanabileceği Sorunlu Alanlar.....	258

3.3.2.1.1. Şirketler Topluluğunun Yapısal Olarak Kötüye Kullanılması.....	259
3.3.2.1.2. Aşırı Hâkimiyet Uygulamaları Sonucunda Münferit Şirket Gibi Faaliyet Gösteren Topluluk Sorunu.....	266
3.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuk.....	271
3.3.2.2.1. Amerikan Hukuku.....	271
3.3.2.2.1.1. Geleneksel Perdeyi Kaldırma Teorilerinin Uygulanması.....	271
3.3.2.2.1.2. Topluluğun İktisadi Temelini Esas Alan Uygulamalar.....	276
3.3.2.2.1.2.1. İşletme teorisinin sistematize edilişi.....	278
a) Tüzel kişilik tanıma fonksiyonu.....	279
b) Tüzel kişiliği yoksayma fonksiyonu.....	282
3.3.2.2.1.2.2. İşletme yaklaşımının uygulamadaki yansımaları.....	283
a) İlk dönem kararları.....	283
1. Demiryolu işletmeciliği ile ilgili kararlar.....	283
2. Fountain v. Lumber Co. kararı.....	285
b) Glenn v. Wagner kararı.....	286
c) Paramount Petroleum Co. v. Taylor Rental Ctr. Kararı.....	289
d) Green v. Champion Insurance Co. Kararı.....	289
e) Taxicab kararları.....	295
f) Diğer haksız fiil davaları.....	297
g) Sözleşmesel alacaklar yönünden teorisinin uygulanması.....	299
h) Değerlendirme.....	302
3.3.2.2.1.3. Özdeşlik (<i>Identity</i>) Doktrini.....	303
3.3.2.2.2. İngiliz Hukuku.....	306
3.3.2.2.2.1. Tek Ekonomik Birim Yaklaşımının Ortaya Çıkışı.....	307
3.3.2.2.2.2. Tek Ekonomik Birim Yaklaşımının Reddi.....	309
3.3.2.2.2.3. Tartışmanın Yeniden Alevlenmesi.....	311
3.3.2.2.2.4. Haksız Fiil Kaynaklı Davalarda Benimsenen Yaklaşım Farkı: Topluluk Hâkiminin Doğrudan Sorumluluğu.....	314
3.3.2.2.2.4.1. Lubbe v. Cape.....	314
3.3.2.2.2.4.2. Chandler v Cape.....	315
3.3.2.2.2.4.3. Vedanta Res. plc v. Lungowe.....	318
3.3.2.2.2.4.4. Okpabi v. Royal Dutch Shell plc.....	320
3.3.2.2.2.5. Değerlendirme.....	323
3.3.2.2.3. Alman Hukuku.....	324
3.3.2.2.3.1. Topluluk Hâkiminin Sadakat ve Özen Yükümlülüğüne Dayanan Sorumluluk (ITT kararı).....	325
3.3.2.2.3.2. Nitelikli Fiili Topluluk Kavramının Tanınması ve APOK'un Sözleşmesel Topluluklarla İlgili Hükümlerinin Kıyas Yoluyla Uygulanması Yaklaşımı.....	326
3.3.2.2.3.2.1. Autokran kararı.....	326
3.3.2.2.3.2.2. Tiefbau kararı.....	328
3.3.2.2.3.2.3. Video kararı.....	329
3.3.2.2.3.2.4. TBB kararı.....	330
3.3.2.2.3.3. Yok Edici Etkide Bulunmadan Kaynaklanan Sorumluluk.....	332
3.3.2.2.3.3.1. Bremer Vulkan kararı.....	332
3.3.2.2.3.3.2. KBV kararı.....	334
3.3.2.2.3.4. Haksız fiil sorumluluğu – Trihotel kararı.....	336
3.3.2.2.3.5. Yapısal Olarak Kötüye Kullanma Teorisi.....	339
3.3.2.2.3.6. Değerlendirme.....	340

3.3.2.2.4. Avrupa Birliği Hukuku.....	343
3.3.2.2.4.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun “ <i>Single Economic Unit</i> ” Doktrini.....	343
3.3.2.2.4.2. Avrupa Birliği’nin Şirketler Topluluğuyla İlgili Mevzuat Çalışmaları.....	347
3.3.2.2.5. Genel Değerlendirme.....	349
3.3.2.3. Türk Hukuku.....	350
3.3.2.3.1. Yargı Kararlarında Perdeyi Kaldırma Bağlamında Kullanılan Kavramlar.....	351
3.3.2.3.1.1. Organik Bağ.....	351
3.3.2.3.1.2. Çapraz Perdeyi Kaldırma.....	353
3.3.2.3.1.3. Tek Ekonomik Birim – İktisadi Bütünlük –Tek Şirket Sayılma.....	355
3.3.2.3.1.4. Değerlendirme ve Kavram Tercihi : Neden Tek Ekonomik Birim Yaklaşımı?.....	358
3.3.2.3.2. Yargıtay Kararlarının Tek Ekonomik Birim Yaklaşımı Merceğinden Değerlendirilmesi.....	361
3.3.2.3.2.1. “Ortaklık Sertifikası” Adı Altında Sermaye Toplanmasıyla İlgili Kararlar..	363
3.3.2.3.2.2. İş Hukukuyla İlgili Uyuşmazlıklar.....	367
3.3.2.3.2.3. SC Kararı.....	371
3.3.2.3.2.3.1. Dava konusu olay.....	371
3.3.2.3.2.3.2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisini Geleneksel Uygulamasıyla Sınırlı Gören Yaklaşım.....	372
3.3.2.3.2.3.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisini Daha Esnek Bir Şekilde Uygulayan Yaklaşım.....	374
3.3.2.3.2.3.4. Topluluğun Yapısal Özelliklerini Dikkate Almayan Tutucu Yaklaşım.....	375
3.3.2.3.2.3.5. Şirketler Topluluğunun Yapısal Özelliklerini Dikkate Alan Yaklaşım.....	376
3.3.2.3.2.3.6. Değerlendirme.....	379
3.3.2.3.2.4. Sonuç.....	381
3.3.2.3.3. Bir Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Yöntemi Olarak Tek Ekonomik Birim Kıstasının Uygulanmasıyla İlgili Öneriler.....	384
3.3.2.3.3.1. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulamasında Kaçınılması Gereken Hususlar.....	386
3.3.2.3.3.2. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulamasında Dikkate Alınacak Hususlar.....	388
3.3.2.3.3.2.1. Tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında yapılacak incelemeye yönelik öneriler.....	390
a) İlk Aşama: Tek Ekonomik Birimin Tespiti.....	390
1. Topluluk şirketlerinin ortaklık yapısı.....	392
2. Topluluğun belirli bir işletme faaliyeti etrafında yapılandırılmış olması.....	394
3. Merkezileşme.....	397
4. Risk ve zararın dışlanması amacıyla faaliyetin bölümlendirilmesi.....	398
5. Topluluk hâkiminin sorunlu hâkimiyet uygulamalarının varlığı.....	402
6. Bağlı şirketin varlık sebebiyle ilgili hususlar.....	406
7. Bağlı şirketlerin malvarlığının ayrılığı kuralının göz ardı edilmesi.....	408
8. Malvarlığının yetersizliği.....	409
9. Topluluk hâkiminin dışa karşı uyandırdığı yanlış intiba.....	412
10. Değerlendirme.....	414
b) İkinci Aşama: Kınanabilirlik.....	416
c) Tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili diğer önemli meseleler.....	430
1. Hukuka Aykırılık.....	430

2. Hukuki Dayanak: Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	434
3. Sorumluluğun kapsamı.....	439
4. İspat Yüğü.....	444
3.3.2.3.3.3. Değerlendirme.....	447
SONUÇ.....	451
KAYNAKÇA.....	462



KISALTMALAR LİSTESİ

AAD	Avrupa Adalet Divanı
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma
APOK	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Apr.	April
Arş.	Araştırma
Aşa.	Aşağı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
Bus.	Business
C.	Cilt
CA. 2006	2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu (Companies Act, 2006)
Cal. L. Rev.	California Law Review
Colum.	Columbia
Comp.	Comperative
Conn.	Connecticut
Corp.	Corporate
Dn.	Dipnot
Dr.	Doktor
E.	Esas
EMCA	The European Model Company Act
EU	European Union
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GmbH	Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gör.	Görevlisi
Harv.	Harvard
HD.	Hukuk Dairesi
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Int'l Bus. Law.	International Business Law
J.	Journal
K.	Karar
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
L.	Law
m.	madde
MÖ.	Milattan Önce
M.K.	Medeni Kanun
MS.	Milattan Sonra
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
N.C.	North Carolina
NYSBA	New York State Bar Association
ODTÜ	Orta Doğu Teknik Üniversitesi
Öğr.	Öğretim
para.	Paragraf
pp.	pages
Rev.	Review
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s.	Sayfa
ss.	sayfalar
SPKn.	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBBM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu

TEX	Texas
TMK	Türk Medeni Kanunu
TSYön	Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UCLA	University of California Los Angeles
UKSC	United Kingdom Supreme Court
Urt.	Urteil
US	The United States
v.	versus
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
YRG. HGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yrg.	Yargıtay
Yuk.	Yukarı
yy.	Yüzyıl
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZR	Zivilrecht

ÖZ

Şirketler topluluğunda sorumluluk ilişkileri şirketler hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. Hâkimiyet altındaki bir bağlı şirketin borçlarından dolayı topluluk hâkiminin veya genel olarak topluluğun sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunu sıklıkla gündeme gelen bir konudur. Şirket tüzel kişiliğinin ortaklarından ayrılığı ve sınırlı sorumluluk ilkeleri üzerine inşa edilen klasik şirketler hukuku yaklaşımı bu soruna olumsuz yaklaşmaktadır. Ancak hâkimiyet altındaki bir bağlı şirketi münferit olarak faaliyet gösteren şirketlerle bir tutan bu yaklaşım alacaklılar yönünden haksız sonuçlara yol açmaktadır. Topluluk yapısı içerisinde bulunan bir şirket her zaman kendi menfaatlerini takip etme imkânına sahip olamayabilir. Topluluğu idare eden irade topluluk hâkiminin veya genel olarak topluluğun menfaatlerini bağlı şirket menfaatlerine tercih edebilir. Bunun da ötesinde şirketler topluluğu yapısal olarak kötüye kullanılabilir. Münferit bir şirket çatısı altında yürütülebilecek bir işletme faaliyeti aşırı bölümlendirilerek yapay topluluklar hayata geçirilebilir. Böylece ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarına karşı önlem almayı düşünen girişimciler işletme faaliyetine özgülenen malvarlığının bölümlendirilerek birbirinden izole etmek ve sınırlı sorumluluğu daha da sınırlandırmak için topluluk yapısını kullanabilirler. Diğer taraftan topluluk şirketleri tamamen topluluk hâkiminin amaçlarına hizmet eden birer araç gibi kullanılıyor olabilir. Böyle durumlarda bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesine yol açan asıl sebep topluluk hâkiminin uygulamalarıdır. Dolayısıyla şirketler topluluğu, münferit şirketlerden farklı riskleri barındırmaktadır. Bu durumun farkına varan kanun koyucu da 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında şirketler topluluğunu tanımış ve bu yapılara özgü bir sorumluluk rejimi ihdas etmiştir. Bununla birlikte bu sorumluluk rejiminin bağlı şirket alacaklıları yönünden yeterli ve etkin bir koruma sağlamadığı görülmektedir. Bu sebeple alacaklıların genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi tamamlayıcı ve alternatif yollara müracaat ederek bir çözüm arayışına girip giremeyecekleri incelenmesi gereken önemli bir meseledir. Meşru ticari amaçların takibi için tanınan ve girişimcilerin hizmetine sunulan şirketler topluluğunun istismarına ve bu suretle kişilerin mağduriyetine hukuk düzeni sessiz kalmamalıdır. Bu tezde doktrin ve yargı kararları ışığında alacaklıların başvurabileceği yollar ve başvuru imkânlarının tespiti amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, sorumluluk, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tek ekonomik birim teorisi.

ABSTRACT

LIABILITY IN THE GROUP OF COMPANIES ON ACCOUNT OF SUBSIDIARIES' DEBTS

Liability issues within a group of companies is one of the most debatable topics of the Company Law. The question that whether a parent company or group as a whole could be held liable for the subsidiary companies' debts is often come to the fore. The entity law approach, which has been constructed on the principles of limited liability and the separate legal personality, negatively addresses this question. However, an approach considering a subsidiary company under control equal to those operating individually result in unequitable consequences with respect to the creditors. A subsidiary company within a group structure cannot always pursue its own interests. The managing power of the group may give priority to the interests of the dominant company or the group in general to the detriment of interests of the subsidiary company. Furthermore, a group of companies may be structurally abused. A business activity that can be carried out under an individual company may be over-segmented and thus artificial groups may be established. Therefore, the entrepreneurs who contemplate to take precautions against future liability claims would make use of group structure for segmentation and isolation of assets allocated to the business activity to further limit their probable liabilities. On the other hand, group of companies may be used as a tool to serve the purposes of the dominant party. In such cases, the main reason for the insolvency of the subsidiary company is the practices of the parent company. Accordingly, it should be borne in mind that a group of companies involves different risks than individual companies. Considering this situation, the legislator recognised the group of companies under the Turkish Commercial Code (Law No. 6102), which entered into force in 2012, and introduced a liability regime specific to these structures. However, this liability regime does not provide sufficient and effective protection for the creditors of the subsidiary companies. For this reason, it is an important issue to be examined whether the creditors may seek a solution by resorting to complementary and alternative remedies such as general provisions and lifting the corporate veil. The legal framework in force should not remain silent on the abuse of the group of companies to the detriment of individuals, which are recognised for the pursuit of legitimate commercial purposes and offered to the service of entrepreneurs. In view of the doctrine and judicial decisions, the possible remedies that could be resorted to by the creditors are studied under this thesis.

Keywords: Group of companies, liability, intragroup liability, abuse of dominance, lifting the corporate veil, single economic unit theory.



GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomilerinin en önemli aktörleri kurumsal kimliğe sahip devletten bağımsız özel yapılardır (*corporations*). Tarihi süreç hatırlanacak olursa başlangıçta ticari faaliyetlerin kurumsal niteliği olmayan gerçek kişiler vasıtasıyla yürütüldüğünü, sonrasında sözleşme tabanında bir araya gelen kişilerin oluşturduğu toplulukların ortaya çıktığını görmekteyiz. Ekonominin daha da karmaşıklaşması ve sözleşme temelinde oluşturulan ortaklıkların hukuki belirlilik açısından birtakım sorunlarının olması sebebiyle 19. yüzyıldan itibaren önde gelen hukuk düzenleri belirli kuruluş formaliteleri öngörerek kurumsal formu (*corporate form*), diğer bir deyişle şirketi, kanunla düzenleme altına almış ve girişimcilerin kullanımına sunmaya başlamışlardır.

Her şeyden önce ekonomik faaliyetlerin zaman içerisinde gerçek kişi tacirlerin tek başlarına üstesinden gelemeyecekleri büyüklük ve karmaşıklık seviyesine ulaşması kanun koyucuları bu yola itmiştir. Bir insanın ömrüyle ve sermayesiyle sınırlı olmaksızın gitgide büyüyen ve uzmanlaşma gerektiren ticari faaliyetleri yürütebilecek bir araca ihtiyaç duyulmuş; bu ihtiyacın bir sonucu olarak da şirket ortaya çıkmıştır. Şirket kendisini hayata geçiren gerçek kişilerden bağımsız bir hukuk sujesidir. Dolayısıyla tüzel kişilik (*legal personality*) olarak adlandırılan ayrı bir kişiliğe sahiptir. Aslında gerçekte olmayan farazi bir kişilik hukuk tarafından tanınarak hak ve borçlara ehil olarak kabul edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak da yürütmüş olduğu faaliyetlerin sonuçlarının bizzat bu kuruluşun hukuk alanında meydana gelmesi kabul edilmiştir.

Şirketin bir sermaye toplama aracı haline gelmesi ise sınırlı sorumluluk ilkesinin kabulüyle birlikte olmuştur. Sanayi devrimiyle birlikte büyük sermaye gerektiren ticari faaliyetlerin finansmanı bu faaliyetleri yürütecek çok ortaklı anonim şirketlere tasarruf sahiplerinin pay sahibi – ortak olarak katkı sunmaları sayesinde mümkün hale gelmiştir. Economist dergisinin 1926 tarihli bir sayısında yer alan şu satırlar sınırlı sorumluluğun sanayi devriminin gerçekleştirilmesinde sağladığı faydayı ifade etmek açısından önemlidir:

“Geleceğin iktisat tarihçileri sınırlı sorumluluk ilkesinin isimsiz mucidini Watt, Stephenson ve sanayi devriminin diğer öncüleri gibi saygıyla anabilirler. Bu kişilerin dehası sayesinde doğal kaynakların sağladığı faydayı defalarca artıracak araçlar keşfedilmiştir. Bu keşiflerin hayata geçirilmesi için gerekli olan büyük sermaye birikimleri ise sınırlı sorumluluk şirketleri sayesinde sağlanabilmiş, organize edilebilmiş ve verimli bir şekilde idare edilebilmiştir.”

Sınırlı sorumluluk imtiyazıyla teçhiz edilen şirketlerin, özellikle de anonim şirketlerin ortaya çıkışında çok sayıda yatırımcıdan sermaye toplayabilecek kurumsal bir yapı oluşturma düşüncesi etkili olmuştur. Böylelikle sadece belirli kişilerin kişisel sermayesiyle sınırlı olmaksızın, büyük çaplı faaliyetleri yürütebilecek güçlü sermaye yapısına sahip şirketler ortaya çıkmıştır. Şirketin yönetimiyle ilgilenmeyen sadece şirket ortaklığından kâr elde etmeyi amaçlayan yatırımcı ortaklar ancak bu şartla şirketin ekonomik gücünü detaylı bir şekilde araştırmaksızın birikimlerini bu tip şirketlere yöneltebilirlerdi. Bu sayede ortakların birbirlerinin şahsi malvarlığı hakkında bilgi sahibi olmalarına da gerek kalmamıştır. Eğer şirket ortakları tüm malvarlıklarıyla sınırsız olarak şirket borçlarından sorumlu olsalardı riski en aza indirebilmek için ekonomik olarak güçlü ortakların yoğunlaştığı şirketleri tercih ederlerdi. Bu da ayrıca bir işlem masrafına yol açardı. Dolayısıyla gerek şirketin ekonomik gücünü, gerekse ortakların imkân ve malvarlıklarını araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırması sayesinde sınırlı sorumluluk ilkesi büyük sermaye gücüne sahip çok ortaklı şirketlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bugün özellikle sermaye piyasası araçlarının gelişmesiyle birlikte halktan kolaylıkla sermaye toplayabilen bu şirketlerin hisse senetleri bir yatırım aracı olarak tedavül kabiliyetine sahiptir. Artık şirket ortağının kim olduğunun veya şahsi malvarlığının bir önemi kalmamıştır. Dolayısıyla günümüzün önde gelen bu şirket tipinde ideal olan yönetim ile ortaklığın birbirinden kalın çizgilerle ayrılmış olmasıdır. Şirket ortakları içerisinde bazıları şirket yönetiminde söz sahibi olmuşken diğerleri sadece yapmış oldukları yatırımın getirisiyle ilgilenen yatırımcılara dönüşmüşlerdir. Hatta büyük şirketlerde belki pay sahibi bile olmayan profesyonel yöneticiler yönetim kurulunda bulunan şirket ortaklarının bile önüne geçerek şirket yönetiminde asli söz sahibi olmuşlardır. Bu da yönetim giderlerinden tasarruf edilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir. Eğer sınırlı sorumluluk söz konusu olmasaydı bütün ortaklar şahsi malvarlıklarını koruma güdüsüyle şirket yönetiminde olabildiğince söz sahibi olmaya ve kendileri açısından riskli olabilecek faaliyetleri engellemeye çalışırlardı. Böyle bir şirket yapısının yönetilebilir olmadığı ortadır. Sonuç itibarıyla sınırlı sorumluluk ilkesi yönetim ve işlem giderlerini asgari seviyede tutmayı sağlamış; çok sayıda tasarruf sahibinin yatırımcı olarak şirket sermayesine katkı sağlamalarını ve girişimciliği teşvik etmiş ve böylelikle büyük ekonomik faaliyetleri yürütebilecek güçlü şirketlerin ortaya çıkmasını mümkün kılmıştır. Bu suretle sınırlı sorumluluk esasına göre şekillendirilmiş şirketler ekonomik refahın artırılmasında önemli bir rol oynamışlardır. Bugünün piyasa ekonomilerinde bu şirketler ve bu şirketlere hâkim olan tüzel

kişiliğin kendisini oluşturan kişilerden ayrılığı (ayrılık ilkesi) ve sınırlı sorumluluk kuralları artık neredeyse vazgeçilmez nitelikler haline gelmiştir.

Sınırlı sorumluluk imtiyazına sahip sermaye şirketlerinin kabulü çok önemli bir adım olmakla birlikte kurumsal formda görülen evrimin sona erdiği ifade edilemez. Sınırlı sorumluluk şirketleri – veya bizdeki adıyla sermaye şirketleri – etki, hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık gibi birtakım bağlarla bir araya gelmekte ve çok şirketli yapılar altında faaliyet gösterebilmektedir. Bu yapıların girişimcilere sağladığı önemli iktisadi ve hukuki avantajlar bulunmaktadır. Bugün geldiğimiz noktada artık tek başına faaliyet gösteren münferit şirketlerden ziyade şirket topluluklarının ekonominin önde gelen aktörleri olduğunu görüyoruz. Şirketler topluluğunun ortaya çıkmasında ve bu kadar yaygınlaşmasında şirket tüzel kişiliklerinin başka şirketler kurmasına ve onların ortağı olmalarına başlangıçta hukuk düzeninin ses çıkarmaması sebep olmuştur. Kurumsal ortaklara da gerçek kişi ortaklar gibi bakılmıştır. Hâlbuki bu kimi yazarlara göre bilinçli bir tercih olmayıp sadece ortaya çıkaracağı sonuçları öngörememeden kaynaklanan tarihi bir kazadır¹. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda hâkim şirketin bağlı şirketlerle kurduğu ilişki sıradan hâkim ortak – şirket ilişkisinden oldukça farklıdır. Hâkim ortak ile şirketin menfaatleri arasında bir çelişki yoktur. Şirketin kâr etmesi, büyümesi ortağın da menfaatinedir. Dolayısıyla sıradan bir hâkim ortak – şirket ilişkisinde menfaat birliği bulunmaktadır. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ise topluluk hâkimi kendi menfaatlerini veya topluluğun âli menfaatlerini münferit bağlı şirketlerin menfaatlerine tercih edebilir. Dolayısıyla şirketler topluluğunda bazı menfaatlerin çatışma riski her zaman için mümkündür. Böyle bir çatışmadan zararlı çıkacak olan taraf hemen her zaman bazı bağlı şirketler, onların azınlık pay sahipleri ile alacaklıları olacaktır. Bununla birlikte şirketler topluluğunda hukuk açısından bir ayrılık olsa da iktisadi ilişki açısından bir birliktelik söz konusu olmaktadır. Şirketler topluluğunun yapısal olarak münferit şirketlerden ayrılan bu özelliği daha farklı istismar alanlarına alan açmaktadır. Hukuk düzenleri şirketler gibi şirketler topluluğunun da yapısal olarak kötüye kullanılmasına karşı uyanık olmalıdır. Özellikle gerçekte tek bir işletme veya ekonomik birim olarak faaliyet gösteren topluluk yapılarının hukuk düzeninin tanıyıp girişimcilerin kullanımına sunduğu meşru topluluk yapılarıyla bağdaştırılması pek de mümkün değildir. Hukuk düzeniyle çatışan bu tip çarpık topluluk yapılarının sınırlı sorumluluğu daha da sınırlandırmak gibi bir etkisi de bulunmaktadır. Kısacası şirketler topluluğunun sorumluluk konusunda şirketlerden daha farklı

¹ Blumberg, Phillip I.: **The Law of Corporate Groups: Tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations**, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1987, (Blumberg, Corporate Groups) s. 55.

riskleri barındırdıkları ifade edilebilir. Bu sebeple şirketler topluluğunun farklı bir sorumluluk rejimine tabi tutulması gerektiği iddia edile gelmiştir.

Bu yaklaşım ilk olarak Alman kanun koyucusu tarafından kabul görmüş ve şirketler topluluğu Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) içerisinde düzenleme altına alınmıştır. Alman şirketler topluluğu hukukunun (*Konzernrecht*) temelini oluşturan bu düzenlemelerle esas olarak topluluğun oluşumu, onu oluşturan işletmeler arası münasebetler, bunların birbirlerine ve kamuya karşı yükümlülükleri ile sorumluluğa ilişkin düzenlemeler hüküm altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki Alman konzern hukukunun ortaya çıkışında da etkili olan saik koruma güdüsüdür. Bu bağlamda şirketler topluluğu hukuku bir koruma hukuku (*Schutzrecht*) olarak gelişmiştir. Zira sıradan şirket – ortak – alacaklı ilişkisinde herkesin menfaati üç aşağı beş yukarı ortaktır. Yani şirketin büyümesinden, gelişmesinden ve kârlılığını artırmasında herkesin menfaati vardır. Ancak şirketler topluluğu söz konusu olduğunda esasında bir ortak olan topluluk hâkimi kendi menfaatini veya genel olarak topluluk menfaatini tek tek topluluk mensubu şirketlerin menfaatleri üzerinde konumlandırabilir. Böyle bir durumda, topluluk menfaati kapsamında değerlendirilebilecek meşru sınırları aşan hâkimiyet uygulamaları sebebiyle diğer menfaat sahipleri, yani azınlık pay sahipleri ve bağlı şirket alacaklıları, zarara uğramış olabilir. Kısaca topluluk çatışması (*konzernkonflikt*) olarak ifade edilen topluluk şirketleri, azınlık pay sahipleri ve alacaklılar gibi şirket paydaşlarının menfaatlerinin topluluk hâkimi veya genel olarak topluluğun menfaatleriyle çatışması şirketler hukuku açısından görece yeni bir olgudur. Bu olguya karşılık şirketler hukukunun alışıldık koruma mekanizmalarının yeterli olmamasından dolayı şirketler topluluğuna özgü koruma önlemleri geliştirilmiştir. Burada öncelikle topluluğu oluşturan temel bağın yani hâkimiyetin meşru sınırlarının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla geliştirilen yöntemler arasında özellikle dikkati çeken iki yenilik bulunmaktadır. Bunlardan ilki hâkimiyetin meşru bir şekilde kuruluş yollarını belirleyerek düzenleme altına alma ve hukuk tarafından tanınan bu olgunun kullanımıyla ilgili olarak, bağlı şirket tüzel kişiliğini, azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları gözetken önleyici tedbirler benimsemedir. Diğer yöntem ise hâkimiyetin yasal sınırlar dışında kullanılmasını müeyyideye bağlayan yeni sorumluluk hallerinin belirlenmesi ve hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanan kayıp veya zararı giderecek önlemlerin teminidir.

Alman hukukunun öncülüğünü yaptığı, şirketler topluluğunun çeşitli hükümleriyle birlikte ayrı bir olgu olarak düzenlenmesi yaklaşımı diğer bazı hukuk sistemleri tarafından da benimsenmiştir. Türk kanun koyucusu da bu eğilime ayak uydurarak 2012’de kabul edilen 6102

sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla (TTK) birlikte ilk kez şirketler topluluğuna özgü birtakım kurallar kabul etmiştir (TTK m 195 – 206). Bu kurallar dâhilinde yeni sorumluluk halleri de öngörülmüştür. İktisadî hayattaki realiteyi hukuka yansıtması açısından TTK'daki yeni düzenlemeler memnuniyet vericidir.

Tez üç bölüm halinde planlanmıştır. İlk bölümde sonraki bölümlerde ele alınan sorumluluk konusuyla alakalı temel kavramların tanıtılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve şirketler topluluğu kavramsal olarak ele alınmıştır. Bu kavramlar içerisinde en tartışmalı olanı, yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılması nispeten daha ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

İkinci bölümde şirketler topluluğuyla ilgili TTK'nın getirdiği hukuki çerçeve üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda konuyla ilgisi sebebiyle özel hükümlerle getirilen sorumluluk rejimi uygulanma kapsamı ve etkinliği açısından özellikle tetkik edilmiştir. Bu araştırmanın amacı, özel hükümlerin bağlı şirket alacaklısı yönünden etkin bir koruma sistemi getirip getirmediğini tespit olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda birtakım sonuçlara ulaşılmıştır.

İkinci bölümde ulaşılan sonuçlar özel hükümlerin uygulama yeri bulmayacağı durumlarda, ne gibi yollara başvurulabileceği konusunda ayrıca bir inceleme yapmayı zorunlu kılmıştır. Bu sebeple ayrı bir bölümde bağlı şirket alacaklısının başvurabileceği genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda öncelikle genel hükümler bağlamında haksız fiil sorumluluğu ve yöneticinin sorumluluğu şirketler topluluğu perspektifinden ele alınmıştır. Hangi şart ve hükümler kapsamında bağlı şirket alacaklısının topluluk hâkimine müracaat edebileceği üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte Türk yargısının son dönemde sıklıkla uyguladığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi de bu bölümün esas inceleme alanlarından birisidir. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda bu teorinin ortaya çıkardığı kendine özgü sorunlar vurgulanmış ve daha öngörülebilir bir uygulama için tavsiyelerde bulunulmuştur.

Kısacası tezin amacı bağlı şirket alacaklıları açısından hukuk düzeninin sağladığı olanakları bütünlüklü bir yapı içerisinde ortaya koymaktır. Hangi kurallar ve şartlar dâhilinde bağlı şirket alacaklısının kendi borçlusu olan bağlı şirketten elde edemediği alacağını şirketler topluluğuna ve onun hâkimi olan teşebbüse yöneltebileceği incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle yasal düzenlemelerle getirilen sorumluluk rejimi irdelenecek ve bağlı şirket alacaklıları yönünden değerlendirilecektir. Bu kuralların uygulanmadığı durumlarda alacaklının müracaat edebileceği diğer yollar detaylı bir şekilde tartışılacaktır.

Çalışmada genel olarak TTK'nın özel hükümleriyle benimsenen şirketler topluluğuna özgü sorumluluk rejiminin tanıtılması, bu kuralların bağlı şirket alacaklıları açısından sağladığı korumanın yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi ve müracaat edilebilecek alternatif yolların tartışılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle yasal düzenlemelerle sağlanan koruma rejimi ve bunun yetersiz kaldığı durumlarda başvurulabilecek hukuki çareler araştırılmıştır.

Bu çalışmada çok uluslu, binlerce ortağa sahip, çok sayıda bağlı şirketi içinde barındıran topluluklardan ziyade topluluk hâkiminin baskın olduğu, dışa kapalı şirketlerden müteşekkil, ekonomik anlamda bir bütünlük arz eden topluluklar esas alınmıştır². Dolayısıyla halka açık anonim şirketler, bankalar ve benzeri özel mevzuata tabi nitelikli şirket yapılarından oluşan veya bunları barındıran topluluklar kapsam dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte TTK hükümleri esas alınarak hazırlanan bu tezde yapmış olduğumuz açıklamaların genel olarak tüm topluluk yapılarında uygulanabilir nitelikte olduğu ifade edilebilir³.

² Dışa kapalı şirket (*closely-held* veya *close corporations*) kavramını, hem limited şirketleri (*private limited company*) hem de halka açılmamış anonim şirketleri (*not listed or publicly traded public limited companies*) kapsayacak şekilde kullanıyoruz (bkz. Friedman, Judith, “Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms”, *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 3 (May, 2000), pp. 317-354, s. 323; Davies, Paul L./Worthington, Sarah, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, Ninth Edition, Sweet&Maxwell, London, 2012, s. 16, 17). Bu şirketlerin ortak özellikleri, belirli bir kişi veya zümrenin kontrolü altında olmaları, dışarıdan katılıma ve müdahaleye açık olmamalarıdır. Bu bağlamda tezin esas aldığı topluluk modelini daha çok bir şahıs veya aile üyeleri gibi sınırları belirli bir zümrenin kontrolü altında bulunan, belirli bir işletme faaliyetinin çeşitli aşama veya bileşenlerinin şirketleştirilmesi yoluyla ortaya çıkan topluluklar olarak belirtebiliriz. Her ne kadar şirketler topluluğu - veya halk içerisinde yaygın olarak isimlendirildiği şekliyle holding - denilince akla gelen çok şirketli yapılar daha çok halka açık, çok sayıda yatırımcıya ulaşan ve büyük ekonomik faaliyetlerde bulunan şirket yoğunlaşmaları olsa da bahsettiğimiz şekilde yapılandırılmış kapalı topluluklar uygulamada oldukça yaygındır. Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler topluluğuyla ilgili düzenlemeleri de bu tip yapıların hayata geçirilmesi için elverişli bir hukuki çerçeve sunmaktadır. Belirli ekonomik büyüklüklere sahip olmak türünden bir şart öngörmeyen mevcut düzenlemelere göre en az iki ticaret şirketinin varlığı bir şirketler topluluğunun hayata geçirilmesi için yeterlidir. Bu bağlamda, Kanun’un sunduğu, bir işletme faaliyetini şirketler topluluğu altında yürütme imkânı, zannedilenin aksine oldukça mütevazı ekonomik kaynaklarla dahi hemen herkes tarafından kullanılabilir bir imkândır.

³ Sınırlı miktarda paylarını halka arz etmiş olmakla birlikte, tedavülüne kısıtlama getirmiş anonim şirketlerden oluşan topluluklar da duruma göre bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunun dışında, kontrol gücünün kaybına yol açmayacak bir düzeyde halka açıklık seviyesinde bulunan anonim şirketlerin yer aldığı piramit yapılandırmalar da bir yere kadar dışa kapalı topluluklar olarak görülmelidir. Bu tip topluluklarda piramitin tepesinde bulunan hâkim şirket, aşağıya doğru inildikçe genişleyen bir tabana sahip topluluk yapısını, dolaylı hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanarak kontrol etmektedir. Öyle ki topluluk hâkimi bazı bağlı şirketlerde pahasibi dahi olmayabilir. Bu durum, şirkete tahsis edilen sermaye veya malvarlığı oranında kontrol gücüne sahip olma şeklinde bir denge kuran dogmatik düzenle uyumlu değildir (TTK m. 434/2). (Piramit yapılandırmaya sahip topluluk yapısıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, Zeynep Berin, **Kurumsal Yönetim Bakımından Şirketler Topluluğunda Piramit Yapılanma Ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023). Ancak her şeye rağmen halka açık anonim şirket statüsünde bulunan bu şirketler, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer mevzuata tabi olduklarından daha sıkı gözetim altındadır. Buna rağmen mevcut hukuki düzenlemelerin, piramit yapılandırmanın tepesinde bulunan topluluk hâkiminin, hiçbir pahasipliği olmaksızın dolaylı hâkimiyet yoluyla kontrolü altında tuttuğu bağlı şirketi, kendisinin ya da

Çok uluslu, sınıraşan şirketler topluluğunun ayrı bir olgu olarak başlıbaşına bir tez konusu yapılması icap eder⁴. Bu mesele özellikle son yıllarda büyük petrol şirketlerinin sebep olduğu çevre felaketleri veya bu tarz grupların işgücünün ucuz olduğu ülkelerde iş ve işçi güvenliğine önem vermeyen tutumları ve meydana gelen iş kazaları veya patlamalar sebebiyle çok sayıda can kaybı yaşanması ve diğer insan haklarıyla bağlantılı konular kapsamında gündeme gelmektedir. Bununla bağlantılı olarak şirketlerin sosyal sorumlulukları (*Corporate Social Responsibility*) meselesi de gitgide daha yaygın bir şekilde tartışılır hale gelmektedir⁵. Bu konular tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Diğer taraftan şirketler topluluğunun faaliyetleri başta bağlı şirketler, onların ortakları, alacaklıları olmak üzere farklı kesimlerden çok sayıda kişinin hukuk hayatında etki doğurmaktadır. Bu çalışmada bağlı şirket alacaklıları yönünden konu ele alınmıştır. Bu anlamda topluluk hâkiminin aldığı kararlar ve yaptığı müdahaleler sebebiyle borçlarını ifa edemez hale gelen bağlı şirket alacaklılarının başvurabileceği hukuki imkânlar araştırılacaktır. İstisnai durumlar hariç bu yollara azınlık pay sahiplerinin de müracaat edebileceği düşünülmektedir.

topluluğun menfaatleri için kolaylıkla feda edebilme tehlikesi de dikkate alındığında alacaklılar için yeterli koruma sağladığını iddia etmek oldukça güçtür.

⁴ Bu konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Eroğlu, Muzaffer, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities: An Interdisciplinary and Comparative Examination**, Edward Elgar, Cheltenham, 2008; Çımrın Ardic, Çiğdem, **Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğuna Hak Temelli Bir Yaklaşım: İnsan Hakları Due Diligence’i (Human Rights Due Diligence)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul, 2020; Kara, Pınar, **Tort liability in corporate groups: A comparative analysis with particular focus on Turkey**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul, 2021. Uygulamayla ilgili bilgi için bakılabilecek önemli kararlar "Hoffmann-La Roche" İtalya (1976), "Bhopal" Hindistan (1984), "Sandoz" İsviçre, "Exxon Valdez" ABD(1989) ve "Erika" Fransa (1999) olarak sayılabilir.

⁵ Bu konuda Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde yürütülen çalışmalar öncü konumundadır. Özellikle 2012 tarihli "İşdünyası ve İnsan Hakları Hakkında Rehber İlkeler" (*The Guiding Principles On Business And Human Rights*) bu kuruluş tarafından yürütülen çalışmaların somut bir çıktısı olarak dikkat çekmektedir. Rehber İlkeler için bkz. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf (Erişim tarihi: 17.10.2023)

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

1.1. Tüzel Kişilik

Güçleri ve yaşam süreleri sınırlı olan bireylerin siyasal, sosyal, ekonomik ve diğer benzer faaliyetleri tek başlarına yerine getirmeleri mümkün değildir. Bu gerçeklik sebebiyle insanlar tarih boyunca çeşitli amaçları gerçekleştirebilmek için mal ve kişi toplulukları oluşturmuşlardır⁶. Şirketlerin ortaya çıkışı da benzer şekilde sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle olmuştur. Roma hukukunda da şirket benzeri oluşumlar ortaya çıkmıştır. İlk olarak bir aile babasının (*pater familias*) ölümü üzerine geride bıraktığı tereke üzerinde müşterek malik olan mirasçılarının oluşturduğu birlikteliği Gaius şirketin ilk formu olarak nitelendirmiştir. Şirketin Roma'daki atası olarak nitelendirebileceğimiz *societas* ilk olarak taksim edilmemiş tereke mallarının oluşturduğu bu ortaklık yapısı kapsamında ortaya çıkmıştır⁷.

İktisadi ve ticari gelişime paralel olarak M.Ö. II. yüzyıldan itibaren sözleşme temelli şirket yapıları ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda aralarında akrabalık ilişkisi olmayan kişiler de kazanç gayesiyle mallarını bir araya getirerek ortaklıklar kurmuşlardır. Bunun için rızaya dayalı *societas* akdi kullanılmıştır. Bu şekilde meydana getirilen ortaklıklar günümüz adi şirketleriyle büyük benzerlikler göstermektedir⁸.

Benzer şekilde Hristiyanlığın erken zamanlarında ve İslamda faizin haram olması sebebiyle yatırım yapmak isteyen sermaye sahiplerinin ticaret yapan tacirlere paralarını yatırarak kâra ortak olma yoluna gittikleri görülmektedir. Bu suretle kurulan ortaklıklara İslam Hukukunda şirket-i kirad denilmekteydi. Şirket – i kirad şeklindeki iştiraklerde yatırımcı şerik yönetimle ilgili

⁶ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, sh. 245.

⁷ Akıncı, Şahin, “Roma Hukuku’nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku’na Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5 (1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye ARMAĞAN)), 1996, 137-151. (Akıncı, Societas), s. 137, 138.(<http://dergipark.gov.tr/suhfd/issue/26616/280417>).

⁸ Bu suretle meydana getirilen şirketler “*societas omnium bonorum*” (bütün mallar ortaklığı) olarak ifade edilmekteydi. Bu şirket yapısı Roma’da sözleşme yoluyla kurulan şirket yapılarının en eskisidir. Daha sonra “*societas alicuius negotiationis*”, “*societas unius rei*” ve “*societas quaestus*” gibi başka şirket yapıları da ortaya çıkmaya başlamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Akıncı, Societas, s. 139, 144.

faaliyetlere ve sorumluluğa iştirak payı oranında katılıyor, üçüncü kişilerle muhatap olmuyordu⁹. Komandit şirkete benzer bu yapısıyla şirket-i kirad'ın batı hukukuna kaynak teşkil ettiği dahi ileri sürülmektedir¹⁰. Benzer şirket yapılarına İtalyan şehir devletlerinde de rastlanmıştır. Kilisenin faizi yasaklaması üzerine “*commenda*” adıyla kurulan şirketler, sermaye sahiplerinin paralarını ödünç vererek faiz almak yerine ortak sıfatıyla bir girişime yatırımda bulunarak kazanç elde etmelerine imkân tanımıştır¹¹. Tüzel kişiliğe sahip şirketlerin ilk örnekleri de yine İtalya’da *compagnia* adı altında ortaya çıkmıştır. Mesela çok sayıda küçük aile işletmelerinin birleşmesiyle 1396’da kurulan ünlü Medici ailesinin şirketi iflas ederek ortadan kalktığı 1497 yılına kadar yüzyıl faaliyet göstermiştir. Günümüz modern şirketlerinin atası olarak nitelendirilebilecek bu şirket o dönem için oldukça sıra dışı bir biçimde şubeler ve bir banka kurarak bir asır ayakta kalabilmiştir. Avrupa’nın başka yerlerinde de “*Magna Societas*” şeklinde isimlendirilen büyük çaplı çok ortaklı şirketler oluşmaya başlamıştır¹².

Komandit şirketlerin atası olarak gösterilen *commenda* anlaşmalarına göre ortak olarak sermayesiyle girişime dâhil olacak kişi, yani *commandetor*, *traktator* veya *portator* adıyla anılan kişi, teşebbüsün üçüncü kişilerle olan ilişkilerini yürüten bir kişiye sermaye sağlamaktaydı. Girişimin başarısız olması durumunda zarar kimliği bilinmeyen *commendator*’lara ait olmakta, kâr halindeyse kazanç anlaşmaya göre paylaşılmaktaydı¹³. Ortaçağ İtalyan ve Alman şehir devletlerinde geliştirilen bu ortaklık yapısı zaman içerisinde şekil değiştirmiştir. İlk halinde sermayeye ve sorumluluğa katılmayan *tractator*’lerin bu durumu istismar etmeleri sebebiyle artık onların da sorumluluğa katılmaları sağlanmış, *commendator*’lerin kimlikleri açık hale gelmiş ve bunların koydukları sermaye payıyla sınırlı olarak sorumlu olmaları esası geliştirilmiştir. Böylelikle *tractator*’lerin sınırsız, *commendator*’lerin sınırlı olduğu bugünkü komandit şirket yapısının atası diyebileceğimiz bir forma ulaşılmıştır¹⁴. Daha çok deniz ticaretiyle ilgili olarak münferit girişimler için kurulan, dışarıdan bakıldığında bir ortaklık yapısının anlaşılmadığı bu nitelikteki *commenda*’ların zamanla kara ticaretiyle ilgili süreklilik arz eden faaliyetler için de kullanılmaya başladığı görülmektedir. Bu şekilde *commenda*’lar dışarıya karşı ortaklardan ayrı

⁹ Yılmaz, Lerzan, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 233

¹⁰ Yılmaz, s. 233.

¹¹ Yılmaz, s. 234.

¹² Akyol, Taha, **Türkiye’nin Hukuk Serüveni**, Doğan Kitap, İstanbul, 2014, s. 116.

¹³ Yılmaz, s. 234.

¹⁴ Yılmaz, s. 234. *Commenda*’larda sınırlı sorumluluk esasının ortaya çıkmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Aşa. s. 19 vd..

bir görünüm arz eden, kendi unvan ve ticaret merkezine sahip, ayrı bir malvarlığı bulunan yapılar haline gelmiş; böylelikle tüzel kişiliğe sahip modern şirket formunun ortaya çıkmasında önemli bir aşamaya geçilmiştir¹⁵. Günümüz komandit şirketlerinin ilk örneği olarak görülen ve *accomandita* olarak adlandırılan şirket türü 1532 yılında Floransa’da ortaya çıkmıştır. Zaman içerisinde sınırlı sorumluluk, sermayenin paylara bölünmesi ve pay sahipliği yoluyla ortaklık gibi özellikler bu yapıya eklenerek farklı şirket türlerinin ortaya çıkması mümkün hale gelmiştir¹⁶.

Gemi teknolojisindeki gelişim, yeni ticaret yollarının ve coğrafyaların keşfi sonrasında hız kazanan sömürge faaliyetlerinin yürütülmesi, şahısların ortaklıklar kurarak güç birliği yapma ihtiyacını daha da artırmıştır. Mesela sadece İspanya’ya ait gemilerin 1546 – 1650 yılları arasında yaptığı deniz seferi sayısı 14.456’dır¹⁷. Büyük sermaye gereksinimi duyan böyle bir faaliyetin tek tacir tarafından veya geçici nitelikteki adi ortaklıklar eliyle yürütülmesi gitgide daha da zorlaşmış ve devamlılığa sahip, sermayenin yatırıma yönlendirilmesini sağlayan tüzel kişiliğe sahip şirket formuna olan ihtiyaç daha da hissedilir hale gelmiştir. Bu anlamda Avrupa’daki ilk şirket 1602 tarihinde kurulan Birleşik Doğu Hindistan Şirketidir (*Dutch Vereenigde Oost-Indische Compagnie*)¹⁸. Bu şirket o dönem doğu hint olarak adlandırılan yeni keşfedilmiş Amerika kıtası üzerinde yapılacak ticaret için kurulmuştur. Daha sonra Asya ve Afrika ile de ticaret yapan bu şirketin kuruluş sermayesi 600 bin florindir. Zaman içerisinde bu miktar 6 milyon florine yükselmiştir. Tüzel kişiliğe sahip aynı zamanda sermaye şirketi özelliklerini de taşıyan bu şirket her biri 3.000 florin değerinde 2.100 hisse senedi çıkarmıştır. Hisse senetlerinin değeri 100 yıl sonra 16.950 florine yükselmiştir. Şirketin % 15 – 25 arası kâr sağlayan hisse senetleri pek çok yatırımcının ilgisini çekmiştir¹⁹.

Şirket formunun gitgide daha yaygın bir kullanıma kavuşması ve iktisadi faaliyetlerin baskın aktörü haline gelmesi ise sanayi devrimiyle birlikte olmuştur. Mesela 1840 yılında İngiliz şirketlerinin dış yatırımları 160 milyon pound iken 1873 yılında bu rakam 1 milyar pound’a ulaşmıştır. Esnaf işletmeleri veya adi ortaklık şeklindeki geçici güç birlikleriyle böyle bir ekonomik büyüklüğü yaratmak mümkün değildir. Tüzel kişiliğe sahip, tasarruf sahiplerinin yatırımlarını kendisine çeken, sınırlı sorumluluk gibi özelliklerle daha da cazip kılınan sermaye

¹⁵ Yılmaz, s. 235.

¹⁶ Akyol, s. 117.

¹⁷ Akyol, s. 114.

¹⁸ Thummel, Hans, "Piercing the Corporate Veil - Germany." *International Business Lawyer*, vol. 6, no. 3, 1978, pp. 282-287

¹⁹ İngilizlerin Osmanlı topraklarındaki ticaret için “*Turkish Company*” isimli bir şirket kurdukları bilinmektedir. Akyol, s. 117, 118.

şirketlerinin yanı sıra finans kurumları ve bankaların ortaya çıkması Avrupa'daki sermaye birikimi ve ekonomik refahın artmasında büyük pay sahibi olmuştur²⁰.

Ülkemizdeki tarihi gelişimden de kısaca bahsetmek gerekirse Anadolu tarih öncesi çağlarda dahi coğrafi konumu sebebiyle ticari faaliyetlerin yoğun olarak yürütüldüğü bir merkez olmuştur. Ankara - Çorum - Kayseri üçgeni içinde yer alan ticarethanelerde (yani karumlarda) yapılan kazılarda çıkarılan kil tabletler Anadolu'da, MÖ. 2000 – MÖ. 1700 tarihleri arasında Hitit kent devletleri ile Mezopotamya'da Asurlular arasındaki uluslararası ticaretin ilk bulgularını ortaya koymaktadır²¹. Türklerin Anadolu'ya gelişiyle birlikte 1200'lü yıllardan itibaren esnaf işletmesi şeklinde ve mahalle ihtiyaçları düzeyinde üretim yapan ticarethaneler ortaya çıkmıştır. Bu işletmeler ahilik teşkilatının etkisiyle lonca tipi birlikler oluşturmuşlardır. Bu tip yapılar gayrimüslim mahallelerinde de kabul görmüştür. İşletmenin babadan oğula geçmesi esasını ifade eden gedik sistemi üzerinde inşa edilen bu küçük işletmeler ciddi anlamda sermaye birikimi ve çok büyük işletmelerin ortaya çıkışına mani olmuştur²².

Aslında batıda *commenda*'nın ortaya çıktığı dönemlerde Osmanlı İmparatorluğu'nda da özel teşebbüs girişimlerinde kullanılabilecek bir sermaye varlığı görülebilmektedir. Özellikle İstanbul önemli bir ticaret ve üretim merkezidir. Saray ve yüksek gelir sahibi paşaların “*mudaraba*” yoluyla girişimcilere ödünç verdikleri tasarruflarını ticari faaliyetlerin finansmanına aktararak kârlar elde ettikleri bilinmektedir. İstanbul'da 4-5 milyon akçe serveti olan gemi sahibi tüccarlar bulunmaktadır. Mesela 1476 yılında üç yıllık İstanbul gümrük gelirlerinin iltizamını dört ortaklı bir girişimin 13 milyon akçeye (yaklaşık 286.000 bin altın) devraldığı bilinmektedir²³. Böyle bir sermaye birikimi varken bunun batı tipi bir gelişime yönltilmemesinin sebebi tüzel kişiliğe sahip ortaklık yapılarına, yani şirket formuna geçilememiş olmasıdır. Bunun sebebi de büyük oranda o dönemde böyle bir zorunluluğun hissedilmemiş olması olabilir. Avrupa'daki gibi sömürgeciliğe dayalı, girişimcilerin yaşam süresiyle kayıtlı olmayan, geniş kesimlerden pay karşılığı sermaye toplayabilen ve tüzel kişiliği olan bir ticari araca ihtiyaç duyulmamıştır²⁴.

²⁰ Akyol, s. 115.

²¹ Güvemli, Oktay/Güvemli, Batuhan, “Türk İşletme Tarihi Üzerine”, **Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi**, Eylül 2018 Özel Sayı, 5 – 46, s. 7

²² Güvemli/Güvemli, s. 8.

²³ Akyol, s. 119.

²⁴ Akyol ekonomik hayattaki gelişmelerin yeni bir hukuk geliştirecek kadar zorlayıcı boyutta olmadığını altını çizmekle birlikte fıkıhta sürekli eski fıkıh büyüklerinin içtihadlarıyla düşünülmüş olmasını da bu geri kalmışlığın sebepleri arasında göstermektedir. Bkz. Akyol, s.121, 123.

Dahası Avrupa'daki girişimciler sanayi devriminin sağladığı sermaye birikimiyle çok daha güçlü hale gelmiş, iktisadi dinamiklerin dayattığı şartlar gereğince limited şirket, anonim şirket gibi araçları da geliştirip kullanırken Osmanlı girişimcisi ve tüccarı 19. yüzyılda dahi tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık tipi yapılarla iş yapmaya çalışmıştır. Ancak 19. yüzyıla gelindiğinde artık lonca tipi esnaf birliklerinden veya adi ortaklıklardan ibaret işletmeciliğin sürdürülebilir olmadığı anlaşılmış ve devlet eliyle sanayileşme ve bu kapsamda da batı tipi şirketlerin ortaya çıkarılması bir kalkınma modeli olarak benimsenmiştir.

19. yüzyıla kadar süren bu tip işletmeciliğin artık zamanın gerisinde kaldığı ve bu şekilde bir iktisadi atılım yapmanın imkânsızlığı anlaşılarak devlet eliyle büyük işletmelerin kurulması modeli benimsenmiştir. Devlet eliyle bir sanayi hamlesi başlatmayı amaçlayan bu yaklaşımla, hatta bir holding anlayışıyla *Fabrika-i Hümayun* adı altında devlet fabrikaları kurulmaya başlanmıştır²⁵. Büyük hedeflerle başlayan ve yüzlerce fabrikanın temelini atılmasıyla sonuçlanan bu girişim, altyapı yetersizlikleri sebebiyle başarısızlığa uğramıştır. En önemli eksikliklerden birisi hukuki altyapının olmamasıdır. Bu başarısız girişimden sonuçlar çıkarılarak, gerekli hukuki altyapının kurulması ve en önemlisi de şirketleşmenin önünün açılması için 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu (*Code de Commerce*) 1850 yılında Türkçe'ye çevrilerek Kanunname-i Ticaret adı altında kabul edilmiştir²⁶.

Sonrasında 1860'lardan itibaren sanayileşme konusunda yeni projeler geliştirilmiş ve bu programın takibi için "İslah-ı Sanayi Komisyonu" adında bir kurul oluşturulmuştur. Bu komisyonun üyeleri Meclis-i Vâlâ azalarıdır. Yayımlanan talimatnameye göre bu komisyonun hedeflerinden birisi şirketler teşkili ile sanayiye geliştirmektir. Bu kapsamda talimatnamenin üçüncü maddesinde "*esnafın artık münferiden değil şirket halinde çalışması*" gerekliliği belirtilmiş ve dördüncü maddede bu şirketlerin her sınıf esnaf için lonca kethüdası ve loncanın ileri gelen esnafından seçilen azadan kurulu bir idare cemiyeti tarafından idare edileceği hüküm altına alınmıştır. Altıncı maddedeysen bahsi geçen şirket idare cemiyetlerinin kararlarının Meclis-i Vâlâ tarafından denetleneceği belirtilmektedir²⁷. Dolayısıyla hayata geçirilmesi düşünülen bu şirketler özel teşebbüsten ziyade devlet teşvikli ve denetim altında tutulan şirketler olarak tasarlanmıştır. Bu sebeple serbest girişime dayalı sermaye şirketlerinin öncüsü olduğu kapitalist

²⁵ Güvemli/Güvemli, s. 8

²⁶ Güvemli/Güvemli, s. 9.

²⁷ Ortaylı, İlber, "Osmanlı İmparatorluğunda Sanayileşme Anlayışına Bir Örnek "İslah-ı Sanayi Komisyonu" Olayı", *ODTÜ Gelişim Dergisi*, 1978 Özel Sayısı, sh. 123 – 130. Diğer amaçlar da şu şekildedir: a) %5 olan gümrük resmini artırmak, b) Sergiler açarak sanayiye teşvik etmek ve c) sanayi mektepleri açmak.

bir gelişim modeli yine görülmemektedir. *Ortaylı* sanayileşmenin gerçekleşmesiyle birlikte büyük oranda ortadan kalkacak zanaat erbabının şirketleşmesi üzerinden bir çaba içerisine girilmesini bir çelişki olarak eleştirmektedir. 19. yüzyılın sonuna gelinmesine rağmen hala tezgâh üretimi ve esnaf işletmesi şeklindeki girişimcilikten vazgeçilememektedir. Buna mukabil Avrupa’da 15. yüzyıldan itibaren lonca ve esnaf tipi girişimcilik ortadan kalkmakta ve yerini endüstrileşmeye bırakmaktadır. Kısacası gereken cesaret gösterilemediğinden köklü bir devrimi göze alamayan devlet adamları mevcut aktörler üzerinden bir sanayileşme hamlesi yapmaya çalışmışlar ancak başarılı olamamışlardır. II. meşrutiyetten sonra da esnafı feda edemeyen bu sanayileşme programlarına devam edilmiş, kurulan bazı esnaf şirketleri yolsuzluk ve iflaslarla birlikte ortadan kalkmıştır²⁸. Ülkemizde modern şirketlerin ortaya çıkışı Cumhuriyet dönemiyle birlikte olmuş; 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren de özel teşebbüs ve şirketler ekonominin önde gelen aktörleri haline gelmiştir.

Kısaca toplamak gerekirse hukuk düzenlerinin kişi topluluklarına bir statü sağlayarak kendisini oluşturanlardan bağımsız bir kişilik tanımlarıyla birlikte tüzel kişilik (*legal personality*) kavramı ortaya çıkmıştır²⁹. Bu anlamda tüzel kişiler belirli bir amacı gerçekleştirmek için kendisini oluşturan veya mal tahsis eden kişilerden bağımsız bir hak süjesi olarak hukuk tarafından kabul edilen kişi veya mal topluluklarıdır³⁰. Tüzel kişiliğe sahip şirket formu da sosyal ve ekonomik dinamiklerin zorlayıcı şartları çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Özellikle kişilerle bağımlı olmayan, onların yaşam süreleriyle veya ortaklığa devam iradeleriyle sınırlı olmayan, kendi malvarlığı olan ve yatırım yapmak isteyen kişilerin tasarruflarını sermaye katılımı olarak toplayabilen bir araca olan ihtiyaç ticari faaliyetlerin gelişmesiyle birlikte daha da hissedilir hale gelmiştir. Gitgide karmaşıklaşan ihtiyaçları karşılamak için yeni yeni enstrümanlar eklenerek günümüz modern şirket yapısına ulaşılmıştır. Bu evrim hala devam etmektedir.

1.1.1. Tüzel Kişiliği Açıklayan Teoriler

Tüzel kişiliğin niteliğiyle ilgili geliştirilen teoriler genel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birisi tüzel kişiliğin bir varsayımdan ibaret olduğunu ileri süren farazi kişilik teorisi, diğeri ise buna karşı ileri sürülen gerçek kişilik teorisidir³¹. Bu teorilerin birer varyasyonu veya

²⁸ *Ortaylı*, s. 135, 137.

²⁹ Öztan, Bilge, *Tüzel Kişiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 2.

³⁰ Akünal, Teoman, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 14.

³¹ *Akünal*, s. 19.

sentezi olarak değerlendirilebilecek çok sayıda görüş de ortaya atılmıştır. Burada sadece iki ana teori tanıtılacaktır.

1.1.1.1. Farazi Kişilik Teorisi

Bu teoriye göre tüzel kişilik hukuk tarafından yaratılan bir varsayımdan (fiksiyon) ibarettir. Hukuk düzenleri birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar sebebiyle kişi ve mal topluluklarına farazi olarak hak ve fiil ehliyeti tanımak zorunda kalmıştır. Bu sebeple, bu yapılar gerçekte var oldukları için değil ihtiyaç gereği tanındıklarından birer suni hak süjesidirler³².

Bu teoriye göre tüzel kişilikle kendisi adına hareket eden gerçek kişiler arasındaki hukuki ilişki bir temsil ilişkisidir. Bu münasebetle gerçek kişilerin üçüncü kişilerle tüzel kişiliğin temsilcisi sıfatıyla yapmış oldukları işlemlerin hukuki sonuçları tüzel kişiliğin hukuk dünyasında meydana gelir. Temsil sadece hukuki işlemler için söz konusu olabileceğinden temsilcinin haksız fiili tüzel kişiliğin sorumluluğuna yol açmaz³³. Bu bağlamda tüzel kişiliğin kendine ait bir iradesi bulunmadığından fiil ehliyeti de yoktur. Kendi eylemleri sonucunda hak ve borç sahibi olamaz. Bunun doğal bir sonucu olarak tüzel kişilerin haksız fiil sorumlulukları da söz konusu değildir³⁴.

1.1.1.2. Gerçek Kişilik Teorisi

Bu teori ilkinin tam aksine tüzel kişiliğin bir varsayım olmadığını; maddi varlığı olmayan sosyal bir organizma olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla tüzel kişiler gerçekten de var olan irade sahibi varlıklardır. Hukukun bunlara hak ve fiil ehliyeti tanınması bu gerçekliği değiştirmez; çünkü gerçek kişiler de hukuk tarafından tanınmakla hak ve fiil ehliyetine sahip olmuşlardır³⁵. Bu sebeple tüzel kişinin varlığı için kanun koyucunun iradesine ihtiyaç yoktur³⁶.

Bu teoriye göre tüzel kişilerin organları vardır. Dolayısıyla tüzel kişi iradesini organları vasıtasıyla oluşturur ve dış dünyaya duyurur. Yani burada bir temsil ilişkisi bulunmamaktadır. Tüzel kişi doğrudan kendisi organları vasıtasıyla hak ve fiil ehliyetini kullanmaktadır.

³² Özellikle Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde hâkim olan bu anlayışı yansıtmak açısından ABD’li yüksek yargıç Marshall’ın 1819 tarihli *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* kararındaki şu sözleri örnek olarak gösterilebilir: “tüzel kişilik soyut, görülmez, elle tutulmaz sadece hukukun farazi olarak varsaydığı bir varlıktır”. Öztan, s. 7; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt – 2: Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 222.

³³ Akünal, s. 20

³⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 249.

³⁵ Öztan, s. 9; Akünal, s. 21; Dural/Öğüz, s. 223.

³⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 249.

Dolayısıyla organı olarak hareket eden gerçek kişinin haksız fiili tüzel kişi açısından da sonuç doğuracaktır³⁷.

1.1.1.3. Tüzel Kişilik Kavramının Değerlendirilmesi

Tüzel kişiliğin niteliğini açıklayan teoriler artık önemini kaybetmiştir. Günümüzde kanun koyucular belirli bir teorinin düşüncelerini benimsemek yerine tüzel kişilerin sahip olacağı nitelikleri, yetkileri ve sınırları özel hükümlerle düzenleme altına almaktadır. Türk kanun koyucusu açısından da durum bu şekildedir. Bazı düzenlemeler gerçek kişilik teorisinin düşüncelerini yansıtsa da bu kanun koyucunun bu teoriyi esas alarak bir düzenleme yoluna gittiği şeklinde yorumlanmamalıdır³⁸.

Tüzel kişilerin kendisini meydana getiren kişilerden ayrı bir kişiliğe sahip olması ve bu itibarla ayrı bir hukuk sujesi olması ayırım veya ayrılık ilkesi olarak adlandırılmaktadır³⁹. Ayrılık ilkesinin şahıs ayrılığı ve mal ayrılığı olmak üzere birbirini tamamlayan iki farklı sonucu bulunmaktadır. Şahıs ayrılığı tüzel kişiliğin kendisini hayata geçiren şahıslardan ayrı bir kişiliğe sahip olması ve bu suretle onlardan bağımsız bir hukuk sujesi olarak haklara ve yükümlülöklere ehil olmasını ifade eder. Mal ayrılığı da tüzel kişinin kendine ait bağımsız bir malvarlığına sahip olduğunun altını çizer. Ayrı bir şahsiyete sahip tüzel kişiliğin amacını gerçekleştirmek ve faaliyetlerini yürütebilmek için ihtiyaç duyduğu iktisadi kaynaklara sahip olması gerekmektedir. Malvarlığı bunun dışında ayrıca kendi alacaklıları açısından bir güvence oluşturmaktadır. Kural olarak üyelerinin borçlarından dolayı tüzel kişiliğin malvarlığına müracaat edilemez⁴⁰.

Diğer taraftan şirketlerin ortaklarından bağımsız tüzel kişiliklerinin olması ve bunun bir sonucu olarak ayrı hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları birtakım olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Bunlar esasında kanun tarafından öngörölmüş olan bu müessesenin sınırlı sorumluluk ilkesiyle birlikte istismar edilmesi sonucunda ortaya çıkabilen sakıncalı durumlardır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bu tarz istismarlara karşı bir cevap olarak

³⁷ Akünal, s. 21.

³⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 250.

³⁹ Ayrılık ilkesine vurgu yapan ilginç bir karar tüzel kişilerin üyelerinden dolayı insani özelliklere sahip olup olamayacağıyla ilgili tespitte bulunan Virginia yüksek mahkemesi tarafından verilmiş 1908 tarihli *People's Pleasure Park Co., Inc., et al. v. Rohleder* 109 Va. 439 (1909) kararıdır. Dava konusu olayda tamamı siyahî kişilerden oluşan bir şirket sözleşmeyle renkli kişilere satışı yasaklanmış bir taşınmazı satın almıştır. Davacılar bütün üyelerinin siyahî olması sebebiyle kurulmuş olan bu şirketin de siyahî sayılması gerektiğini, aksi takdirde şirket eliyle sözleşme hükümlerinin dolanılmasına müsaade edilmiş olacağını iddia etmiştir. Ancak mahkeme şirketle üyelerinin ayrı hukuk sujeleri olduğunu belirterek şirketlerin üyelerinin renginden dolayı siyahî olmak gibi insani bir özelliğe sahip olamayacağına hükmetmiş ve davayı reddetmiştir.

⁴⁰ Yanlı, Veliye, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Tutulması*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 11, 12.

geliştirilmiştir. Tüzel kişilik açıkça kanun koyucular tarafından güncel ihtiyaçlara binaen düzenleme altına alındığından yukarıda belirtilen teorilerin günümüzde çok fazla bir öneminin kalmadığı ifade edilebilir⁴¹. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili tartışmada tüzel kişiliği varsayımdan ibaret gören bilim insanlarının ve yargıçların perdeyi kaldırma konusunda daha istekli davrandıkları dikkati çeken bir husustur.

Ayrılık ilkesi şirket alacaklıları için ortakların şahsi malvarlığına başvuramama sonucunu doğurduğundan bir dezavantaj olarak görülebilir. Ancak diğer taraftan bu ilkenin diğer bir sonucu şirket malvarlığını ortakların şahsi alacaklılarına karşı korumasıdır. Diğer bir deyişle ödeme güclüğü çeken bir ortağın şahsi alacaklısı, onun pay sahibi olduğu bir şirketin malvarlığına müracaat edemeyecektir. Bu da ayrılık ilkesinin şirket alacaklıları açısından doğurduğu olumlu bir sonuç olarak belirtilebilir. Ayrılık ilkesi sayesinde şirketin malvarlığı sadece şirketten talepte bulunabilecek alacaklılara özgülenmiştir. Öte yandan bu durum istismara açık bir alan da yaratmaktadır. Ayrılık ilkesi sayesinde kötüniyetli kişiler malvarlıklarını bölümlere ayırarak (*asset partitioning*) kontrolleri altındaki farklı şirketlere tahsis edebilmektedir⁴². Böylelikle fiilen kendi tasarrufları altında bulunan malvarlığı değerlerini şahsi alacaklılarının taleplerine karşı dokunulmaz kılabilir. Bu durumda şahsi alacaklılar şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğu hususunun yadsınarak alacaklarının şirket malvarlığından tahsil edilmesi talebinde bulunabilir. Bu durum ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma sorununu da beraberinde getirmektedir⁴³.

Ayrılık ilkesinin sağladığı bir diğer olumlu sonuç şirket malvarlığının şirket ortaklarına karşı da korunuyor olmasıdır. Şirketin faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi onun malvarlığı ve mali gücüyle doğrudan bağlantılıdır. Şirket ortaklarının sorumsuzca şirket malvarlığına el atmaları, onun mali istikrarını risk altına alacak, şirketin faaliyetlerini yürütmesini zorlaştıracak ve hatta şirketin varlığını tehlikeye sokacak bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, tezin inceleme konusu açısından vurgulanması gereken diğer bir husus da özellikle sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu sermaye şirketlerinde, alacaklılar açısından şirket malvarlığının bir

⁴¹ Akünel, s. 22.

⁴² Davies / Worthington, s. 211.

⁴³ Yanlı, s. 38. Ters yönden perdeyi kaldırma konusuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 44.

güvence oluşturduğudur⁴⁴. Bu anlayışla, TTK da “*sermayenin korunması ilkesi*” kapsamında, şirket malvarlığını pay sahiplerine karşı koruyan çeşitli düzenlemeler içermektedir⁴⁵.

Diğer taraftan tüzel kişiliğin doğal bir sonucu olan ayrılık ilkesi gereğince genel olarak şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı bir sorumluluklarının olmaması gerekir. Dolayısıyla ortakların sorumluluğu bunu mümkün kılan özel bir düzenlemenin varlığı halinde söz konusu olabilir⁴⁶. Nitekim şahıs şirketlerinde ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlulukları açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 211/1, 236/1, 325/1). Dolayısıyla bu şirketlerde şirket borçlarından dolayı ortakların sorumlu olacakları açıkça düzenlenerek tüzel kişilik perdesi yasal olarak kaldırılmıştır.

Buna karşılık sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk ilkesi kabul edilerek farklı bir anlayış benimsenmiştir. Dolayısıyla yukarıda da işaret edildiği gibi tüzel kişilik perdesi kaldırılarak şirket borçlarından dolayı ortaklara müracaat edilebilmesi meselesi esas olarak sermaye şirketlerinde söz konusu olabilecek bir meseledir. Sermaye şirketlerini diğerlerinden ayıran, dolayısıyla ona karakterini veren en önemli özellik ise sınırlı sorumluluk ilkesidir. Sınırlı sorumluluk ile tüzel kişilik (veya ayrılık prensibi) arasında sıkı bir ilişki vardır. Her ne kadar sınırlı sorumluluk tüzel kişiliğin zorunlu bir sonucu olmasa da tüzel kişilik olmaksızın sınırlı sorumluluğun uygulanabilmesi mümkün değildir⁴⁷. Dolayısıyla tüzel kişilik sınırlı sorumluluğun zorunlu bir şartıdır.

1.2. Sınırlı Sorumluluk

Sınırlı sorumluluk (*limited liability*) kavramı esasında ortakların şirket borçlarından dolayı şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olmayacaklarını; işler yolunda gitmezse şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye dışında bir kayıplarının olmayacağını ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Aslında ifade edilmek istenen, girişim sebebiyle uğranılabilecek zarar veya kayıp riskinin sınırlıdır. Dolayısıyla bu kavram girişimci ortağın yüklendiği risk faktörüne odaklanmaktadır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse eğer şirket başarısız olur ve ticari hayatını sona erdirmek zorunda kalırsa ortak – veya pay sahibi – sadece koyduğu veya taahhüt

⁴⁴ Bağlı şirketlerin malvarlığına müdahale edilmesi, topluluk hâkiminin bu tarz hâkimiyet uygulamalarının ortaya çıkardığı sorunlar tezin üçüncü bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

⁴⁵ Bu düzenlemelerin bir listesi için bkz. Kuş, Ulaş Baran, **Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, sh. 33, dn. 137.

⁴⁶ Davies / Worthington, s. 39.

⁴⁷ Yanlı, s. 12.

ettiği sermaye katılım payını kaybedecektir⁴⁸. Yoksa sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu şirketlerde (*limited liability companies*) ortağın kural olarak ayrı bir tüzel kişilik olan şirketin borçlarından dolayı sınırlı veya sınırsız her hangi bir sorumluluğu zaten bulunmamaktadır; zira şirket tüzel kişiliğinin borçları sadece şirketin malvarlığını ilgilendirir⁴⁹.

1.2.1. Kavram ve Tarihçe

Sınırlı sorumluluğun ilk kez ortaçağ sonlarında İtalya’da *Compera* olarak adlandırılan ortaklık yapısı içerisinde öngörüldüğü belirtilmektedir⁵⁰. Bu ortaklık yapısı sadece kuzey İtalya’ya özgü olarak kalmış ve genel kabul görmemiştir. Buna karşılık özellikle Venedikli ve Cenovalı girişimciler tarafından benimsenen, sınırlı sorumluluk temelinde geliştirilmiş olan *Commenda* onbirinci yüzyıl İtalya’sında büyük yankı uyandırmış ve yaygın bir şekilde uygulanmıştır⁵¹. Anonim şirketin atası olarak nitelendirilen bu yöntem tek seferlik bir ortaklık ilişkisi ortaya çıkarmaktaydı. Sözleşmeye dayanan bu ortaklıkta taraflardan biri sabit ortak olarak sermaye sağlamakta (*commendator*); diğeri de seyahat eden ortak (*tractator*) olarak deniz taşımacılığına konu kargoya eşlik etmekteydi⁵². Sermaye sağlama görevi esas olarak sabit ortaklardaydı. Eğer sermayenin tamamı bu ortak tarafından karşılanıyorsa bu ilişki tek taraflı *commenda* (*unilateral commenda*) olarak adlandırılıyordu. Esas olarak anlaşma konusu deniz yolculuğu veya kara ticaretiyle ilgili girişimin gerçekleştirilmesini idare etme borcu altına giren diğer ortak da sermaye desteğinde bulunabilirdi. O da sermayeye katılırsa iki taraflı bir *commenda* (*bilateral commenda*) ilişkisi söz konusu olmaktadır. İki taraflı *commenda*’da taşınana eşlik eden ortağın (*tractator*) koyacağı sermaye çoğunlukla *commendator*’un koyduğu miktarın yarısı kadardı. *Commendator*’lar girişimin yürütülmesiyle ilgili belirli konularda *tractator*’lara talimat verebiliyorlardı. Sermaye *tractator*’a girişimin yürütülmesiyle ilgili belirli harcamalarda bulunabilmesi için elden teslim edilmekteydi. Kâr ve zararın ne şekilde paylaşılacağı da sözleşmelerde düzenlenmekteydi. Tek taraflı *commenda* söz konusuysa sermayenin tamamını karşılayan *commendator* sabit ortak kârın $\frac{3}{4}$ ’ünü alır, zarar halindeyse bunun tamamını üstlenirdi. İki taraflı *commenda* söz konusuysa kâr $\frac{1}{2}$ - $\frac{1}{2}$ olmak üzere

⁴⁸ Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R., “Limited Liability and the Corporation”, **University of Chicago Law Review**, Vol. 52: Iss. 1, Article 3, 1985, s. 90.

⁴⁹ Pettet, Ben, “Limited Liability – A Principle For The 21st Century” **Current Legal Problems**, 1995, V.48, Part: 2, (Pettet, Limited Liability), s. 126.

⁵⁰ Pettet, Limited Liability, s. 128.

⁵¹ Pettet, Limited Liability, s. 129.

⁵² Pryor, John H., “The Origins of the Commenda Contract”, **Speculum**, Jan., 1977, Vol. 52, No. 1 (Jan., 1977), pp. 5-37, s. 6.

paylaşıyor; zarar halindeyse *commendator* 2/3, *tractator* ise 1/3 oranında sermaye zararını bölüşüyordu⁵³. *Commenda* sözleşmeleri geniş servet sahibi olmayan genç girişimcilerin de ticarete atılabilmelerini mümkün hale getirmişti⁵⁴.

Commenda sözleşmeleriyle kurulan ortaklığın sınırlı sorumluluk ilkesinin kabul gördüğü ilk ortaklık yapısı olduğu iddia edilmektedir zira bu ortaklık ilişkisinde yatırımcı konumundaki *commendator*'un kargoya eşlik eden *tractator*'un *commenda* adına girdiği borçlardan en fazla koyduğu sermaye miktarıyla sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁵⁵. Bu formun en önemli özelliği sermaye sağlama borcu altına giren sabit ortağın sınırlı sorumluluğunu kabul ediyor olmasıydı. Buna göre sermayedar veya yatırımcı tarafın (*commendator*) azami kaybı sağladığı sermaye miktarıyla sınırlı olacakken diğer taraf açısından sorumluluğun sınırlandırılması söz konusu değildi. Daha da geliştirilmiş türlerinde ayrıca payın devredilebilirliği de sözleşmeye dâhil edilmekteydi⁵⁶.

Başka hukuk sistemlerinde de benzer şekilde sözleşmeye dayalı olarak sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnai bir biçimde uygulandığı görülmektedir. Bunun dışında büyük yatırımların gerçekleştirilmesinde devlet tarafından verilen imtiyaz üzerine de çok ortaklı sınırlı sorumluluk esasına göre kurulmuş şirketlere rastlamak mümkündü. Bu anlamda Avrupa'daki ilk şirket 1602 tarihinde kurulan Birleşik Doğu Hindistan Şirketidir (*Dutch Vereenigde Oost-Indische Compagnie*)⁵⁷. İngiltere'de de benzer şirketler kurulmuştur. Kralın izniyle (*charter*) kurulan bu şirketlerde sınırlı sorumlulukla ilgili genel bir uygulama olduğundan bahsedilememektedir. Sınırlı sorumluluk belirli şirketlere özel izinle sağlanan bir imtiyaz olarak düşünülmüştür. Bu imtiyazın uygulandığı ilk şirket *British Fishery Society* olarak kayıtlara girmiştir. Bu şirket kuruluş şartında bulunan sınırlı sorumluluk klotunu gerekçe göstererek 1633 ve 1634 yıllarında meydana gelen kayıpları sonrasında şirkete getirilecek yeni sermayenin mevcut borçların

⁵³ Pryor, s. 6, 7.

⁵⁴ Acemoğlu, Daron / Robinson, James A., **Ulusların Düşüşü, Güç Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri**, Çeviren: Faruk Rasim Velioğlu, 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2013, s. 145, 146. Eserlerinde ortaçağın en önemli güçlerinden biri haline gelen Venedik'i diğer şehir devletlerinden ayıran faktörleri araştıran yazarlar Acemoğlu ve Robinson ticari ve ekonomik faaliyetlerin yürütülmesinde büyük çıkış açan *commenda* yönteminin sağladığı katılımcılığın altını çizmektedir. *Commenda* yöntemi sayesinde halkın ticari faaliyetlere katılımı önemli ölçüde artmış ve bu da dikey sosyal hareketliliğin hızlanmasına yol açmıştır. Resmi kayıtlara Venedik elitine dâhil olmayan yeni isimlerin girmeye başladığı görülmektedir. MS. 960, 971 ve 982 yıllarına ait kayıtlarda yeni isimlerin kayıtlı tüm isimlere oranı sırasıyla %69, %81 ve %65'tir. Ekonomideki bu değişimin önemli siyasal sonuçları da olmuştur. Gitgide genişleyen ve kapsayıcı bir hal alan ticari faaliyetler sonucu ortaya çıkan yeni aileler yönetimde de söz sahibi olarak daha kapsayıcı ve katılımcı bir yönetim anlayışının yerleşmesine ve kurumsallaşan bir siyasal düzenin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

⁵⁵ Pryor, s. 21.

⁵⁶ Pettet, Limited Liability, s. 129.

⁵⁷ Thummel, s. 282.

ödenmesinden muaf olacağı yönünde bir karar alabilmiştir. Daha sonra 1662 yılında kraliyet bu şirketle birlikte *East India Company* ve *Royal African Company* şirketlerine de sınırlı sorumluluk imtiyazı vermiştir⁵⁸. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk özel izinle verilen bir imtiyaz olarak görülmüştür. Bu sebeple uzun bir süre sınırlı sorumluluk sağlayan sermaye şirketleri istisnai nitelikteki şirketler olarak ticari hayatın bir parçası olmuştur.

Bugünkü manada sınırlı sorumluluğun genel olarak kanun yoluyla belirli bir ortaklık yapısı için öngörülmesi ise ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren mümkün hale gelmiştir. İlk olarak 1808 yılında Fransız Ticaret Kanununda (*Code de Commerce*) anonim şirketlere bu ayrıcalık tanınmıştır⁵⁹. İngiltere’de sınırlı sorumluluğun kabul edilmesi ise 1844 yılında çıkarılan Anonim Şirketler Yasasından (*Joint Stock Companies Act 1844*) onbir yıl sonra, 1855 tarihli Sınırlı Sorumluluk Yasası (*Limited Liability Act 1855*) ile birlikte gerçekleşmiştir. O dönemde kanun koyucu ilk kez yasayla çerçevesi belirlenerek öngörülen bu şirket yapısının, sınırlı sorumluluk olmaksızın eksik kalacağı düşüncesiyle bu düzenlemeyi kabul etmiştir⁶⁰. Bir yıl sonra da 1844 yasası yerine 1856 yılında yeni bir Anonim Şirketler Yasası (*Joint Stock Companies Act*) kabul edilmiştir. Sınırlı sorumluluğun yasayla düzenlenen bir kural haline gelmesiyle birlikte yeni kurulan şirket sayılarında olağanüstü bir artış yaşanmıştır. İngiltere’de sınırsız sorumluluğun kural olduğu 1844 – 1856 arası dönemde kurulan şirket sayısı 956 iken, sınırlı sorumluluğun kural haline geldiği 1856 yılından sonraki 10 yıl içerisinde kurulan şirket sayısı 5420’dir⁶¹.

Amerikan hukukunun da İngiliz hukukuna paralel bir gelişim gösterdiği ifade edilebilir. Burada da şirket kurabilmek için devletten bir izin (*charter*) alınması gerekmektedir. Bu tip şirket kurma izinleri daha çok kamu hizmetlerinin yapımı ve üretim amaçlı işletmeler için verilmekteydi. 19. yy. başlarında istisnai olarak şirket kurma için alınan izin belgelerinde sınırlı sorumluluk kaydı bulunmaktadır. Massachusetts eyaletinde böyle bir kavram dahi bilinmemektedir. New York eyaletinde ise sadece üç şirket için böyle bir izin verildiği belirtilmektedir. Diğer şartlarda ya sorumluluğun doğrudan olduğu belirtilmiş ya da bu konudan

⁵⁸ Avgitidis, Dimitris K., **Groups of Companies, The Liability of Parent Company for the Debts of its Subsidiary**, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens, 1996, s.14.

⁵⁹ Kervankıran, Emrullah, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna : Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3–4 (2007), s. 454

⁶⁰ Pettet, Ben, **Company Law**, Second Edition, Pearson Longman, Harlow, England, 2005, (Pettet, Company), s 31. *Joint Stock Companies Act*’in kabul edildiği 1844’ten çok önce payları tedavül edilebilen çok ortaklı anonim şirketler görülmeye başlanmıştı. Mesela 1808 yılında Birmingham’da bulunan ekmek ve un şirketinin pay sahibi sayısı 8.000 civarındaydı. Yasanın kabul edildiği 1844’te piyasada bulunan anonim şirket sayısının bankalar da dâhil 1.000 civarında olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 14.

⁶¹ Shannon, H.A., “The First Five Thousand Limited Companies and Their Duration”, **The Economic Journal**, Volume 42, Issue Supplement_1, 1 January 1932, Pages 396–424, s. 420, 421.

hiç bahsedilmemiştir⁶². Şirket izinlerinin çok istisnai olarak verilmesi ve faaliyette bulunan şirketlerin herhangi bir ödeme güçlüğü içine girmemeleri sebebiyle uzun zaman sorumluluğun sınırlı olup olmadığı bir sorun olarak gündeme gelmemiştir. Ancak bu durum 19. yüzyılın ilk yarısında değişmeye başlamış ve çok sayıda şirket iflas etmeye başlamıştır. Bu sebeple şirket kurma izinlerinde sorumluluk konusu açıklığa kavuşturulmamışsa sorumluluğun sınırlı mı yoksa şahsi mi olacağı meselesi gündeme gelmeye başlamıştır. Bu konuyu ilk kez tartışan Massachusetts mahkemeleri 1824 tarihli *Wood v. Dummer* kararında açıkça aksi belirtilmemişse sorumluluğun sınırlı olacağını hükme bağlamıştır. Başka eyaletlerde de mahkemelerin benzer kararlar vermesi sonucunda sınırlı sorumluluk git gide genel kural olarak benimsenir hale gelmiştir⁶³.

Bununla birlikte endüstrileşme sayesinde zenginlikleri artan iş adamlarının politik etkinlikleri de buna paralel olarak artmış; onların daha fazla serbesti tanıyan yasa talepleri doğrultusunda kanunlaştırmalar yapılmıştır. O dönemde ABD'nin en sanayileşmiş eyaleti olan Massachusetts eyaleti 1830 yılında sınırlı sorumluluğu kabul eden bir kanunu kabul etmiştir. Diğer bir sanayileşmiş eyalet olan Rhode Island bu konuda en geç kalan eyalet olarak 1847 yılında yasal düzenlemelerle sınırlı sorumluluğu tanımıştır. Dolayısıyla 1850 yılına kadar yapılan yasaştırmalar sonucunda sınırlı sorumluluk bütün ABD'de genel kural haline gelmiştir⁶⁴.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin Almanya'da kabulü ise 1843 tarihli Prusya Anonim Şirketler Kanunu (*Das Preußische Aktiengesetz von 1843*) ile gerçekleşmiştir⁶⁵. Bu ilkenin anonim şirketler dışındaki diğer şirket türlerine girişi ise ilk kez 1892 tarihli Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'yla birlikte olmuştur⁶⁶.

Sınırlı sorumluluğun Türk hukukuna girmesi 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu vesilesiyle olmuştur. İlk ticaret kanunumuz olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret bu kanunun birebir tercümesinden ibaretti⁶⁷. Dolayısıyla Kanunname-i Ticaretin anonim şirketlere ilişkin bölümünde (Fasl-ı salis, nev-i salis m. 24) bulunan "*hissedarlar şirket sermayesine koydukları*

⁶² **Blumberg**, Corporate Groups, s. 25.

⁶³ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 31.

⁶⁴ Baker, David S., / V. Scott Killingsworth, "An American View through the Corporate Veil." **International Business Lawyer**, vol. 6, no. 3, 1978, pp. 267-282, s. 267.; **Blumberg**, Corporate Groups, s. 34.

⁶⁵ Martin, Paul C., "Die Entstehung des preußischen Aktiengesetzes von 1843", **Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, 56. Bd., H. 4 (1969), pp. 499-542, s. 533.

⁶⁶ Çamoğlu, Ersin, "İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 38 Sayı 1 – 4 (1973), (Çamoğlu, Sınırlı Sorumluluk), s. 499.

⁶⁷ Ulusoy, Erol, **Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi** (Aufbau und Entstehung Des Modernen Türkischen Rechts), <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html> (Erişim tarihi 16/11/2022).

hisselerinden ziyade zarar ve ziyarı zamin değildir" şeklindeki hüküm anonim şirketler için bu ilkeyi açıkça düzenleme altına almıştır⁶⁸.

Bugün sınırlı sorumluluk kuralı modern ekonomilerin neredeyse vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir⁶⁹. Küresel ölçekte kabul gören serbest piyasa ekonomileri sınırlı sorumluluk esasına göre organize edilmiş şirket formlarına dayanmaktadır. Özellikle de geniş kitlelerden sermaye toplama aracı olarak tasarlanmış yatırımcı odaklı anonim şirketler artık ekonominin asıl aktörleri haline gelmiştir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesi ve buna dayalı olarak oluşturulmuş şirket formlarının olmadığı bir dünyanın hayali bile neredeyse mümkün değildir.

1.2.2. Sınırlı Sorumluluk Kuralının Öngörülmesini Gerektiren Nedenler

Ekonomik faaliyetlerin gelişmesi ve karmaşıklaşmasına paralel olarak işletme tipleri de kurumsallaşma yolunda daha da derinleşmiştir. Şahıs girişimcilerden halka açık çok ortaklı büyük anonim şirketlere, oradan da şirketler topluluğuna doğru bir evrim söz konusu olmuştur.

Sınırlı sorumluluk ilkesi de bu süreçte kurumsal yapının vazgeçilmez unsurlarından birisi olarak kabul görmüş ve düzenleme altına alınmıştır⁷⁰. Ünlü ABD'li hukukçu Prof. Dodd'a göre sınırlı sorumluluk 19. yüzyılda hukuk alanında yapılan en önemli icattır⁷¹. Büyük oranda uzmanlık gerektiren bilgi ile sermayenin birleşimini gerektiren üretim biçimlerinin başlangıçtan bu yana daha çok anonim şirketler vasıtasıyla yürütüldüğü görülmektedir. Sınırlı sorumluluk da esasında bu üretim tekniğinin doğal bir sonucudur. Yeterli sermayesi olmayan bilgi sahibi uzmanlar ile sermaye sahibi olup da şirketin faaliyetlerini yönetecek uzmanlığa sahip olmayanlar sınırlı sorumluluk sayesinde bir araya getirilebilmiştir. Bu yapının düzgün bir şekilde işlemesinde sınırlı sorumluluk ilkesi hayati bir öneme sahiptir. Kimse yönetmediği, karar alma noktasında etkili olmadığı bir şirkete ortak olup bu şirketin faaliyetlerinden dolayı bütün malvarlığıyla sorumlu olma riskini almak istemez. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk prensibi üzerine inşa edilen

⁶⁸ İzmirli, Yadigar, "Şirketle Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk", **Mevzuat Dergisi**, Yıl:3, Sayı: 33, Eylül 2000. (<https://www.mevzuatdergisi.com/2000/09a/02.htm>, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

⁶⁹ Leebron, David W., "Limited Liability, Tort Victims, And Creditors", **Columbia Law Review**, VOL. 91, No. 7, 1565 – 1650, November 1991, s. 1566. "...kapitalist hukuk sistemlerinde bu kadar yerleşik; modern kurumsal ekonominin işleyişi için bu kadar esastır bir ilke daha yoktur"

⁷⁰ Columbia Üniversitesi rektörü Nicholas Murray 1911 yılında yaptığı bir konuşmada sınırlı sorumluluk şirketlerini modern zamanların en önemli keşfi olarak nitelendirmektedir: "Sınırlı sorumluluk şirketlerinin modern zamanlarda yapılan en önemli keşif olduğunu ifade ederken sözlerimi tartarak konuşuyorum...Hatta buhar ve elektrik bile sınırlı sorumluluk şirketlerinden çok daha önemsizdir; sınırlı sorumluluk olmasaydı bunlar hiçbir etki doğurmazdı." Bainbridge, Stephen M., "Abolishing Veil Piercing", **The Journal of Corporation Law**, Spring 2001, 479 – 535, (Bainbridge, Abolishing), s. 479.

⁷¹ Dodd, E. Merrick, "The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts", **Harvard Law Review**, Vol. 61, p.1351, 1947-1948.

çok ortaklı anonim şirket yapısı ekonominin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan iş bölümü ihtiyacının karşılanması için gereklidir⁷².

Bu bağlamda sınırlı sorumluluk ilkesi daha çok yatırımcı yönü ağır basan bir ortak tipinin ortaya çıkarılması amacıyla geliştirilmiştir. Şirketin işleyişi veya yönetimiyle ilgilenmeyen sadece yatırım amacıyla şirkete ortak olan ve şirketin kârından pay alan bir ortaklık tipi oluşturulmuştur. Böylelikle geniş kitlelerin tasarrufları şirketlere yönlendirilmiş ve büyük sermaye gerektiren ticari faaliyetler finanse edilebilmiştir çünkü sınırlı sorumluluk yatırımcıyı risklere karşı koruyarak girişimciliği teşvik eden bir güvence sağlamaktadır⁷³. Diğer ortaklık yapılarından farklı olarak sınırlı sorumluluğun cari olduğu sermaye şirketlerinde ortağın evine, arabasına veya diğer şahsi malvarlığına şirket borçlarından dolayı müracaat edilemez⁷⁴. Bu sayede girişimcilerin yeni şirket kurarak ya da mevcut şirketlere yatırımcı olarak katılmak suretiyle atıl olarak bekleyen sermayelerini ekonomiye kazandırmaları sağlanmaktadır.

Atıl bekleyen tasarrufların yatırımcı ortak ile yönetici ortakların ayrıştığı çok ortaklı anonim şirketlere yönelmesini sağlayarak ekonomiye kazandırılmasını sağlayan sınırlı sorumluluk, bunun dışında doğrudan girişimciliği de teşvik etmiştir. Sınırlı sorumluluk nispeten küçük sayılabilecek kaynaklarıyla girişimde bulunmak isteyen şahısları bu adımı atmakta cesaretlendirmiştir. Sınırlı sorumluluğun 19 yy.'ın ilk yarısından itibaren kanunlaştırmalar yoluyla kabulü ve yaygınlaşmasıyla birlikte, ABD'de girişimci ruha sahip, zengin olmak isteyen şahısların ekonomiye daha etkin bir şekilde katılımları artmıştır. Ekonominin bu şekilde demokratikleşmesinin siyasi olarak da bir yansımasının olduğu, ABD'nin demokratikleşmesinde sınırlı sorumluluğun da önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir⁷⁵.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin en önemli faydalarından birisi şirket ortaklarının şirketin faaliyetlerine yönelik gözetim ihtiyacını azaltmasıdır. Bütün yatırımcılar zarar etme riskini göze alarak yatırımda bulunurlar. Kayba uğramamak için de ellerinden geldiğince şirket idarecilerini gözetim altında tutmaya çalışırlar. Kaybetme riski ne kadar yüksekse kontrol ihtiyacı da o kadar yüksek olacaktır. Ancak belli bir noktadan sonra ortaklar için şirketi gözetim hem imkânsızlaşacak hem de aşırı maliyetli bir hâl alacaktır. Sınırlı sorumluluk ilkesi sayesinde ortaklar için belli bir şirketin yöneticilerini gereğinden fazla gözetlemekten ziyade muhtemel

⁷² Easterbrook/Fischel, s. 94.

⁷³ Davies / Worthington, s. 208. Özellikle 19 yüzyılda büyük demiryolu projelerinin finansmanında sınırlı sorumluluk ilkesinin büyük payı vardır.

⁷⁴ Dignam/Lowry, s. 48.

⁷⁵ Presser, Stephen B., "Thwarting The Killing Of The Corporation: Limited Liability, Democracy, And Economics", *Northwestern University Law Review*, Vol. 87, No. I, 147-179, 2001, s. 155, 156.

kayıpları telafi edecek nitelikte yatırımları çeşitlendirme ve makul derecede izleme daha mantıklı bir strateji haline gelmiştir. Bu aynı zamanda şirket açısından da yönetim maliyetlerini azaltıcı bir etkiye sahip olmaktadır⁷⁶. Bu sayede yöneticiler şüpheli ortakların şüphelerini gidermek yerine şirketi daha iyi bir şekilde yönetmeye odaklanabilmektedir.

Sınırlı sorumluluğun buna ek olarak daha sonraki dönemlerde hisse senedi piyasalarının ortaya çıkışında ve sorunsuz bir şekilde işleminde önemli bir rol oynadığı muhakkaktır. Sınırlı sorumluluk olmasaydı çok sayıda yatırımcının pay sahibi olduğu halka açık anonim şirketler de olmazdı çünkü şahıslar hisse senetlerine yapacakları küçük yatırımlar sebebiyle büyük malvarlığı kayıplarına uğrama riskini taşıyacaktı. Bu da onların hisse senetlerine yatırım yapmakta isteksiz davranmalarına neden olacaktı⁷⁷.

Ayrıca sınırlı sorumluluğun olmadığı bir piyasada hisse senedi fiyatlarının belirlenmesi çok daha karmaşık bir hâl alacaktır. Şirket ortaklarının mali gücünün de önemli bir faktör olarak hesaba katılması gerekecektir. Sınırlı sorumluluk sayesinde hisse senedi yatırımcısının diğer şirket ortaklarının mali gücü hakkında endişe duymasına gerek kalmamaktadır. Böylelikle hisse senedi fiyatları piyasa şartlarına göre objektif bir şekilde belirlenebilecektir⁷⁸.

Diğer taraftan sınırlı sorumluluğun sağladığı güven sayesinde yatırımcılar daha rahat bir şekilde yatırımlarını farklı sektörlerde ve hatta farklı ülkelerde faaliyet gösteren şirketler arasında dağıtabilmişler ve çeşitlendirebilmişlerdir. Bu sayede hisse senedi piyasaları daha da gelişmiş ve derinleşmiştir. Sınırlı sorumluluk olmasaydı risk almaktan çekinen yatırımcılar hisse senetlerini daha yakından takip etmek zorunda kalacaklar ve belki de riskin yüksek olması gözetim masraflarının (*monitoring costs*) fazlalığı gibi sebeplerden dolayı yatırım yapmaktan kaçınacaklardı⁷⁹.

Görüldüğü üzere sınırlı sorumluluk sayesinde şirket pay senetleri daha kolay bir şekilde tedavül edebilmektedir. Bu da dolaylı olarak şirket yöneticilerini şirketi daha iyi yönetmeye sevk eden bir etki yaratmaktadır. Şirket kötü yönetilirse hisse senetleri değer kaybeder ve mevcut pay sahipleri hisselerini devretme yoluna gidebilir. Bu durumda hisse senetlerini daha düşük fiyatlardan blok olarak devralan güçlü hissedarlar yeni bir yönetim yapısı oluşturabilir. Bu

⁷⁶ Easterbrook / Fischel, s. 94.

⁷⁷ Manne, Henry G., "Our Two Corporation Systems: Law and Economy", *Virginia Law Review*, Vol. 53, No.2, Mar. 1967 pp. 259 - 284, s. 262

⁷⁸ Halpern, Paul/Trebilcock, Michael/Turnbull, Stuart, "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law", *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 30, No. 2 (Spring, 1980), pp. 117-150, s. 125.

⁷⁹ Davies / Worthington, s. 209.

sonuçla karşılaşmak istemeyen mevcut yöneticiler şirketi iyi bir şekilde yöneterek hisse senedi fiyatlarını olabildiğince yüksek tutma konusunda daha kararlı olacaklardır⁸⁰. Sınırlı sorumluluğun şirket yöneticilerini motive edici bu etkisi sağladığı faydalardan birisi olarak ayrıca vurgulanabilir.

Sonuç olarak sınırlı sorumluluk girişimciliği teşvik ederek, atıl vaziyette bekleyen küçük kaynakların sermaye olarak ekonomiye kazandırılmasında önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesi üretimin ve ekonomik refahın artmasına yardımcı olmaktadır.

1.2.3. Sınırlı Sorumluluk Kuralına Yöneltilen Eleştiriler

Sınırlı sorumluluk kuralı başlangıçtan bu yana adaletsiz sonuçlar doğurduğu, gayrı ahlakî olduğu ve istismara açık olduğu ifade edilerek eleştirilmektedir. *The Times* gazetesinin 25 Mayıs 1824 tarihli sayısında yer alan şu yorum bu bakış açısını yansıtmak açısından önemlidir⁸¹:

“Hiçbir şey zengin birkaç kişinin servetlerinin önemsiz bir kısmını bir şirkete tahsis etmesi, bununla birtakım oyunlar oynamaları, isimlerini ve güvenilirliklerini toplum önünde ön plana çıkarmalarına rağmen şirket kaynakları talepleri karşılamakta yetersiz kaldığında servetleriyle birlikte bir kenara çekilmeleri kadar haksız olamaz. Böylece zarar, yemi yutan kandırılmış zavallı balığın üzerinde kalmaktadır.”

Sınırlı sorumluluk ilkesine getirilen eleştirilerden biri esasında sorumluluğu ortadan kaldırmadığı sadece alacaklılara transfer ettiği şeklindedir. Yani sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu yapılarda şirket zararları ortaklar tarafından değil alacaklılar tarafından üstlenilecektir⁸². Bu durum adaletsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir zira şirket başarılı olursa ortakların elde edecekleri kazanç yönünden herhangi bir sınırlama yoktur. Şirket kâr ettiği sürece pay sahipleri kâra ortak olacaktır. Buna karşılık şirket başarısız olur ve zarar ederse ortakların azami kayıpları şirkete getirdikleri veya taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlı olacaktır. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesi bir nimet – külfet dengesizliğine yol açmaktadır⁸³.

Diğer taraftan muhtemel bir zararı üstlenebilecek en doğru kesimin alacaklılar olduğu, çünkü bunların hisse senedi yatırımcısı olan pay sahiplerine kıyasla daha etraflı bir şekilde risk

⁸⁰ Easterbrook / Fischel, s. 94.

⁸¹ Halpern/Trebilcock/Turnbull, s. 125.

⁸² Pettet, Limited Liability, s. 146. Diğer taraftan Easterbrook ve Fischel makalelerinde zararın alacaklılara transfer edilmediğini zaten bu riski taşıyan alacaklılar tarafından yutulduğunu ifade etmektedirler. Yazarlar açısından her ikisi de şirkete finansman sağladıkları için pay sahipleriyle alacaklılar arasında herhangi bir fark yoktur. Esasında şirket ödeme güçlüğü içerisine girer ve malvarlıklarının tasfiyesi gerekirse öncelikle şirket alacaklılarına olan borçlar ödenecek artan bir şey olursa pay sahipleri arasında bölüşülecektir. Bu bağlamda alacaklılar pay sahiplerine göre daha avantajlı konumdadır. Bkz Easterbrook / Fischel, s.94.

⁸³ Davies / Worthington, s. 208.

analizi yapabilecek ve tedbir alabilecek konumda oldukları da ifade edilmektedir. Bu anlayışa göre alacaklılar muhtemel riskleri öngörerek kefalet ve sair yollarla tedbir alabileceklerdir. Hatta alacaklıların üstlendikleri bu riski bir gelir kapısı olarak kullandıkları ve normalden daha fazla faiz alarak bu olumsuzluğu faydaya çevirdikleri de belirtilmektedir⁸⁴. Bu tespit bankalar veya diğer kurumsal kredi kuruluşları söz konusu olduğunda doğru olabilir. Şirketle girdikleri sözleşmesel ilişkiler sebebiyle borçlanılan ticari alacaklılar veya şirketle sözleşme şartlarını müzakere edebilecek büyüklüğe sahip olmayan diğer alacaklıların teminat almaları her zaman mümkün olmayabilir. Ayrıca şirketin borçlanması ancak sözleşme gibi bir hukuki işlem vasıtasıyla iradî olarak gerçekleşiyorsa teminat mümkündür. Diğer borçlanma sebepleri söz konusu olduğunda alacaklılar gayri iradî olarak kendilerini alacaklı konumunda bulmaktadırlar. Mesela şirketin dâhil olduğu bir haksız fiil sebebiyle alacaklı durumuna gelen bir şahsın şirketle müzakere ederek alacağını teminat altına aldırması mümkün değildir⁸⁵.

Diğer taraftan, hakkaniyet gereği haksız fiil sebebiyle ortaya çıkan borçlarda sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanmasının meşru bir temeli olmadığı da ifade edilmektedir zira sınırlı sorumluluk ilkesi esasında sözleşmesel borç ilişkileri düşünülerek geliştirilmiş bir imtiyazdır⁸⁶. Haksız fiil halinde de sınırlı sorumluluğun uygulanıyor olması zaten mağdur olan kişilerin bir kez daha mağduriyetine yol açmaktadır. Bunun dışında sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı güvence sebebiyle şirket idarecileri bireyler ve toplum için zararlı sonuçlar doğurabilecek birtakım riskli faaliyetlere daha kolay girişebilmektedirler⁸⁷. Esasında riskli bir faaliyet yürüttüğünün farkında olan ve talimatlarıyla veya alacağı önlemlerle bu faaliyetten kaynaklanabilecek birtakım istenmeyen sonuçları engelleyebilecek konumdaki yegâne kuruluş olan topluluk hâkimi ortaklığın, sınırlı sorumluluk sayesinde ortaya çıkan zararı mağdurların sırtında bırakabilmesi ahlaki olarak da sorunludur⁸⁸. Bu sebeplerle haksız fiilden kaynaklanan borçlarda sınırlı sorumluluğun uygulanmaması gerektiği dahi ileri sürülmektedir⁸⁹.

Bunların dışında sınırlı sorumluluk ilkesinin özellikle dışarıdan sermaye temin etme gibi faydalarının büyük oranda çok ortaklı büyük şirketler için geçerli olduğu; küçük, dışa kapalı

⁸⁴ **Dignam/Lowry**, s. 49.

⁸⁵ **Friedman**, s. 332.

⁸⁶ **Pettet**, Limited Liability, s. 152.

⁸⁷ Dearborn, Meredith, "Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups", **California Law Review**, Vol. 97, 2009, pp. 195 – 262, sh. 206.

⁸⁸ Hansmann, Henry/Kraakman, Rainer, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", **Yale Law Journal**, Vol. 100, No. 7, (May 1991), pp. 1879-1934, (**Hansmann/Kraakman**, Unlimited), s. 1916 – 1919; Dearborn, s. 206.

⁸⁹ **Hansmann/Kraakman**, Unlimited, s. 1917; **Leebron**, s. 1649.

(*closely held*) şirketler söz konusu olduğunda aynı faydanın elde edilemediği ifade edilmektedir⁹⁰. Genel olarak dışa kapalı küçük şirketlerde yönetim ile ortaklar arasında belirgin bir ayrım bulunmamaktadır. Aynı şahıslar hem pay sahibi hem de yönetici olarak şirket içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla şirkete sermaye sağlayarak destek olan pay sahiplerinin şirket yöneticilerini ve diğer ortakları gözetme ve denetim altında tutma maliyetini (*monitoring costs*) en aza indiren sınırlı sorumluluk ilkesinin bu faydası küçük şirketler söz konusu olduğunda elde edilemeyecektir⁹¹. Diğer taraftan uygulamada küçük şirketlerin dâhil olduğu akdi ilişkilerde alacaklılar dışarıdan şirketin sahibi olarak algılanan yönetici – pay sahiplerinden şahsi teminat almaktadır. Bu da kanun tarafından sağlanan sınırlı sorumluluk ayrıcalığının sözleşmeyle bertaraf edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Haksız fiilden kaynaklanan borçlar için de benzer bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Kapalı küçük şirketlerde yönetici konumunda olan ortaklar aynı zamanda şahsi emeklerini de şirkete hasretmektedir. Dolayısıyla bunların kusuruyla şirket tüzel kişiliğinin kusuru arasında herhangi bir ayrıma gitmek zaman zaman mümkün olmayacaktır. Bu sebeple şirket faaliyetleri sebebiyle meydana gelen haksız fiillerde alacaklılar aynı zamanda şirketin yöneticisi olan ortak veya ortakların şahsi malvarlığından alacaklarının karşılanmasını talep edebileceklerdir⁹².

Sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler topluluğu söz konusu olduğunda daha da istismara açık bir ortam sunduğu ileri sürülen diğer bir husustur. Ticari faaliyetlerini şirketler topluluğu eliyle yürüten tacirler bu sayede alacaklılarıyla aralarına ikinci bir perde çekebilme imkânına sahip olmaktadır. Daha da somutlaştırmak gerekirse ticari faaliyetini şirket olmaksızın yürütmesi durumunda tacir bu faaliyet sebebiyle şahsi malvarlığıyla sorumlu olacaktır. Aynı faaliyeti sınırlı sorumluluk esasına göre teşekkül etmiş, mesela tek kişilik anonim şirket veya limited şirket gibi bir şirket vasıtasıyla yürüttüğü takdirde bu faaliyetin alacakları ve borçları şirketin malvarlığında tezahür edeceğinden şirketin borçlarından dolayı şahsi sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Dolayısıyla şirket sayesinde şahsi malvarlığıyla ticarî faaliyeti sebebiyle oluşan borçlar arasına bir perde çekmiş olacaktır. Bunun da ötesinde aynı ticarî faaliyeti şirketler topluluğu eliyle yürütürse bu perde daha da güçlenecektir⁹³. Bu durmu bir örnek vererek daha somutlaştırmak

⁹⁰ **Friedman**, s. 331.

⁹¹ **Pettet**, Limited Liability, s. 148.

⁹² **Friedman**, s. 2000: 332; **Halpern, Trebilcock ve Turnbull** belirtilen bu olgularla birlikte sınırlı sorumluluğun sebep olduğu hakkaniyetsiz sonuçlar ile alacaklıların sınırlı sorumluluğu bertaraf etmek için başvurdukları akdî yolların neden olduğu maliyetler bir arada düşünüldüğünde küçük dışa kapalı şirketler için de sınırsız sorumluluğun en doğru rejim olduğunu iddia etmektedirler. Bkz. **Halpern/Trebilcock/Turnbull**, s. 148.

⁹³ **Dignam/Lowry**, s. 49.

gerekirse ayakkabı imalatı ve satışı üzerine faaliyet gösteren farazî tacirimiz öncelikle X adında bir ana şirket ve bu ana şirketin kontrolü altında A, B ve C yavru şirketlerini kurar. Yavru şirketlerden A ayakkabı imalatı için gerekli olan deri ve sair hammaddenin temininden, B ayakkabının imalatından C ise imal edilmiş olan ayakkabının satışından sorumlu olacak şekilde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla yavru şirketler fiiliyatta ana şirketin birer bölümü olarak çalışmaktadır. Diyelim ki şirketlerden A almış olduğu hammadde karşılığında borçlandığı miktarı ödemedi ve şirket borca batık olduğu için alacaklılar şirket malvarlığından alacaklarını tahsil edemediler. X şirketi kontrolü altındaki bu şirketi tasfiye edip yeni bir bağlı şirket kurarak hiçbir şekilde zarardan etkilenmeksizin yoluna devam edebilir. Bu durumda alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep ederek ana şirket X'ten alacaklarını tahsil edebilmeleri oldukça şüphelidir. Bu arada kimsenin aklına bir adım daha ileriye geçerek X'in de arkasında bulunan farazi tacirimizin şahsi malvarlığına müracaat etme düşüncesi gelmeyebilir. Bu şekilde perde sayısını ikiye, üçe çıkarma ve hatta daha da artırma noktasında herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Ana şirkete bağlı alt şirketlerin de altında alt şirketler birbirlerinden ayrı katmanlar halinde kurulabilir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler topluluğuna uygulanması halinde alacaklılarla şirket ortakları arasına daha da güçlü engeller koyulabilmektedir.

Görüldüğü üzere sınırlı sorumluluk münferit şirketlerden farklı olarak şirketler topluluğunda daha da güçlendirilebilir. Böyle bir sakıncaya rağmen bu kuralın şirketler açısından sağladığı faydalı sonuçların şirketler topluluğunda aynı etkiyi yaratmadığına dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda sıklıkla dile getirilen eleştirilerden birisi dışa kapalı şirketlerden müteşekkil bir şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, şirketlerin sermaye toplama aracı olma işlevinin münferit şirketlerdeki kadar güçlü olmadığıdır. Bu yapılarda bağlı şirketin paylarını arz ederek, binlerce yatırımcı ortak elde etme ve sermayesini güçlendirerek büyüme gibi bir amacı çoğunlukla söz konusu olmaz⁹⁴. Dışa kapalı topluluklarda bağlı şirketlerin işlevi, sermaye toplamadan ziyade, topluluk hâkiminin belirlediği hedeflere ulaşmada ona yardımcı olmaktır. Böyle bir topluluk yapısı söz konusuysa bağlı şirketlerin çok ortaklı bir yapıya sahip olması çoğunlukla arzu edilen bir durum değildir; çünkü şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin sermaye tedarikinden ziyade topluluğun iktisadi amaçlarına hizmet etme işlevi ön plandadır⁹⁵. Bu bağlamda esas olarak atıl kaynakların yatırıma dönüşmesini sağlayacak bir mecra oluşturma ve

⁹⁴ Blumberg, Phillip I.: "Limited Liability And Corporate Groups" **The Journal of Corporation Law**, Summer-1986, pp. 573-631, (Blumberg, Limited), s. 624.

⁹⁵ Avgitidis, s. 110.

böylelikle girişimciliği teşvik amacıyla münferit sermaye şirketleri düşünülerek benimsenen sınırlı sorumluluk kuralının, özellikle dışa kapalı şirketler topluluğu söz konusu olduğunda aynı faydayı sağlamadığı ifade edilmektedir⁹⁶.

Her ne kadar sınırlı sorumluluk kuralı alacaklılar açısından bir olumsuzluk oluştursa da genel ekonomik refahın artırılmasına sağladığı önemli katkı bu olumsuzluğu telif etmektedir. Dolayısıyla kamunun menfaati bireylerin menfaatine üstün tutulmalıdır şeklinde bir gerekçe ileri sürülmektedir. Buna karşılık dışa kapalı şirketlerden müteşekkil bir şirketler topluluğu bünyesindeki bağlı şirketlerin bahsi geçtiği şekilde bir refah yaratma işlevinin bağımsız münferit şirketlere kıyasla daha zayıf olduğu, çünkü bunların topluluk hâkimi tarafından kullanılan araçlar olmaktan öte bir işlevlerinin olmadığı ileri sürülmektedir. Bununla bağlantılı olarak da bağlı şirketler kullanılarak organize edilen bir girişimin risklerinin alacaklılar üzerinde bırakılmasını haklı gösterecek gerekçelerin yeterince ikna edici olmadığı ifade edilmektedir⁹⁷.

Bu eleştiri genel olarak her topluluk yapısı için geçerli olmasa dahi topluluk hakiminin bağlı şirketleri bir araç, şube veya bölüm gibi konumlandırıp kullandığı topluluk yapıları açısından haklılık payı bulunmaktadır. Topluluk hâkiminin kontrolü altında olan bir bağlı şirket yönetimi topluluk merkezinden bağımsız karar alamaz, yatırım faaliyetlerinde bulunamaz. Dahası böyle bir şirketin mali kaynakları ve malvarlığı topluluk hâkiminin tasarruflarına da açıktır. Doğrudan veya dolaylı müdahalelerle bağlı şirket alacaklılarının mağduriyetine yol açabilir. Bağlı şirketin iflası ihtimalini hesaba katarak kendisini diğer alacaklıların önüne geçirebilecek hukuki önlemleri alabilir. Dolayısıyla topluluk hâkimi bağlı şirketin varlığını müdahaleleriyle tehlikeye düşürebilir. Üstelik bu müdahalelerin olumsuz sonuçlarından da hiç etkilenmeksizin yoluna devam edebilir. Bu durumun bağlı şirketle hukuki ilişki içerisine giren alacaklılar açısından büyük risk oluşturduğu ortadadır⁹⁸.

1.2.4. Değerlendirme

Sınırlı sorumluluk şirket tüzel kişiliğinin ortaklardan ayrı olduğu yönündeki genel kuralın doğal bir sonucu değildir. Sınırlı sorumluluk şeklinde bir imtiyaz sağlamayan şirket tipleri de bulunmaktadır. Bu kural ekonomiye sağladığı birtakım yararlar sebebiyle öngörülmüştür. Bu yararlar genel olarak üç başlık altında sıralanabilir:

⁹⁶ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 94; **Avgitidis**, s. 110.

⁹⁷ **Avgitidis**, s. 110. Yazar sınırlı sorumluluğun şirketler topluluğunda refah yaratıcı etkisinin sadece topluluğun coğrafi anlamda yatay büyüyerek yeni yatırımlara girişmesi veya yeni sektörlerle girişimci olarak girmesi halinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir.

⁹⁸ **Avgitidis**, s. 110.

- 1) Yatırımı teşvik
- 2) Maliyetlerin asgari seviyede tutulması
- 3) Risk yönetimi

Sınırlı sorumluluğu haklı ve gerekli bir kural olarak savunanlar, bu ekonomik gerekçeler içerisinde en çok onun atıl durumdaki kaynakları yatırıma dönüştürme işlevini vurgulamaktadır. İlk iki amacın sağladığı ekonomik fayda son amaçla birlikte ortaya çıkan riskin alacaklılar üzerinde bırakılması şeklindeki olumsuz sonucu aştığı ölçüde sınırlı sorumluluk amacını gerçekleştirmiş sayılacaktır⁹⁹.

Bununla birlikte sınırlı sorumluluk kuralına getirilen birtakım eleştirilerde muhakkak haklılık payı vardır. Özellikle sınırlı sorumluluk ilkesi üzerinde inşa edilen sistemin hakkaniyet yönünden bazı zafiyetlerinin bulunduğu ortadadır. Ancak bu rejimden tamamen vazgeçmek artık imkânsız bir hale gelmiştir. Günümüz serbest piyasa ekonomilerinin temeli sınırlı sorumluluk ilkesine dayanmaktadır.

Sınırlı sorumluluğun ahlaka uygun olmadığı yönündeki eleştirilere bu sistemin toplum açısından sağladığı toplam fayda ileri sürülerek cevap verilmektedir. Münferit olarak bu rejim sebebiyle mağdur olan kişilerin uğradığı zarar ile genel olarak bu ilkenin toplumsal refaha sağladığı katkı kıyaslandığında uğranılan zararın kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla toplumsal fayda bireysel zarara tercih edilmektedir¹⁰⁰.

Sınırlı sorumluluğun artık vazgeçilmez bir ilke haline gelmesi onun her türlü hakkaniyet dışı sonuca rağmen mutlak bir şekilde uygulanacağı anlamına gelmez. Bu ilkenin istismar edilmesi ve iyiniyetli kişilerin mağduriyetine yol açmasına karşılık hukuk düzenleri tarafından birtakım tedbirler geliştirilmiştir. Bu tedbirler genel olarak önleyici ve telafi edici tedbirler olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Önleyici tedbirler sınırlı sorumluluk ilkesinin istismar edilmesinin ve bu suretle birtakım mağduriyetlere yol açmasının önüne geçmek için öngörülen tedbirler olarak ifade edilebilir. TTK ve ilgili diğer mevzuata baktığımızda sınırlı sorumluluk esasına göre tasarlanmış şirketlerin daha detaylı ve etraflı bir şekilde düzenlendiğini görmekteyiz. Bu şirketler için öngörülen birtakım

⁹⁹ Avgitidis, s. 66.

¹⁰⁰ Bu sebeple sınırlı sorumluluğun telafi edici sosyal ve ekonomik bir yarar sağlamadığı durumlarda uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Avgitidis, s. 5.; "In Defense Of Limited Liability-A Reply To Hansmann And Kraakman", **Georgia Mason Law Review** Student Ed. 59, 1994.

bildirim ve ilan yükümlülükleri, denetime ilişkin daha detaylı hükümler, asgari sermaye koyma yükümlülüğü gibi hususlar bu yaklaşımın birer yansımasıdır. Böylelikle kanun koyucu ne kadar etkili olduğu tartışmalı olmakla birlikte sınırlı sorumluluğun istismarının ve bu yolla kişilerin mağdur edilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Telafi edici tedbirler ise istenilmeyen sonuç meydana geldiğinde bunun izalesini amaçlayan tedbirlerdir. Bu anlamda en etkin yol sınırlı sorumluluğun bir kenara bırakılması ve bunu istismar edenlerin sorumluluğuna kapı aralanması olacaktır. Bu sonucu doğuran en yaygın ve etkili girişim tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır. Bu suretle tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluk ilkesini istismar eden perde gerisindeki kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

1.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Her ne kadar temel kural şirketin ortaklarından ayrı bir kişiliğe sahip olması ise de bazı durumlarda kanun hükmü, hukuki işlem veya yargı kararı gereğince bu kurala istisna getirildiği görülebilmektedir. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi en geniş anlamda, tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi ve bu kişiliğin arkasında gizlenen kişilerin dikkate alınmasını ifade etmektedir¹⁰¹. Bu teoriye göre tüzel kişilik (*legal personality, corporate form*) ve sınırlı sorumluluk (*limited liability*) meşru amaçlar için geliştirilmiş ayrıcalıklardır. Bunların gayrimeşru amaçlar için kullanılmasına hukuk müsaade edemez. Ortakların kendi menfaatleri için ayrılık ilkesini yok sayarak kötüniyetle şirketi bir araç olarak kullandıkları durumlarda hukuk uygulayıcılarının da ayrılık ilkesini göz ardı etmeleri ve adaleti tesis etmeleri haklı bir karşılıktır¹⁰². Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, bu kişilik arkasına saklanan kişilerin bir borçtan sorumlu tutulmaları veya ihlal ettiği yasağın sonuçlarına katlanmaları için yapılan bir uygulamadır¹⁰³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yaklaşımı Anglo-Amerikan hukuk sistemleri tarafından geliştirilmiştir. Bu yaklaşımı ifade etmek için ilk olarak ABD’li Profesör Maurice Wormser 1912 tarihli *Piercing the Veil of Corporate Entity* isimli makalesinde “*piercing the corporate veil*” tabirini kullanmıştır. Birebir Türkçeye çevirmek gerekirse kurumsal

¹⁰¹ Hannigan, Brenda, **Company Law**, Third Edition, Oxford University Press, 2012, s. 45; Yanlı, s. 17, 18.

¹⁰² Wormser, I. Maurice, **Disregard of The Corporate Fiction And Allied Corporation Problems**, New York, 1927, (Wormser, Disregard) s. 8,9. “... Şirket ortağının bizzat kendisi açıkça şirketin ayrı bir varlık olduğunu göz ardı ediyorsa ve üçüncü kişilerin zararına yol açıyorsa, mahkemenin onu kendi eylemleri sebebiyle yargılamasından ve şirketin üçüncü bir şahsa olan borçlarından dolayı sorumlu tutulmasından şikâyet etmemelidir...” Harrison v. Puga, 4 Wash. App. 52, 480 P.2d 247 (1971).

¹⁰³ Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, (Tekinalp, Ortaklıklar I), s. 106.

perdenin/peçenin/tülün soyulması anlamına gelen bu tabir bugün için de en fazla kullanılan kavramdır. Bunun dışında perdenin kaldırılması anlamında “*lifting the corporate veil*”, tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi anlamında “*disregarding the corporate entity*” gibi kavramlar da aynı zamanda kullanılagelmiştir¹⁰⁴.

Her ne kadar perdenin kaldırılması aşağıda görüleceği üzere farklı amaçlar için gündeme gelebilmekteyse de bu yaklaşım esas olarak şirket borçlarından dolayı ortaklara müracaat edilmesinde kendini göstermektedir. Bu sebeple, “*piercing the corporate veil*” kavramının sadece sorumlu kılma (*shareholder liability*) hali söz konusu olduğunda kullanılması, diğer hallerde özdeş kılma anlamında *identification* kavramının kullanılması da teklif edilmektedir¹⁰⁵. Benzer bir yaklaşım Almanca literatürde de görülebilmektedir. Zira Almanca’da “*durchgriff*” kavramı genel olarak perdenin kaldırılması “*durchgriffshaftung*” veya “*haftungsdurchgriff*” ise perdenin kaldırılması yoluyla sorumlu kılma manasında kullanılmaktadır¹⁰⁶.

Bunun dışında her bir perdeyi kaldırma hali için özel olarak ayrı kavramların kullanılmasını teklif eden yazarlar da bulunmaktadır. Mesela, *Ottolenghi*, şirketi kontrol eden perde gerisindeki kişileri tespit etmek için perde gerisine bir göz atmak manasında “*peeping behind the veil*” kavramının kullanılmasını teklif etmektedir. Yazar bunun ötesinde perde gerisinde bulunan şahıslara sorumluluk yöneltilmesi hali söz konusu olacaksa perdeyi aşma, arkasına geçme anlamında “*penetrating the veil*” kavramının kullanılmasını önermektedir. Yazarın tespit ettiği diğer bir kategori şirketler topluluğuyla ilgilidir. Burada tek bir perde altında görünüşte farklı tüzel kişiliklere sahip şirketler olduğunu, fiili duruma uygun olarak tek bir yapının varlığının benimsenmesi gerektiğini belirterek perdenin genişletilmesi anlamında “*extending the veil*” kavramının kullanılmasını tavsiye etmektedir. Son olarak yazar en radikal düzeyde perdenin kaldırılmasını ifade etmek üzere perdenin tamamen yok sayılması anlamında “*ignoring the veil*” kavramının kullanılmasının doğru olacağını belirtmektedir. Bu son kategoride şirket ticari amaçlar için değil hukuku dolanmak veya başka türlü hileli eylemleri gerçekleştirmek

¹⁰⁴ **Hannigan**, s. 45; **Yanlı**, s. 5. Bununla birlikte *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Limited The Coral Rose (No 1)*, kararında İngiliz mahkemeleri “*piercing the corporate veil*” ile “*lifting the corporate veil*” kavramları arasında bir ayrıma gitmiştir. Bu tabirlerden ilkinin bir şirketin hak veya sorumluluklarının ithafında kullanılması gerektiği; buna karşılık, ikincisinin ise bazı hukuki ihtiyaçlar sebebiyle perde gerisine bakma ve pay sahiplerinin kimliklerinin tespiti halleriyle sınırlı olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Levenberg, Peter N. SC, *The Mystery Of The Corporate Veil: Comparing Anglo-American Jurisdictions*, **The Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 7, Issue 1, 115 (2019), pp. 116 – 166. s. 123.

¹⁰⁵ Vandekerckhove, Karen, **Piercing the Corporate Veil**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, s. 13.

¹⁰⁶ **Yanlı**, s. 15, 16.

için kurulmuştur. Bu sebeple de bir müeyyide olarak şirketin varlığını yok saymak gerekmektedir¹⁰⁷.

Türk hukukunda da zaman içerisinde farklı kavramlar kullanıldığı görülmektedir. Bahsi geçen teoriyi ifade etmek üzere ilk olarak *Ansay* 1963 yılında Banka ve Ticaret Hukuku Haftasında *Poroy* tarafından sunulan “Holdingler” başlıklı sunumun tartışma kısmında “*tüli kaldırma*” kavramını kullanmıştır¹⁰⁸. Sonrasında *Poroy*, *Tekinalp* ve *Çamoğlu* ile birlikte kaleme aldığı 1972 tarihli “Ortaklıklar Hukuku – Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıkları ve Kooperatifler” isimli eserinde “*perdenin kaldırılması*” kavramını hukukumuza kazandırmıştır¹⁰⁹. Bununla birlikte *Dural*, “perdenin aralanması¹¹⁰”, *Hatemi* “ışıldak ilkesi¹¹¹” gibi kavramlarla teoriyi isimlendirmeye çalışmışlardır¹¹². Yanlı’nın da tezinde işaret ettiği gibi Türk hukuk literatüründe artık kabul gören kavram “*tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” kavramıdır. Yazar kavramın kullanılmasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği görüşündedir. Bu kavramı genel olarak bütün perdenin kaldırılması hallerini içerecek bir anlamda kullanmaktadır. Ancak sorumlu kılma halini (*haftungsdurchgriff*) özel olarak ifade etmek üzere “*tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu kılma*” kavramının kullanılmasını teklif etmektedir¹¹³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi hukukun düzenleme altına aldığı bir konu değildir. Yargı kararlarıyla birlikte ortaya çıkan bu teori içtihat hukukunun ve öğretinin bir ürünüdür¹¹⁴.

¹⁰⁷ Ottolenghi, S., “From Peeping Behind the Corporate Veil to Ignoring it Completely”, *The Modern Law Review*, Volume 53, Issue 3, May 1990, pp. 338–353.

¹⁰⁸ Yanlı, s. 14.

¹⁰⁹ **Tekinalp**, Ortaklıklar I, s. 107; Topaloğlu, Mustafa, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan** (Editör: Sabih Arkan), 1. Bası, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2083; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 389. *Çamoğlu* tüzel kişiliğin bir perde olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır. Yazar’a göre tüzel kişiliği perde yerine şeffaf bir örtü gibi düşünmek gerekir; zira tüzel kişiliğin şirketin iç bünyesinin ve arkasının görünmesini engelleyen bir perde olarak nitelendirilmesi yanlıştır. Tüzel kişiler saydam hukuki varlıklardır; bunlarla ilişki kurmak ve iş yapmak isteyen kişiler, şirketin ortakları, üyeleri, yöneticileri, tüzükleri, ana sözleşmeleri, malvarlığı, sermayeleri gibi gerek duyulabilecek tüm bilgileri bir engelle karşılaşmadan öğrenebilirler. Bkz. *Çamoğlu*, Ersin, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 32, no. 2 (Haziran 2016): 5-20, (*Çamoğlu*, Perdenin Kaldırılması), s. 7.

¹¹⁰ Dural, Mustafa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (ya da tüzel kişinin tabanına başvurulması)”, **Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Mayıs 1998, s. 97.

¹¹¹ Hatemi, Hüseyin, **Kişiler Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 153.

¹¹² Yanlı, s. 14.

¹¹³ Yanlı, s.14, 15.

¹¹⁴ **Tekinalp**, Ortaklıklar I, s.106.

1.3.1. Genel Olarak

İşletmelerin kurumsallaşması ekonominin gelişmesi ve faaliyetlerin çeşitlenmesiyle birlikte bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Tarihi süreç içerisinde tek kişilik basit işletmeden, sözleşme veya vekâlet ve benzeri hukukî işlemler yoluyla şirket benzeri basit ortaklıklara doğru bir yöneliş meydana gelmiştir. Bunun farkına varan kanun koyucular sözleşme temelli bu ortaklıkların belirsizliğe ve istismara yol açtıklarını görerek ortaklık formlarını yasal düzenleme altına alma ve böylece kurumsallaştırma yoluna gitmişlerdir. Dolayısıyla hukuk düzenleri sınırlı sayıda kurumsal ortaklık formları oluşturarak (*corporate forms*) bunlardan faydalanılmasını belirli kurallara bağlamak zorunda kalmıştır¹¹⁵.

Bu kurumsal formun, yani ticaret şirketinin de zaman içerisinde ciddi bir evrim geçirdiğini görüyoruz. En son sınırlı sorumluluk ilkesinin benimsenmesiyle birlikte birer sermaye toplama aracı (*capital-raising vehicle*) olarak tasarlanmış olan sermaye şirketleri, özellikle de anonim şirketler ortaya çıkmıştır. Bu şirketler yatırımı kolaylaştırıcı olmaları, riski minimize edici etkileri ve gelişmiş bir kurumsal yapı sunmaları sebebiyle tercih edilmektedir¹¹⁶. TTK'ya baktığımızda da şirketler hukuku kitabının çok büyük oranda sermaye şirketleriyle ilgili düzenlemeler getirdiğini görmekteyiz.

Dolayısıyla, günümüzde her ne kadar şirketler hukuku farklı türlerde şirket formlarını düzenleme altına alsın da ticari hayatın asıl aktörleri sermaye şirketleridir¹¹⁷. Bugün serbest piyasa ekonomisi tüm dünyada hâkim ekonomik sistem haline geldiğinden tüm dünyada kabul edilmiş kurumsal formların – yani şirket tiplerinin – üç aşağı beş yukarı birbirine benzedikleri müşahade edilmektedir¹¹⁸. Buna göre şirketlerin sahip olabilecekleri nitelikler genel olarak şöyledir¹¹⁹:

1) Tüzel kişilik

2) Sınırlı sorumluluk

3) Payın devredilebilirliği

¹¹⁵ Dignam, Alan / Lowry, John, **Company Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, London, 2014, s. 17.

¹¹⁶ Dignam / Lowry, s. 9.

¹¹⁷ Dignam / Lowry, s. 9.

¹¹⁸ Hansmann, Henry / Kraakman, Reinier H., "What is Corporate Law?" (Feb 25, 2004). **Yale Law & Economics Research Paper No. 300**, (Hansmann/Kraakman, corporate), s.1. (Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=568623>, Erişim tarihi: 14.11.2022)

¹¹⁹ Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier H., "The End Of History For Corporate Law", **The Georgetown Law Journal**, Vol: 89, 2000 – 2001, (Hansmann/Kraakman, The End of History) s. 439.

4) Yönetim yetkilerinin bir kurul tarafından kullanılması

5) Yatırımcı veya pay sahibi – ortak odaklılık.

Bazı şirket tiplerinde bu özelliklerin tamamı bir arada bulunabilmekteyken diğerlerinde ise hukuk politikası gereğince bazı özellikler bulunmayabilir. Mesela halka açık anonim şirketler bu özelliklerin tamamını barındırmaktadır. Buna karşılık hukukumuzda bir şahıs şirketi olarak düzenleme altına alınan kolektif şirketlerde sınırlı sorumluluk özelliği bulunmamaktadır (TTK m. 124/2; TTK m. 211/1).

Yukarıda belirtilen özelliklere sahip kurumsal form - veya ticaret şirketi formu – toplumun ekonomik refahını artırma noktasında piyasa ekonomisinin en önemli aktörü haline gelmiştir. Bununla birlikte zaman içerisinde girişimciler merkezi olarak yönetilip yönlendirilen çok şirketli yapıların sağladığı iktisadi ve hukuki avantajları keşfetmişler ve işletme faaliyetlerini şirketler topluluğu altında organize etme yoluna gitmişlerdir. Topluluklar da ekonomik olarak büyüdükçe, faaliyet alanları çeşitlendikçe yeni yeni şirketleri bünyeye dâhil ederek daha da önemli aktörler haline gelmiştir. Bugün için çok şirketli merkezi yoğunlaşmaların ekonomik faaliyetlerin lokomotif gücü olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

Artık vazgeçilmez bir olgu haline gelen sermaye şirketleri ve oluşturdukları toplulukların uygulamada istismarı meselesi diğer taraftan önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Toplumun genel menfaatleri gerekçesiyle bireylerin yaşayabileceği mağduriyetlere hukuk düzeninin sessiz kalması düşünülemez. Bu sebeple şirket formunun kötüye kullanılmasına karşılık birtakım önlemler geliştirilmiştir. Genel olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması başlığı altında ele alınabilecek bu önlemler özellikle ayrı tüzel kişilik (ayrılık ilkesi) ve sınırlı sorumluluk kuralından kaynaklanan sorunlara karşılık bir cevap oluşturmaktadır.

Benzer sorunlar şirketler topluluğu için de geçerlidir. Bunlarda da şirketler bir perdeleme aracı olarak kullanılabilir. Ancak bunun yanı sıra şirketler topluluğu şirketlere nazaran çok daha farklı yapısal sorunlara sebep olabilir. Çok şirketli bu yapılar kendi içerisinde bir menfaat çatışması riskini barındırır. Hâkim ana şirket kendi menfaatlerini bağlı şirketlerin menfaatine üstün tutabilir. Bu durumda bağlı şirket tüzel kişiliği ile onunla ilişkili azınlık pay sahipleri ve alacaklılar da bu durumdan zarar görebilir. Böyle bir durumda hâkim işletmenin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanarak sebep olduğu kayıp ve zarardan, onun ayrı bir tüzel kişilik olduğu belirtilerek sorumlu tutulmaması oldukça şekilci bir yaklaşım olacaktır. Diğer taraftan şirketlerden farklı olarak şirketler topluluğunda girişimin hukuki boyutu ile temelinde bulunan

iktisadi boyutu arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Topluluk hukuken çok parçalı bir yapıya sahipken iktisadi olarak bir bütünlük arz etmektedir. Topluluğun dışı yansıyan çok parçalı ve teoride birbirinden bağımsız unsurlardan oluşan hukuki boyutuyla, temelinde bulunan ve bir bütünlüğe sahip işletme boyutu arasındaki bu uyumsuzluk istismara açık bir alan yaratmaktadır. Bu sebeplerle şirketler topluluğunda sorumluluk meselesiyle ilgili olarak şirketlere nazaran daha farklı yöntem ve yaklaşımlara ihtiyaç bulunmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde şirketler topluluğunun sorumluluğu meselesiyle ilgili olarak öncelikle irdelenmesi gereken tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve şirketler topluluğu gibi temel kavramlar üzerinde durulacaktır.

1.3.2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Ortaya Çıkışı

Ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk esasına göre şekillenmiş ortaklık tiplerinin 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ülkemiz de dâhil olmak üzere belli başlı hukuk düzenleri tarafından yapılan kanunlaştırmalarla düzenleme altına alındığını yukarıda ifade etmiştik. Kanunla tanınan bu ortaklıklar hayata geçtiği andan itibaren birtakım tartışmalı sonuçlara yol açmıştır. İşin ilginç tarafı aradan geçen süreye rağmen bu tartışmalar bugün dahi güncelliğini korumaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ilk olarak İngiltere’de mahkeme kararlarıyla birlikte ortaya çıkmıştır¹²⁰. Sınırlı sorumluluk esasına göre şekillenen şirketlerle ilgili ortaya çıkan sorunlar ciddi anlamda ilk kez bu ülkede görülen *Salomon* davasında tartışma konusu yapılmıştır¹²¹. İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin verdiği 1897 tarihli kararla tarihe geçen bu dava teorisinin ortaya çıktığı Anglo-Amerikan hukuk sistemleri için büyük öneme sahiptir. Bu teoriyle ilgili yazılmış eserlerin büyük bir çoğunluğu öncelikle bu davaya atıf yaparak konuyu izah etmeye başlamaktadır. Bu sebeple bu dava çerçevesinde ortaya atılan görüşler tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi açısından bugün dahi önemini muhafaza etmektedir.

Dava konusu olayda *Salomon* isimli bir tacir her biri bir sterlin değerinde toplamda 40.000 hisseden oluşan 40.000 sterlin nominal sermayeli *A Salomon and Co* isimli bir limited şirket kurmuş ve ayakkabı imalatı üzerine faaliyet gösteren işletmesini 39.000 sterlin karşılığında bu şirkete devretmiştir¹²². Salomon eşi, kızı ve dört oğluyla birlikte devralan limited şirketin birer

¹²⁰ Tekinalp/Tekinalp, s. 390.

¹²¹ *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] A.C. 22.

¹²² İşletmenin değeri piyasa şartlarına göre değil bay Salomon’un şahsi değerlendirmelerine göre tespit edilmiştir. O günün fiyatlarına göre 39.000 sterlin böyle bir işletme için çok yüksek bir miktardır. **Dignam/Lowry**, s. 19.

sterlinlik hisse senetleri karşılığında kurucu ortağı olarak bulunmaktadır. Şirket devir bedeli olarak kabul edilen 39.000 sterlinin 9000 sterlinini nakit olarak ödemiş, 20.000 sterlinlik kısmına karşılık 20.000 sterlin değerinde hisse devrinde bulunmuş, geri kalan miktar için ayrıca 10.000 sterlin bedelli borç senedi vermiştir. Sonuç olarak *Salomon* 20.000 hisse daha alarak şirketin en büyük pay sahibi konumuna gelmiştir. Böylece şirketin çıkarılmış hisse bedellerinin toplamı 20.007 sterlin olup bunun 20.001'i Salomon'a diğer altı sterlinlik kısmı ise yakını olan diğer ortaklara aittir. Bunun dışında şirket ticari hayatı boyunca başka hisse senedi çıkarmamıştır. Bununla birlikte hâkim ortak konumunda olan Salomon şirket tarafından ayrıca yönetici olarak atanmıştır. Yapılan tüm bu işlemler 1862 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu hükümleriyle uyumludur.

Zaman içerisinde şirketin işleri kötüye gitmiş ve ödeme güçlüğü içerisine girmiştir. Tasfiye aşamasında atanan tasfiye memuru Salomon'un sahip olduğu borç senetlerini ileri sürerek diğer alacaklılardan önce kendi alacağının ödenmesi gerektiği yönündeki talebini kabul etmemiştir. Tasfiye memuru Salomon'un gerçekte şirketten alacaklı olmadığını; aksine diğer borçluları mağdur ettiği için şirkete sermaye desteği sağlaması gerektiğini, dolayısıyla da borçlu olduğunu ileri sürmüştür. Bu yaklaşımıyla tasfiye memuru Salomon'un işletmesini ayrı bir tüzel kişiliğe devrettiğini ve bunun sonucunda alacaklı sıfatına sahip olduğu yönündeki iddiasını reddetmiştir¹²³.

Tasfiye sürecinde şirketten alacağını tahsil edemeyen alacaklı Broderip ayrı bir dava açarak şirketin sadece düzmece bir araç, görüntü veya Salomon'un bir elemanı olduğunu iddia etmiş ve alacağının bu şahıs tarafından ödenmesini talep etmiştir. Davaya bakan ilk derece mahkemesi şirketle hâkim ortağı Salomon arasındaki ilişkiyi temsil ilişkisi (*Agency*) olarak nitelendirmiştir¹²⁴. Bundan dolayı şirketin Salomon'un işlerini yürüten bir temsilci olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeple temsil olunan konumundaki Salomon'un temsilcisi şirketin eylemlerinden dolayı sorumlu olacağı dolayısıyla şirketin borçlarını tazmin etmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²⁵.

İtiraz üzerine üst mahkeme de (*Court of Appeal*) alacaklının talebini kabul etmiş ve Salomon'un bahse konu şirketi 1862 tarihli Şirketler Kanunu'nun ruhuna ve amacına aykırı bir şekilde kurduğu sonucuna varmıştır. İstinaf mahkemesi bu sonuca varırken girişimcilerin

¹²³ French, Derek/Mayson, Stephen/Ryan, Christopher, **Mayson, French & Ryan on Company Law**, 31st Edition, Oxford University Press, 2014 – 2015, s.122.

¹²⁴ *Broderip v. Salomon* [1895] 2 Ch.

¹²⁵ **Mayson /French /Ryan**, s.122.

hizmetine sunulan kurumsallaşma imkânının ve sınırlı sorumluluk imtiyazının meşru ticari amaçlar için kullanılıp kullanılmadığını irdelemiştir¹²⁶. Yargıç Lord Kay’ın aşağıdaki görüşü bu gerekçeyi yansıtmaktadır¹²⁷:

“Kanun yedi veya daha fazla sayıda kişinin bir araya gelerek iyi niyetle ticari amaçlar için kurumsallaşmalarını ve belirli koşullar altında sınırlı sorumluluktan yararlanmalarını amaçlamaktadır. Ancak, sözde kurumsal görünümüne sahip kişisel işletmelerin anonim şirkete dönüşerek sınırlı sorumluluktan faydalanmaları kanunun amaçlarından biri değildir.”

Temyiz mahkemesi bu gerekçeye dayalı olarak tüzel kişiliği göz ardı etmiş ve Salomon’u şirket borçlarından dolayı sorumlu tutmuştur. Bu kararın Salomon tarafından temyizi üzerine en yüksek temyiz mahkemesi olarak yargı faaliyetinde de bulunan lordlar kamarası (*House of Lords*)¹²⁸ tamamen farklı bir karar vermiştir. Son sözü söyleyen lordlar kamarası istinaf mahkemesinin kararını bozarken, şirketin kanun tarafından öngörülen şekil şartlarına uyularak kurulduğunu, hile söz konusu değilse şirket kurucularının ne niyetle şirketi kurduklarının önem arz etmediğini, dolayısıyla onların iyiniyetli olup olmadıklarının araştırılamayacağı gerekçesine dayanmıştır. Bu itibarla işletmenin Salomon’a değil şirkete ait olduğuna ve şirketin Salomon’un temsilcisi olmadığı; aksine Salomon’un temsilci şirketin temsil olunan olduğu sonucuna varmıştır¹²⁹. Temyiz yargıç Lord Macnaghten kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir¹³⁰:

“Hukuk açısından şirket, kurucularından tamamen bağımsız bir kişidir. Her ne kadar kuruluşun sonra yürütülen faaliyet tamamıyla aynı olsa ve aynı kişiler yönetici olsa ve yine aynı eller kâr elde ediyor olsa dahi şirket hukuk açısından kurucuların bir aracı veya temsilcisi olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde kurucular şirket ortağı olduklarından kanun tarafından öngörülen durumlar hariç şirket borçlarından dolayı sorumlu tutulamaz.”

Aradan geçen zamana rağmen bu davada gündeme gelen tartışmalar hala güncelliğini korumaktadır. Hukuk uygulayıcılarının benzer durumlarda cevap vermeleri gereken en önemli soru ekonomik ve sosyal gerçeklikle hukukun öngördüğü faraziye arasındaki ihtilâfta hangisinin tercih edileceği meselesidir.

¹²⁶ **Dignam/Lowry**, s. 21.

¹²⁷ *Salomon v Salomon & Co Ltd.* House of Lords, 16 Kasım 1896, [1897] A.C. 22. Sh.5

¹²⁸ Esasında bahsi geçen mahkeme alıldık anlamda kurumsal niteliği haiz bir mahkeme değildi. Parlamenteoya bağlı lordlar kamarasının temyiz komitesi (*the Appellate Committee of the House of Lords*) bir mahkeme gibi temyiz incelemelerini karara bağlamaktaydı. Bu komite yerini 2009 yılında bütün yargı yollarının en üst temyiz mercii olarak kurulan Yüksek Mahkemeye (*Supreme Court*) bıraktı. <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>

¹²⁹ **Dignam/Lowry**, s. 21.

¹³⁰ *Salomon v Salomon & Co Ltd.* sh. 13.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ihtilaflı durumlarda hukuk kurallarının katı bir şekilde uygulanması haksız sonuçlara yol açacaksa ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Sonuç olarak bu teori gereğince, ihtilaflı konuyla sınırlı olmak üzere tüzel kişilik ile onu oluşturan kişiler arasındaki ayrılık ortadan kaldırılarak geri planda bulunan kişilere ulaşılması amaçlanmaktadır. Mesela Salomon davasında bu teori uygulama yeri bulsaydı *A Salomon and Co* isimli şirketin kurucusu, hâkim ortağı ve yöneticisi olan Salomon'a ulaşılması ve onun ödenmeyen şirket borçlarından dolayı şahsen sorumlu olduğu kabul edilebilecekti. Böylelikle tüzel kişiliğin alacaklılarla arasında bir perde olarak kullanılmasına engel olunabilecekti. Dolayısıyla bu yaklaşımın temel önerisi amaca aykırı kullanıldığı durumlarda hakkaniyet gerektiriyorsa tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk görmezlikten gelinebilir şeklinde özetlenebilir.

Bununla birlikte referans karar olarak kabul edilen Salomon'daki katı yaklaşımın zaman içerisinde İngiliz mahkemeleri tarafında bazı dönemlerde esnetildiği ifade edilebilir. *Dignam & Lowry* İngiliz mahkemelerince verilen perdeyi kaldırma kararlarını tarihi açıdan üç dönemde incelemektedir. Yazarlar *Salomon* kararıyla başlayan 1897 – 1966 yılları arasındaki dönemi klasik dönem (*classical veil lifting*) olarak adlandırmaktadır. Bu dönemde *Salomon* kararında altı çizilen ilkeler etkili olmuş ve mahkemeler perdenin kaldırılması teorisini nadiren uygulamışlardır. Bu dönemi takip eden 1966 – 1989 yılları arasındaki dönem müdahaleci dönem (*The interventionist years*) olarak nitelendirilmektedir. Bu dönemde perdenin kaldırılması teorisi özellikle ünlü yargıç Lord Denning'in etkisiyle oldukça yaygın ve etkin bir şekilde uygulanmıştır. Son olarak, 1989 yılıyla başlayıp günümüze kadar gelen dönemde köklere dönüş olarak adlandırılabilir bir tutum izlenmiştir. Özellikle bu döneme damgasını vuran 1990 tarihli *Adams v Cape Industries plc* davası teorisinin uygulanma kabiliyetini daraltıcı bir etki göstermiştir. Ancak bu son dönemde de zaman zaman teorisinin etkili bir şekilde uygulandığı görülmektedir¹³¹.

Buna karşın Amerikan mahkemeleri perdenin kaldırılması konusunda her zaman çok daha esnek bir tutum benimsemişlerdir. Perdenin kaldırılması talepli davalar Amerikan mahkemeleri tarafından çözüme ulaştırılan şirketler hukuku konulu uyuşmazlıklar arasında birinci sırayı almaktadır¹³². Bu konuda verilmiş ilk karar 1809 tarihli *Bank of United States v. Deveaux* (U. S. 1809¹³³) isimli karardır. Burada Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin şirketlerin taraf olduğu

¹³¹ **Dignam/Lowry**, s. 35 – 43.

¹³² Thompson, Robert B., "Piercing the Corporate Veil: An Emprical Study", **Cornell Law Review**, Vol. 76, 1991, pp. 1036 – 1074.

¹³³ *Bank of United States v. Deveaux* (U. S.1809) 5 Cranch 61.

davalarda görevli olup olmayacağı sorunu gündeme gelmiş; mahkeme bununla ilgili olarak tüzel kişiliğin gerisinde bulunan kişilerin dikkate alınıp alınamayacağı meselesini ele almıştır. Yüksek Mahkemenin federal yetkisi farklı eyaletlerin vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda doğmaktadır. Buna göre sadece şirket tüzel kişiliği dikkate alınacaksa, şirketin vatandaşlığı söz konusu olmayacağından Yüksek Mahkemenin yetkisinin de olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak yargıç Marshall Yüksek Mahkeme'nin yetkisini muhafaza etmek için şirketin sadece hukuk tarafından tanınan bir tüzel kişilikten ibaret olmadığını belirtmiş ve arka planda bulunan gerçek kişilerin niteliklerini dikkate almıştır. Sonuç olarak uyuşmazlığın farklı vatandaşlıklara sahip şirket hissedarları arasında bir uyuşmazlık olduğu kabulüyle Yüksek Mahkeme'nin yetkili olduğuna karar verilmiştir¹³⁴.

Perdeyi kaldırarak sorumlu kılma konusunda verilmiş olan kararların tarihi ise 1865 yılına kadar gitmektedir. Bunlardan birisi New York Temyiz Mahkemesi'nin 1865 tarihli *Booth v. Bunce*¹³⁵ kararıdır. Bu davada ortakların şahsi alacaklılarının takibinden kurtulmak için şirket tüzel kişiliğini bir perde olarak kullanıp kullanmadığı tartışma konusu yapılmıştır. Burada bir adi ortaklığın (*partnership*) ortakları, ortaklığın işleri kötü gitmeye başlayınca bir şirket kurmuş ve ortaklığa ait birtakım malvarlığı değerlerini bu şirkete devretmişlerdir. Adi ortaklığın alacaklılarıyla sonradan kurulan şirket alacaklılarından hangisinin bu değerler üzerinden öncelikli olarak alacaklarını tahsil edebilecekleri meselesi dava konusu edilmiştir. Mahkeme sonradan kurulan şirketin kötüniyetle, şahsi alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kurulduğunu tespit ederek, şirketin varlığını göz ardı etmiş ve adi ortaklıktan alacaklı olan kişilerin öncelikli olarak hak sahibi olduklarına hükmetmiştir¹³⁶.

Bununla birlikte ilk dönem Amerikan kararları içerisinde, perdenin kaldırılmasıyla ilgili 1905 tarihli *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*¹³⁷ isimli kendisine en fazla atıf yapılan, emsal niteliğindeki karardan ayrıca bahsetmek gerekir. Bu davada Yargıç Sanborn tarafından ortaya konulan gerekçe sonraki pekçok kararda da takip edilmiştir¹³⁸. Yargıç Sanborn kararını şu gerekçeye dayandırarak şirket tüzel kişiliğinin dikkate alınamayacağına hükmetmiştir;

“...Mevcut durumda eğer genel bir kural benimsenecekse bu, aksini belirtir yeterli sebep ortaya çıkıncaya kadar, şirketin ayrı bir hukuk sujesi olarak görüleceği olmalıdır. Ancak ne zaman ki tüzel kişilik kamu

¹³⁴ Wormser, Maurice, “Piercing the Veil of Corporate Entity”, *Columbia Law Review*, Vol. 12, 1912, pp. 496 – 518, (**Wormser**, Piercing), s. 497.

¹³⁵ *Booth v. Bunce* (1865) 33 N. Y. 139.

¹³⁶ **Wormser**, Piercing, s. 499.

¹³⁷ *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* 142 F.2d247, 255 (Wis. 1905).

¹³⁸ **Ottolenghi**, s. 339.

güvenini sarsar, yanlış destekler, hileyi korur veya suçu savunursa hukuk nazarında şirket sadece farklı kişilerin bir arada olduğu bir topluluk olarak görülecektir.”

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkan bu teorinin kıta avrupalı hukuk sistemleri üzerinde de etkisi olmuştur. Teorinin Almanya’da yüksek yargı kararlarına konu olması 1920’li yıllardan itibaren başlamaktadır. İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) hayatın gerçekleri, ekonomik ihtiyaçlar ve olayların tabiatının gerektirmesi gibi gerekçelerle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliğine hükmetmiştir¹³⁹.

1.3.3. Perdenin Kaldırılması Türleri

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çeşitli açılardan ayrımlara tabi tutulmaktadır. İlk olarak perdenin kaldırılmasında dayanan gerekçeye göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yasal perdeyi kaldırma, gönüllü perdeyi kaldırma ve yargısal perdeyi kaldırma olarak bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunun dışında diğer bir ayrım perdenin kaldırılmasını talep eden ve hedef alınan kişiye göre yapılmaktadır. Buna göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında düz veya geleneksel perdeyi kaldırma, ters perdeyi kaldırma ve çapraz perdeyi kaldırma şeklinde bir ayrıma gidilebilir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sebep ve amaç noktalarında bir ayrıma giderek incelemek yerinde olacaktır. Her iki halde de kavramın geniş ve dar anlamda taşıdığı anlamlar birbirinden farklıdır. Sebep unsuruyla ifade edilmek istenen perdenin kaldırılması tekniğini uygularken esas alınacak dayanak noktasıdır. Bu bir özel kanun hükmü, sözleşme veya kefalet gibi bir hukuki işlem yahut hakkın kötüye kullanılması veya dürüstlük kuralı gibi genel hukuk kurallarını temel alan bir yargı kararı olabilir. Bu bağlamda sebep unsurunu dikkate alacak olursak geniş anlamda perdenin kaldırılması, yasal perdeyi kaldırma (*statutory veil piercing*), gönüllü perdeyi kaldırma (*voluntary veil piercing*) ve yargısal perdeyi kaldırma (*judicial veil piercing*) hallerinin tamamını kapsamaktadır. Buna karşılık dar anlamda kavram sadece yargısal perdeyi kaldırma halini içermektedir¹⁴⁰.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla elde edilmek istenen sonuçlar da birbirinden farklı olabilmektedir. Buna göre amaç yönünden ele aldığımızda tüzel kişilik perdesinin

¹³⁹ Kervankıran, s. 459.

¹⁴⁰ Yanlı Alman doktrindeki farklı görüşleri analiz ettikten sonra tüzel kişiliğin göz ardı edilmesini mümkün kılan bağımsız bir sebebin varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinin olmadığını ifade etmektedir. (Yanlı, s. 19, 20). Ancak, özel bir hukukî sebebe dayanmakla birlikte, bu hallerde de sonuç olarak tüzel kişilik yok sayılmaktadır. Dolayısıyla en geniş anlamda bir perdenin kaldırılması hali söz konusu olmaktadır.

kaldırılması genel olarak bilgi edinme, yükümlü kılma, özdeş kılma ve sorumlu kılma gibi tüm halleri kapsamaktadır. Dar anlamda ise bu kavram perdeyi kaldırarak sorumlu kılma halini ifade etmektedir. Bu kapsamda geniş anlamıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı ayrılık ilkesine bir istisna getirmektedir. Dar anlamda ise bu kavram esas olarak sorumluluğun tesisini içermektedir. Buna göre perdeyi kaldırma şirket borçlarından dolayı ortaklara ya da aksi yönde ortakların borçları sebebiyle şirkete müracaat edilebilmesine kapı aralar. Bu haliyle dar anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hem ayrılık ilkesine hem de sınırlı sorumluluk ilkesine bir istisna getirmektedir.

Bunun dışında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bundan etkilenen kişinin konumuna göre de farklı başlıklar altında incelenebilir. Bu ayrımı özellikle sorumlu kılma amacıyla yapılan perdeyi kaldırma işleminde bariz bir şekilde görmek mümkündür. Eğer şirketin borcu sebebiyle perde gerisinde bulunan ortaklara müracaat edilmesi söz konusuysa düz perdeyi kaldırmadan bahsedilebilir. Ters bir durumda, yani ortağın borcu için şirkete müracaat edilmesi söz konusuysa ters perdeyi kaldırma söz konusu olacaktır. Her iki halin bir arada gündeme gelebileceği çok şirketli yapılarda, özellikle şirketler topluluğunda çapraz perdeyi kaldırma haliyle karşı karşıya gelinebilecektir.

1.3.3.1. Sebep Unsuruna Göre Perdenin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında dayanılan sebep bir kanun hükmü veya tarafların kararlaştırdıkları bir hukuki işlem olabilir. Böyle bir hukuki sebep bulunmadığı halde de mahkemeler genel hükümler veya hakkaniyet çerçevesinde perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir.

1.3.3.1.1. Yasal Perdeyi Kaldırma

Bu ayrımın daha çok Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde (*common law*) geçerli olduğu ifade edilebilir. Eğer şirket ile ortakları arasındaki ayrılık kuralı özel bir hukuk kuralı vasıtasıyla göz ardı edilmekteyse burada yasal perdeyi kaldırma (*statutory veil piercing*) halinden bahsedilebilir. Türk hukukunda da bu duruma örnek olarak gösterilebilecek istisnai nitelikte yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Mesela 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 110. maddesi bu nev’iden bir düzenleme içermektedir. Bu madde hükmüne göre bir bankanın yöneticileri, denetçileri ve menfaat temin eden ortaklarının şahsi sorumlulukları ve iflasları söz konusu olabilir. *Çamoğlu* yasal perdeyi kaldırma haline dayanak olarak gösterilen yasa hükümlerinin

gerçek anlamda bir perdeyi kaldırma hali olmadığını; özgün anlamıyla anlamak gerekirse perdeyi kaldırmanın tüzel kişinin borcundan dolayı ortakların sorumlu tutulması olduğunu belirtmekte ve bu haller için yasal perdeyi kaldırma yerine, perdenin kaldırılmasına benzer (*quasi*) haller kavramını kullanmaktadır¹⁴¹.

1.3.3.1.2. Gönüllü Perdeyi Kaldırma

Gönüllü perdeyi kaldırma (*voluntary veil piercing*) halinde dayanak noktası bir hukuki işlemdir. Taraflar kanunla bahsedilen sınırlı sorumluluk imkânını yapacakları bir hukuki işlemle bertaraf edebilirler. Mesela ortaklar şirket borçları için kefalet ve benzeri şahsi sorumluluklarını ilzam eden taahhütlerde bulunabilirler. Bu durumda alacaklılar şirket borçları için ortağın şahsi malvarlığına müracaat edebilmektedirler.

1.3.3.1.3. Yargısal Perdeyi Kaldırma

Gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinin yargısal perdeyi kaldırma (*judicial veil piercing*) olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Burada ayrılık ilkesinin ileri sürülmesi bir mahkeme kararıyla bertaraf edilmektedir. Belirli konularda ortak bir yaklaşım olmakla birlikte hangi durumlarda genel kural olan ayrılık ilkesinin ve sınırlı sorumluluğun mahkemeler tarafından göz ardı edileceğini gösteren genel geçer bir uygulama benimsemek mümkün görünmemektedir. Her davanın kendine özgü olgularını göz önünde bulunduran mahkemeler perdeyi kaldırma veya kaldırmama yoluna gitmektedir. İleride tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan teoriler bahsinde de görüleceği üzere mahkemeler perdeyi kaldırırken hile, hakkın kötüye kullanılmasına engel olma, temsil ilişkisinin varlığı, hakkaniyet kuralları gibi gerekçelere dayanmışlardır.

1.3.3.2. Kişi Unsuruna Göre Perdenin Kaldırılması Türleri

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını şirketle ortaklar arasındaki ayrılığın devamından zarar gören tüm ilgililer talep edebilir. Bu bakımdan talepte bulunanın kim olduğu noktasından hareketle bir tasnife gitmek mümkündür.

¹⁴¹ Çamoğlu, Perdenin Kaldırılması, s. 11, 12.

1.3.3.2.1. Düz Perdeyi Kaldırma

Geleneksel perdeyi kaldırma olarak da adlandırılmaktadır. Burada şirket borçlarından dolayı ortağın sorumluluğu cihetine gidilmektedir. Diğer bir deyişle sorumluluğun yöneltildiği kişi şirket ortağı olmaktadır. Bu ortak gerçek kişi veya ana şirket pozisyonundaki başka bir şirket olabilir¹⁴². Bu noktada altı çizilmesi gereken konu şirket ile ortağı arasındaki ayrımın olaya özgü koşullar sebebiyle göz ardı edilmesidir. Genel olarak ayrılık ilkesi ve sınırlı sorumluluk kuralının ortadan kaldırılması şeklinde bir uygulama söz konusu değildir¹⁴³. Kısacası olay olguları özelinde davayla sınırlı bir uygulamada bulunmaktadır.

Aşağıda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak yapılan açıklamalar düz perdeyi kaldırma esas alınarak yapılmıştır¹⁴⁴. Bu sebeple ayrıca burada bir açıklamada bulunulmayacaktır.

1.3.3.2.2. Ters Yönden Perdeyi Kaldırma

Geleneksel veya klasik anlamda perdeyi kaldırmada şirketten alacaklı olan üçüncü şahıslar ortakların şahsi malvarlığına ulaşabilmek için şirketle ortaklar arasındaki ayrılığın ortadan kaldırılmasını talep etmektedirler. Dolayısıyla talebin hedefinde şirket ortakları bulunmaktadır. Ters yönden perdeyi kaldırmada (*reverse veil piercing*) ise farklı bir istikamet izlenmektedir. Burada ortak değil şirket tüzel kişiliği hedef alınmaktadır.

Ters yönden perdeyi kaldırma da talepte bulunanın kim olduğuna bağlı olarak kendi içerisinde iç (*inside*) ve dış (*outside*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İç ters yönden perdeyi kaldırmada (*insider reverse veil piercing*) perdenin kaldırılmasını talep eden kişi yine şirketle ilgili başka bir şahıs olup (*insider*) şirketle ortak arasındaki ayrılığın göz ardı edilmesini istemektedir. Dış ters yönden perdenin kaldırılmasında (*outsider reverse veil piercing*) ise üçüncü şahıslar talep sahibi konumundadır. Bu bağlamda iki durum arasındaki farkı ortaya koyan temel faktör tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep eden ile buna karşı çıkan tarafların kim olduklarıdır. İç tersten perdeyi kaldırmada hâkim ortak pozisyonundaki kişi (ve dolaylı olarak da şirket) üçüncü kişilerin aleyhine perdenin kaldırılmasını ve kendilerinin şirketle özdeşleştirilmelerini talep etmektedirler. Gerçek anlamda ters yönden perdeyi kaldırma hali

¹⁴² Tekinalp/Tekinalp, s. 398.

¹⁴³ Yanlı, s. 37.

¹⁴⁴ Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili genel bilgi için bkz. aşa. s. 86 vd.

olarak nitelendirilebilecek dıştan perdeyi kaldırmada ise üçüncü kişiler, ortak ile şirket arasındaki ayrılığın göz ardı edilmesini talep etmekte ancak hâkim ortaklar bu talebe karşı çıkmaktadırlar¹⁴⁵.

1.3.3.2.2.1. İç Ters Yönden Perdeyi Kaldırma

Burada talep sahibi ortağın amacı esasında şirkete ait bir hakkı kendi adına takip edebilmenin kapısını aralamak veya şirket malvarlığı unsurlarına yönelecek üçüncü kişilerden kaynaklı taleplerin önünü kesmektir¹⁴⁶. Alışıldık durumun aksine bizzat ortaklar ve şirket perdenin kaldırılmasını istediğinden bir gönüllü perdeyi kaldırma (*voluntary veil piercing*) halinden de söz edilebilir¹⁴⁷.

İç ters yönden perdenin kaldırılması ABD’de bazı eyaletler tarafından kabul edilmiş bir yaklaşımdır. Özellikle Minnesota eyaleti mahkemeleri tarafından etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Konuyla ilgili emsal niteliğindeki mahkeme kararları konunun anlaşılması noktasında oldukça faydalı olacaktır.

Bu açıdan ele alacağımız ilk karar Minnesota eyaleti mahkemelerince karara bağlanan 1981 tarihli *Roepke v. Western National Mutual Insurance*¹⁴⁸ isimli karardır. Burada şekli olarak şirkete ait bir haktan faydalanma amacıyla bir şirket paydaşının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik talebi inceleme konusu yapılmıştır. Bu kararda bir şirketin tek ortağı ve idarecisi olan kişi şirkete ait araçla trafik kazası yapmış ve hayatını kaybetmiştir. Kazaya karışan araç dışında beş araç daha şirket adına tescillidir. Bu araçlar tek bir poliçe altında sigorta ettirilmiş ve şirketin her bir araç için ayrı prim ödemesi kararlaştırılmıştır. Poliçede sadece şirket tüzel kişiliği sigortalı olarak yer almıştır. Sigorta sözleşmesine göre kaza halinde geride kalanlara araç başına 10.000 USD tazminat ödenebileceği kararlaştırılmıştır. Davada çözüme kavuşturulması gereken mesele normalde şirkete ödenmesi gereken tazminatın ölenin eşi olan davacıya ödenip ödenemeyeceğidir. Minnesota Yüksek Mahkemesi ölen şahsın şirketin tek ortağı olduğu, sigortalanan şirket araçlarını ailevi amaçlarla ve kendi şahsi araçları gibi kullandığı, ailenin kendine ait araçlarının bulunmadığı gerekçeleriyle, bir başka şirket ortağının veya alacaklısının bu durumdan olumsuz etkilenmeyeceğini ve Minnesota yasalarınca öngörülen amaçlara en iyi bu şekilde ulaşılacağını belirterek tüzel kişilik perdesini kaldırmış ve ölen şirket

¹⁴⁵ Crespi, Gregory, “The Reverse Pierce Doctrine: Applying Appropriate Standards”, **Journal of Corporation Law**, Vol. 16, 1990, pp. 33-69, sh. 37.

¹⁴⁶ Allen, Nicholas, “Reverse Piercing of the Corporate Veil: A Straightforward Path to Justice”, **ST. John’s Law Review**, Vol. 85, 2011, pp. 1147 – 1187, s. 1153.

¹⁴⁷ Chan, Jeff H.Y., “Should “reverse piercing” of the corporate veil be introduced into English law?”, **Company Lawyer**, 2014, sh. 1.

¹⁴⁸ 302 N.W.2d 350 (Minn. 1981).

ortasını da sigortalı olarak kabul etmiştir. Bu sayede ölen ortanın eşi olan davacıya sigorta edilen bütün araçlar dikkate alınarak toplamda 60.000 USD tazminat ödenmesi karara bağlanmıştır. Kararda adil bir çözüm yoluna ulaşmak için perdenin kaldırılmasından başka bir yol olmadığı özellikle belirtilmiştir¹⁴⁹.

İç ters yönden perdenin kaldırılması talepleri şirket malvarlığına dışarıdan yönelecek taleplere engel olma amacıyla da yapılabilmektedir. Bu nitelikteki taleplere yine Minnesota (ABD) menşeli 1985 tarihli *Cargill v. Hedge*¹⁵⁰ davası örnek gösterilebilir. Bu davada Yüksek Mahkeme yukarıda bahsi geçen *Roepke* davasına atıfla perdenin kaldırılması talebini kabul etmiştir. Dava konusu olayda davalı ve eşi bir çiftlik satın almışlar ve daha sonra mülkiyeti kurdukları bir aile şirketine devretmişlerdir. Bu şirketin tek ortağı davalının eşidir. Şirketin söz konusu çiftliğin işletilmesi dışında bir faaliyeti bulunmamaktadır. Davalı bu çiftlik için birtakım mal ve hizmet alımında bulunmuş ancak karşılığını ödeyememiştir. Şirketin varlığından haberdar olmayan davacı *Cargill* davalı aleyhine alacak davası açmış daha sonra davasını şirket ve davalının eşini de içerecek şekilde genişletmiştir.

Cargill'in davayı kazanması üzerine icra aşamasında çiftliğin satışı söz konusu olmuştur. Çiftlik arazisinde bulunan davalıların oturduğu evin satışı noktasında bu evin aile konutu olduğu ve bu sebeple kanunda öngörülen istisnanın uygulanarak evin kapsam dışında bırakılması yönündeki itirazın (*homestead exemption*) incelenmesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi gündeme gelmiştir. Eğer ayrılık prensibi sıkı bir şekilde uygulanırsa evin maliki olan şirketin bir aile konutu olamayacağından itirazın reddine ve evin satışına karar vermek gerekecektir. Buna karşılık tüzel kişilik perdesi kaldırılır ve evin bir aile konutu olduğu kabul edilirse aile konutu itirazının da kabulü yoluna gidilmesi mümkün hale gelecektir. Bu hususu

¹⁴⁹ **Crespi**, s. 38, 39. Benzer bir dava İngiltere'de tartışılan 1925 tarihli meşhur *Macaura* davasıdır. Burada Macaura isimli kişi tek kişilik şirketinin faaliyetlerinde kullanılan keresteleri yangına karşı sigortalatmıştır. Söz konusu keresteler şirkete ait olmakla birlikte poliçeye göre sigortalı Macaura'dır. Risk gerçekleşmiş ve keresteler yangın sonucu kullanılamaz hale gelmiştir. Macaura sigortalı olarak sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunmuş ancak o devirde Yüksek Mahkeme olarak temyiz incelemelerini karara bağlayan Lordlar Kamarası kerestelerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan şirkete ait olduğu ve dolayısıyla davacı Macaura'nın sözleşme konusu üzerinde sigorta ettirilebilir bir menfaati olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bu kararda mahkeme şirketle hâkim ortak arasındaki ayrılık ilkesini katı bir şekilde uygulamış, şirketin malvarlığının ayrı olduğunu vurgulayarak şirket mülkiyetindeki bir mal üzerinde pay sahiplerinin hiçbir hakları bulunmadığının özellikle altını çizmiştir. Bu tespitin doğal bir sonucu olarak da pay sahiplerinin şirket malları üzerinde sigorta ettirilebilir bir menfaatleri olamayacağını hükme bağlamıştır. *Macaura v Northern Assurance Co Ltd. House of Lords, 3 April 1925, [1925] A.C. 619. CHAN, 2.*

¹⁵⁰ *Cargill, Inc. v. Hedge*, 375 N.W.2d 477 (1985) Supreme Court of Minnesota, October 25, 1985. <http://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1985/c2-84-445-2.html>

değerlendiren Yüksek Mahkeme ikinci görüşe üstünlük tanımış ve tüzel kişilik perdesini kaldırarak aile konutu itirazını kabul etme yoluna gitmiştir.

Mahkeme kararını gerekçelendirirken dikkate alınacak hususları şu şekilde sıralamıştır: (1) şirketle ortaklar arasındaki ilişkinin mahiyeti, (2) perdenin kaldırılması sebebiyle üçüncü şahısların zarara uğrayıp uğramayacakları hususu ve (3) perdeyi kaldırmayı gerektiren haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı¹⁵¹.

İlk meseleyle ilgili olarak mahkeme şirketle ilgili şahıslar arasında aşırı derecede iç içe geçmiş bir ilişki yapısının olduğu, birbirleri arasında bir ayrıma gitmenin neredeyse mümkün olmadığı tespitinde bulunmuştur¹⁵². Her ne kadar toplantı tutanakları tutmak gibi birtakım formaliteleri yerine getirmiş olsalar da şirketle ilişkili şahıslar gerçekte şirketi göz ardı ederek çiftliği kendi malları gibi kullanmışlardır. Söz konusu evde de aile evi olarak oturmuşlardır. Bireyler olarak şirketle bir kira sözleşmesi yapmamışlar ve bir bedel de ödememişlerdir. Şirketin hissedarı, yöneticisi, sekreteri, çalışanı olan kişiler aynı zamanda evde yaşayan aileden kişilerdir¹⁵³. Şirketle ortaklar arasındaki menfaat birliği kıstası esasında düz perdeyi kaldırma davalarında dikkate alınan bir husustur. Bunun ters perdeyi kaldırmada da uygulanması haksız sonuçlara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. *Roepke* davasında da görüldüğü üzere ortağın, şirket tüzel kişiliğini dikkate almayarak şirket formalitelerini takip etmeme gibi aslında tasvip edilmeyecek davranışları sebebiyle ödüllendirilmesi ve şirket alacaklılarının mağduriyetlerine yol açılması söz konusu olabilmektedir¹⁵⁴.

İkinci meseleyle ilgili olarak da yüksek mahkeme *Cargill*'in alacağının tamamını tahsil edemeyeceğini ama bu sonucun aile evi istisnasının doğasından kaynaklandığını belirtmektedir. Dolayısıyla *Roepke* kararında benimsediği uygulamaya aykırı olarak alacaklının bu karar neticesinde zarara uğrayacak olması dahi mahkemenin perdeyi kaldırmasına engel olmamıştır. Son olarak mahkeme perdeyi kaldırmanın haklı gerekçelerini aile evi istisnasının önemine değinerek ortaya koymuştur. Mahkeme alacaklıların şahsi haklarıyla kamu yararı özelliği ağır basan bu istisnanın karşı karşıya geldiği bu gibi durumlar için ikincisine üstünlük tanımının

¹⁵¹ Bainbridge, Stephen M., "Using Reverse Veil Piercing to Vindicate the Free Exercise Rights of Incorporated Employers" (March 6, 2013). The Green Bag, Vol. 16, No. 3, Spring 2013; **UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper** No. 13-06. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2229414>, (Bainbridge, Reverse), s. 243.

¹⁵² **Crespi**, s. 51.

¹⁵³ **Bainbridge**, Reverse, s. 244.

¹⁵⁴ **Crespi**, s. 40, 41

gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Bu yaklaşım insani olduğu kadar genel kamu yararı dikkate alındığında akıllıca bir seçim olarak da göze çarpmaktadır¹⁵⁵.

Minnesotta ve diğer bazı eyalet mahkemeleri tarafından benimsenmekle birlikte iç ters yönden perdenin kaldırılması yaklaşımının ABD’de genel kabul gören bir teori olduğunu ifade etmek güçtür. Diğer bazı eyaletlerle birlikte federal düzeyde ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) bu uygulamayı reddetmiştir¹⁵⁶. ABD yüksek mahkemesi 1946 tarihli *Schenley Corp v United States*¹⁵⁷ kararında ilk kez konuyu değerlendirmiş ve perdenin kaldırılması talebini kabul etmemiştir. Bu davada ana şirket kanun tarafından öngörülen bir izin gerekliliğinden imtina etmek için yavru şirketle aralarında bulunan perdenin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme özetle sağlanan avantajlardan faydalanmak için şirket formu altında faaliyet göstermeyi tercih eden girişimcilerin kanun tarafından öngörülen birtakım yükümlülüklerden kaçınmak için şirketin yok sayılmasını isteyemeyeceklerini ifade etmiştir. Şirket yapısı içerisinde bu yapının sağladığı faydalardan yararlanarak iş yapan kişilerin aynı yapının sebep olacağı birtakım olumsuzluklarla karşılaşmalarının kendi tercihlerinin bir sonucu olduğu, böyle bir durumda bu olumsuzluğu bertaraf etmek için perdenin kaldırılmasının kabul görmeyeceği şeklinde ifade edilebilecek bu görüş iç ters yönden perdenin kaldırılması yaklaşımına yöneltilen en önemli itirazdır. Dolayısıyla bu anlayışa göre ortaklar şirket formunun sağladığı yararları ve sakıncaları birlikte kabul etmek durumundadır¹⁵⁸.

Sonuç olarak iç ters yönden perdenin kaldırılmasında birisine sorumluluk izafe etmek gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Burada perdenin kaldırılmasını talep edenler ya bir haktan faydalanmak ya da şirket uhdesinde bulunan bir malvarlığı değerini üçüncü şahısların müdahalelerine karşı korumak amacıyla ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesini gündeme getirmektedir. Yukarıdaki örneklerde de görüleceği üzere iç ters yönden perdeyi kaldırma davalarında genelde kamu yararı yönü ağır basan talepler söz konusu olmaktadır. Bu sebeple mahkemeler hakkaniyet gereğince tüzel kişilik perdesini kaldırabilmektedirler. İç ters yönden perdenin kaldırılması davalarında çözülmesi gereken temel sorun şirket alacaklılarının haklı

¹⁵⁵ Bainbridge, Reverse, s. 245.

¹⁵⁶ Crespi, 1991: 49.

¹⁵⁷ *Schenley Distilleries Corp. v. United States* 326 U.S. 432 (1946).

¹⁵⁸ "Eğer bir kişi işlerini yürütmek amacıyla bir şirket kurmuşsa, bu kişi ortaya çıkacak dezavantajlı durumları engellemek için şirketin varlığını göz ardı edemez." *Terry v Yancey* 344 F. 2d 789, 790 (4th Cir. 1965). Chan, s. 4.

beklentileriyle kamu yararı saikiyle perdenin kaldırılmasını talep eden şirket ilgililerinin menfaatlerinden hangisine üstünlük tanınacağı meselesidir¹⁵⁹.

1.3.3.2.2.2. Dış Ters Yönden Perdeyi Kaldırma

Ters yönden perdenin kaldırılması hali denilince ilk olarak akla gelen dış ters yönden perdenin kaldırılmasıdır (*outsider reverse veil piercing*). Burada şirket ortağından alacaklı olan üçüncü şahıslar talep sahibi konumundadır. Yukarıda da işaret edildiği üzere şirket formu şahıslar tarafından bir koruma kalkanı (*entity shielding*)¹⁶⁰ olarak da kullanılabilir. Diğer bir ifadeyle şirket ortakları veya yöneticileri şahsi alacaklılarının taleplerine engel olmak için şirketi şahsi malvarlıklarını gizleyebilecekleri bir kalkan veya cep gibi kullanıyor olabilir¹⁶¹. Böyle bir durumda ortağın şahsi alacaklıları esasında şirket ortaklarına ait olmakla birlikte şirket uhdesinde

¹⁵⁹ **Crespi**, s. 54. Bu analizi yaparken dikkate alınması gereken hususları *Crespi* şu şekilde tespit etmektedir: 1) Perdenin kaldırılması şirket alacaklılarının haklı beklentilerine ne derece zarar vermektedir? 2) Zarar görecektir olan bu alacaklılar şirket tüzel kişiliğine dayanmakta ne kadar haklıdır? 3) Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kamu yararına ne derece hizmet etmektedir? 4) Eğer varsa, şirket alacaklılarının hatalı davranışlarının ciddiyet derecesi nedir? 5) Perdenin kaldırılmasını talep eden kişinin hakkaniyet gereğince haklı görülmesini engelleyecek derecede şahsi kusuru veya hatalı davranışları var mıdır?

¹⁶⁰ Şirket kalkanı veya kurumsal kalkan olarak Türkçeye tercüme edilebilecek *entity shielding* kavramıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Cabrelli, David, “The Case Against “Outsider Reverse” Veil Piercing”, **Journal of Corporate Law Studies**, Vol. 10, Part. 2, October 2010, pp. 343 – 366. Yazar makalesinde sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesi dışında şirketin bir kurumsal kalkan fonksiyonuna da vurgu yapmaktadır. Bu ayrım üzerinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halleri arasında da bir ayrım gitmektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesine temas eden perdenin kaldırılması halleri düz veya geleneksel perdenin kaldırılmasıyla şirket kalkanının etkisiz kılınmasına yönelik perdenin kaldırılması hallerinin ise ters yönden perdenin kaldırılmasıyla ilgili olduğunu ifade etmektedir.

¹⁶¹ Yargıtay 12. HD.’nin 22/12/2021 tarihli ve E. 2021/6867, K. 2021/11782 sayılı kararı bu kapsamda örnek gösterilebilir. Dava, üçüncü kişinin İİK’nın 96. vd. maddelerine dayalı istihkak iddiasına ilişkindir. Davacı üçüncü kişi şirket kendisine ait malların haczedildiğini, bu malların şirket temsilcisinin şahsi malları olmadığını, borçlunun şahsi borcundan dolayı şirketin mallarının haczedilemeyeceğini iddia ederek davanın kabulünü talep etmiştir. Davalı alacaklı, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, bilirkişi raporu uyarınca mahcuzların finansal kiralama sözleşmesi kapsamında davacı şirkete ait mallar olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, karara karşı davalı alacaklı istinaf yoluna başvurmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince, bir kısım menkullerin finansal kiralama sözleşmesine konu olduğu, bu menkullerle ilgili davacının dava açma sıfatı bulunmadığından bunlarla ilgili davanın kabulüne karar verilmesinin yasaya uygun olmadığına karar verilmiştir. Bunun dışında haczedilen menkullerle ilgili olarak da hacze konu malların davacı şirket yetkilisi olan borçlu gerçek kişinin şahsi malları olmadığı belirtilmiş; davacı şirketin faaliyet gösterdiği fabrika binalarında haciz işlemi yapıldığı, iflas ertelemeye ilişkin dava dosyasından alınan bilirkişi raporunda tespit edilen malların haczedildiği, hacze konu menkullerin davacıya ait olduğu hususları gerekçe gösterilerek Mahkeme kararının kaldırılmasına ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar davalı alacaklı tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay dosya kapsamında yer alan ticaret sicil kayıtlarına göre tek ortağın takip borçlusu gerçek kişi olduğunun altını çizmiştir. Tek ve hâkim ortak olan bu borçlunun, tüzel kişilik perdesine sığınarak alacaklılarına karşı borçlarını ödemekten kaçındığını belirten Daire, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sureti ile tüzel kişi ile üyeleri arasındaki mutlak olan şahıs ve mal ayrılığı ilkesinin uygulanmayacağına hükmetmiştir. Bu tespiti göre Daire davacı üçüncü kişi şirketin davasının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesinin bozmayı gerektirdiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla mahkeme hâkim ortağın şahsi borçlarından dolayı şirket mallarının hacze kapı aralamıştır.

bulunan malvarlığı unsurlarına uzanabilmek için ortak ile şirket arasındaki ayrılığın ortadan kaldırılmasını talep edebilirler¹⁶². Görüldüğü üzere burada düz veya geleneksel perdeyi kaldırmanın tam tersi bir istikamet izlenmektedir; yani ortağın şirketten kaynaklanmayan şahsi borçları dolayısıyla tüzel kişilik perdesi kaldırılmakta ve şirketin sorumluluğu yoluna gidilmektedir¹⁶³.

Dış ters yönden perdenin kaldırılması kurumsal ortaklar için de söz konusu olabilir. Mesela şirketler topluluğunda ana şirketin borcundan dolayı yavru şirkete veya pay sahipliği dışında diğer yollardan hâkimiyet altında tutulan ilişkili şirketlere müracaat edilebilir¹⁶⁴. ABD`de dış ters yönden perdenin kaldırılmasıyla ilgili bilinen ilk dava niteliğindeki meşhur *Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transportation Co.*¹⁶⁵ davasında da bağlı şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması tartışma konusu yapılmıştır. Söz konusu davada davacı *Kingston* isimli şirket ile davalı *Champlain* şirketi, davalıya bağlı *Inland Marine* isimli şirkete ait bir geminin tamirâtı konusunda anlaşmışlardır. Ana şirket ile bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri birebir aynı kişilerden oluşmakla birlikte bu kişiler kararlarında ayrı şirket kimliklerini hiç bir zaman göz ardı etmemişlerdir. Geminin tamirâtına ilişkin tamirat bedelinin ödenmemesi üzerine alacaklı *Kingston*, bahse konu gemi üzerine ihtiyati haciz koydurmak istemiştir. Alt derece mahkemesi talebi kabul etmiş ancak ele aldığımız kararda temyiz mahkemesi bu kararı kaldırmıştır¹⁶⁶.

Ana şirketle yavru şirket arasındaki ilişkinin aralarında ekonomik bir birlik oluşturacak nitelikte yakın olduğunu iddia eden davacı *Kingston* bu suretle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını ve esasında sözleşmeye taraf olmayan yavru şirkete ait gemi üzerinden alacağını tahsil edebilmeyi amaçlamıştır. Buna karşılık yüksek yargıç Hand kararında pay sahipliği yoluyla hâkimiyet sahibi olmanın söz konusu şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri bulunduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini belirtmiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini oldukça dar bir kapsamda değerlendirerek bağlantılı şirketler arasında perdesinin kaldırılmasını sadece temsil ilişkisi (*agency*) haliyle sınırlı tutmuştur¹⁶⁷. Somut olayda da ana şirket ile yavru şirket arasında

¹⁶² Cabrelli, s. 357.

¹⁶³ Allen, s. 1154; Yanlı, s. 38; Cabrelli, s. 357.

¹⁶⁴ Allen, s. 1154. Bu konu tezin esas inceleme konusu olduğundan detaylı bilgi ileriki bölümlerde verilecektir.

¹⁶⁵ *Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transportation Co.* U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 31 F.2d 265 (2d Cir. 1929).

¹⁶⁶ Allen, s. 1155.

¹⁶⁷ Gerekçede yüksek yargıç Hand ana şirketin eylemleri sebebiyle yavru şirketin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını ifade etmenin doğru olmayacağını herkesin bir başkasını sadece bir görüntü olarak kullanabileceğini ancak bunun çok istisnai olduğunu ifade etmektedir.

çok yakın bir ilişkinin olduğunu ancak bunun bir temsil ilişkisi seviyesine ulaşmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme – her ne kadar yönetim kurulları aynı kişilerden oluşsa da – ana şirketin yavru şirketin yönetimine doğrudan müdahale etmediğini ve onun kuruluşunu, faaliyetlerini ve çalışanlarını yok saymadığını dikkate alarak bu kanaate ulaşmıştır. Bu bağlamda mahkemeye göre hâkimiyetin şekli olarak varlığından ziyade maddi olarak kullanımı önem arz etmektedir. Bunun tespiti için her bir işlemin kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve söz konusu işleme hâkim ana şirket tarafından bir müdahalenin olup olmadığının araştırılmasına lüzum olduğu, somut olayda böyle bir bulguya rastlanılmadığı belirtilmektedir.

Bu kararın etkileri ABD’de derin olmuştur. Burada benimsenen yaklaşım sebebiyle dış ters yönden perdenin kaldırılması talebini içeren davalar 1956 tarihli *W.G. Platts, Inc. v. Platts*¹⁶⁸ kararına kadar yaklaşık 30 yıl boyunca kabul görmemiştir¹⁶⁹. Bu davada ise mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırarak üçüncü kişi konumundaki eski eşe olan nafaka borcunun ödenmesinde şirket tüzel kişiliğinin de sorumlu olacağına hükmetmiştir. Dava konusu olayda mal paylaşımı meselesiyle ilgili olarak davalı Willard G. Platts’ın eski eşine 7.500 USD ödemesine ve davalının %99.7 pay sahipliğiyle hâkim ortak olarak bulunduğu *W.G. Platts, Inc.* isimli şirkete ait bir taşınmaz üzerine onun rızası dahilinde ihtiyati tedbir niteliğinde bir ipotek konulmasına karar verilmiştir. Daha sonra temyiz aşamasında davalı ipotek konulmasına ilişkin rıza beyanının geçerli olmayacağı ve şirket tüzel kişiliği boşanma davasına taraf olmadığından böyle bir teminatın yasal olmadığı gerekçeleriyle karara itiraz etmiştir. Görüldüğü üzere davanın esas tartışma konusu davalının şahsi davasında yapmış olduğu beyanın şirketi bağlayıp bağlamayacağı ve buna göre üçüncü kişi alacaklının şirket malvarlığı üzerinden alacağını tahsil hakkı bulunup bulunmadığıdır. Şirket ile borçlu ortak arasındaki perde kaldırılırsa üçüncü kişiye ait nafaka alacağının ödenmesinde şirketin de sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Temyiz aşamasında Yüksek Mahkeme alt derece mahkemesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin tespitlerini benimsemiş ve kararı onamıştır. Gerek alt derece mahkemesi gerekse Yüksek Mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırırken ABD’de geliştirilmiş olan alt benlik (*Alter Ego*) teorisini uygulamıştır. Detaylarını aşağıda ele alacağımız bu teoriye göre şirketle onu kontrol eden ortak arasındaki ilişki o derece iç içe geçmiştir ki, şirket ortağın işlerini görürken

¹⁶⁸ *W.G. Platts, Inc. v. Platts* 298 P.2d1107, The Supreme Court of Washington, Department Two. July 3, 1956. Karar için bkz <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1956/33549-1.html> (erişim tarihi 26.08.2016).

¹⁶⁹ *Allen*, s. 1155.

kullandığı bir araçtan başka bir şey değildir¹⁷⁰. Böyle bir durumda eğer hakkaniyet ve adalet gerektiriyorsa bir görüntüden ibaret olan şirket ile ortak arasındaki ayrılık göz ardı edilebilir.

Bu karardan iki yıl sonra verilen *Shamrock Oil & Gas v. Ethridge*¹⁷¹ kararında *Platts* kararında benimsenen yaklaşım teyit edilmiştir. Hatta bu davanın dış ters yönden perdenin kaldırılmasının esaslarını belirlemede *Platts* kararından daha önemli olduğu, çünkü önceki davada mahkemenin davalının ipotek vermede göstermiş olduğu rızaya özel olarak dayandığı ifade edilmektedir¹⁷². Bu davada ise üçüncü kişi alacaklı, borçlunun şahsi malvarlığından alacağını tahsil edemeyince onun hâkim ortağı olduğu *Shamrock Oil & Gas* isimli şirkete ait petrol sondaj platformuna ihtiyati haciz koydurmuştur¹⁷³. Şirketin itirazı üzerine söz konusu kararında mahkeme *alter ego* teorisi gereğince itirazı reddetmiştir¹⁷⁴. Kararda şirketin tamamen göstermelik bir kukla (*mere dummy*) olduğu belirtilerek, hâkim ortağın malvarlığını şirket üzerinde muhafaza ettiği belirtilmiş ve şirketin gerçekleri perdeleyen bir araç olarak kullanılmasına müsaade edilemeyeceği vurgulanmıştır. Mahkeme bu tespitlerini ortağın şirketin idaresiyle ilgili formalitelere uymamasına dayandırmıştır. Mesela şirket yönetim kuruluna hiçbir yazılı bildirim yapılmamış, elde edilen kâr tamamen hâkim ortağa aktarılmıştır. Bununla birlikte şirketin tek faaliyeti hâkim ortak Phillips'in yürüttüğü sondajlama işidir ve şirketin en önemli malvarlığı olan sondaj platformunu bu ortak kendi şahsi malı gibi kullanmaktadır. Dolayısıyla şirketle ortak arasındaki ilişki ikisi arasında bir ayırım yapılamayacak derecede iç içe geçmiştir.

Dış ters yönden perdenin kaldırılmasını en yaygın ve sistematik bir biçimde uygulayan ABD hukuku ve mahkemelerinin bu konuyla ilgili tespitleri önemlidir. Bu sebeple bu müessesesinin bu ülkede ortaya çıkışı ve mahkeme içtihatları dâhilinde geliştirilen teoriler birtakım sonuçlar çıkarma manasında yol gösterici olacaktır. ABD uygulamasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde düz veya geleneksel perdeyi kaldırma halini izah etmek için geliştirilen teoriler *alter ego* (alt benlik) ve *instrumentality* (araçsallık) olarak

¹⁷⁰ Alt benlik (*Alter Ego*) teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 59.

¹⁷¹ *Shamrock Oil & Gas v. Ethridge* 159 F. Supp. 693 (1958), United States District Court D. Colorado, March 7, 1958. Karar, için bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/159/693/2343894/> (Erişim Tarihi: 9.6.2023).

¹⁷² *Allen*, s.1155.

¹⁷³ Hâkim ortak Phillips şirketin 90,331 hissesinden 90,328'ine sahiptir.

¹⁷⁴ Kararın gerekçesinde *Alter Ego* teorisiyle ilgili bulunan şu tespitleri bilgilendirici olması sebebiyle olduğu gibi tercüme edip buraya almakta yarar görmekteyiz: “*alter ago doktrinini uygulamanın tabi sonucu şirket ve onu kontrol eden kişiye tek bir kişi gibi davranılmasıdır. Böylece birisi tarafından yapılan bir eylem her ikisine de atfedilebilir ve birisi bir sözleşme, karar veya başka bir bağ ile bağlı ise her ikisinin de eşit şekilde bağlı olduğu kabul edilebilir. Fakat akılda tutulması gereken husus bunun ancak davada tarafların hak ve borçlarına hükmedilirken uygulanabileceğidir.*”

adlandırılmaktadır¹⁷⁵. Çeşitli nüans farklılıkları olmakla birlikte genel olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında başvurulmuş bu teoriler kapsamında ABD mahkemeleri iki aşamalı bir analiz yapmaktadır. İlk olarak ele alınan husus ortak ile şirketin birbiriyle aşırı derecede iç içe geçiş geçmedikleridir (*alter ego test*). Eğer bu soruya olumlu bir cevap verilebiliyorsa ikinci aşamada bu durumun üçüncü şahısların aldatılmalarına veya diğer bir şekilde haksızlığa uğramalarına yol açıp açmadığına bakılmaktadır (*fraud or injustice test*)¹⁷⁶. Ters yönden perdenin kaldırılmasında da genel olarak düz perdenin kaldırılmasında dikkate alınan bu hususlar göz önünde bulundurulmaktadır¹⁷⁷.

Bununla birlikte en önemli örneğini Colorado Yüksek Mahkemesinin 2006 tarihli *In re Phillips* kararında¹⁷⁸ görebileceğimiz gibi yukarıda belirtilenler dışında üçüncü bir unsurun da göz önünde bulundurulmasını teklif eden görüşler de bulunmaktadır. Adil sonuç (*equitable result*) unsuru olarak adlandırılan¹⁷⁹ bu unsur kısaca hâkim ortağın eylemi sebebiyle başkalarının zarara uğratılmaması şartı olarak ifade edilebilir. Buna göre dış ters yönden perdenin kaldırılması masum şirket ortakları veya alacağını tahsil etme noktasında haklı beklenti içerisinde olan şirket alacaklılarının aleyhine haksız sonuçlara yol açmamalı onların haklarına hâle getirmemelidir¹⁸⁰.

Tekrar *In re Phillips* kararına dönecek olursak, kararda Colorado Yüksek Mahkemesi dış ters yönden perdenin kaldırılması için aranan şartları şu şekilde tespit etmiştir:

“...bir mahkeme şu şartların açıkça ortaya konulması halinde tüzel kişilik perdesini kaldırabilir ve hâkim ortağın veya diğer içerden birisinin (*insider*) borcu sebebiyle şirket malvarlığına müracaat edilmesine izin verebilir. (1) şirketi kontrol eden ortak ile şirketin birbirlerinin yerini alacak derecede iç içe geçmiş olmaları (*alter ego*),... (2) şirket formunun (kurumsal faraziye – *corporate fiction*) hile veya haklı talepleri bertaraf etmek amacıyla kullanılması sebebiyle adalet ve hakkaniyet gereğince şekli olarak ortaklık formundan çok maddi gerçekliği dikkate alma gerekliliği... ve (3) perdenin kaldırılmasıyla adil bir sonuca ulaşılmış olmasıdır. Davacı bu şartların gerçekleştiğini açıkça ortaya koyarsa tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir... Masum ortaklar ve alacaklılar ters yönden perdenin kaldırılması sebebiyle zarara uğrayacaklarsa adil bir sonuç elde edilemez. Masum ortakların şirket malvarlığının hâkim ortağın alacaklılarının taleplerine karşı güven içerisinde izole edileceğine dair haklı bir beklentisi vardır. Benzer şekilde, teminat altına alınmış olsun veya olmasın şirketten alacaklı olanların da şirket malvarlığı üzerinde anlaşılabilir bir menfaatleri

¹⁷⁵ Bu teorilerle ilgili detaylı bilgi aşağıda verilmektedir. Bkz. s. 59 vd.

¹⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 59.

¹⁷⁷ Düz perdeyi kaldırmada kullanılan teorilerin küçük uyarlamalarla olduğu gibi ters perdeyi kaldırmada da kullanılması yöntemi *inverse method* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Allen**, s. 1158.

¹⁷⁸ *In re Phillips: Connolly v. Englewood Post No. 322 Veterans of Foreign Wars of the United States, Inc* Colorado Supreme Court -- June 26, 2006..<http://caselaw.findlaw.com/co-supreme-court/1365306.html> (Erişim tarihi 19.02.2023).

¹⁷⁹ “... Bazı hukuk sistemlerinin, yanlış uygulandığı takdirde masum pay sahipleri ve alacaklılara zarar verebileceği endişesiyle ve normal yargılama usullerini bertaraf edeceği düşüncesiyle ters yönden perdenin kaldırılmasını reddettiğini görmekteyiz. Bkz., örn., *Cascade Energy & Metals Corp.*, 896 F.2d at 1577. “... *bu endişe ancak perdenin kaldırılması halinde adil bir sonuç (an equitable result) elde edilmesi şartıyla giderilebilir.*” Bkz. *In re Phillips*.

¹⁸⁰ **Allen**, s. 1161.

bulunmaktadır. Zira bu kişiler, şirkete borç verirken veya mal veya hizmet temin ederken onun malvarlığını dikkate almışlardır. Dolayısıyla, hakkaniyet gereğince masum pay sahipleri ve alacaklıların ters yönden tüzel kişilik perdesi kaldırılmadan önce elverişli araçlarla koruma altına alınması Colorado hukukuna uygundur.”

Bu bağlamda yukarıdaki örnekleri de göz önünde bulundurarak, ABD uygulamasından hareketle dış ters yönden perdenin kaldırılmasını haklı çıkaracak hususlar nelerdir sorusuna cevap arayabiliriz. Karşılaşılabilecek bir davada dikkate alınması gereken hususları şu şekilde sıralayabiliriz:

- i. *Şirket ortağı borçlunun şahsi alacaklısını zarara uğratıp uğratmadığı*: Alacaklı öncelikle alacağını borçlusunun şahsi malvarlığından elde etmeye çalışmalıdır. Bu girişimi başarısız olduğu takdirde perdenin kaldırılmasını talep edebilmelidir. Buna karşılık alacaklıların borçlu ortağın şahsi malvarlığından alacaklarını tahsil edip edememelerinin önemli olmadığı zira bu halde zaten ortağın şirketteki tasfiye payı üzerinden alacaklarını takip etmelerinin mümkün olduğu da ifade edilmektedir. Buna göre dış ters yönden perdenin kaldırılmasında borçlu ortak ödeme güçlüğü içerisine düşmese bile tüzel kişilik perdesi kaldırılarak alacaklılara şirket malvarlığı üzerinden alacaklarını tahsil imkânı sağlanması gerektiği de karşı görüş olarak ileri sürülmektedir¹⁸¹.
- ii. *Ortak ile şirket arasındaki entegrasyon seviyesi*: Yukarıda bahsi geçen mahkeme kararlarından da hatırlanacağı üzere üçüncü kişilerce takip edilen ortak ile şirketin birbirinden ayıramayacak derecede iç içe geçmiş olup olmadıkları araştırılacak hususlardandır. Bu bağlamda ilk olarak dikkate alınması gereken konu borçlu ortağın hâkim ortak pozisyonunda olup olmadığıdır. Bu noktada en önemli gösterge pay sahipliği oranıdır. Ancak hâkim pozisyonunda olmak için mutlaka yüksek oranlarla hissedar olmak gerekmez, diğer yöntemlerle de hâkimiyet elde edilebilir. Dolayısıyla ortağın şirketi kontrol edebilecek seviyede bir hâkimiyetinin var olup olmadığına eğer var ise bunu fiilen kullanıp kullanmadığına bakılmalıdır. Bunun dışında üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde şirketin sadece bir görüntüden ibaret olup olmadığı, ortağın şirketle ilgili formalitelere uyup uymadığı, kâr payı veya yöneticilik ücreti, prim gibi yollarla şirket faaliyetlerinden elde edilen gelirleri kendisine aktarıp aktarmadığı, şirket içi ilişkilerde diğer ortakların konumu gibi hususlar dikkate alınması gereken önemli göstergelerdir.

¹⁸¹ Cabrelli, s. 357.

- iii. *Ortağın şahsi malvarlığını şirket üzerinde muhafaza ettiğine ilişkin emarelerin varlığı:* Dış ters yönden perdenin kaldırılmasını haklı kılan en önemli husus şirketin bir cep veya kasa olarak kullanıldığını gösteren olgulardır. Böylelikle üçüncü kişi alacaklılar borçlunun malvarlığından alacaklarını tahsil edememektedir; çünkü borçlu şahsi malvarlığını şirket üzerine aktararak gizlemektedir. Bu bağlamda hâkim ortakla şirketin malvarlıklarının birbirine karışıp karışmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda ortağın şirketin malvarlığını şahsi amaçları için kullanıp kullanmadığı, şirketin yürüttüğü faaliyetlerin kapasitesiyle bağdaşmayacak nitelikte aşırı bir malvarlığına sahip olup olmadığı¹⁸² veya şirket faaliyetleriyle ilgisi olmayan malvarlığı değerlerini bulundurup bulundurmadığı gibi hususlar araştırılmalıdır. Bununla birlikte çok katı bir şekilde ortağın niyetinin araştırılması doğru olmayabilir. Yani ortağın şirket tüzel kişiliğini kötüniyetli olarak mutlaka üçüncü kişilerden mal kaçırmak kastıyla kullanıp kullanmadığını araştırmak haksız sonuçlara yol açabilir¹⁸³.

Buraya kadar belirtilen hususlar şirket formunun hâkim ortaklar tarafından kanunla öngörülen amacın dışında kötüye kullanıldığını göstermesi açısından önemlidir. Bu şartlar altında ayrılık prensibinde ısrar etmenin hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açıyor olduğu kanaatine ulaşılabilir. Diğer bir deyişle şirket formu altında organize edilmiş bir yapılanmanın şeklinden çok içeriğine bakılması ve dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması adaletin tesisi için zorunlu hale gelmiştir. Ancak, bu yola istisnai olarak ancak diğer yollardan sonuç alınamaması halinde başvurulmalıdır. Mesela borçlu şirket ortağı aynı zamanda şirketin bir çalışanı olabilir. Genellikle kapalı anonim veya limited şirketlerde durum böyledir. Yönetici konumundaki hâkim ortak hukuken şirketin bir çalışanı olmaktadır. Hal böyleyken ortağın eylemi sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişiler şartları mevcutsa Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi gereğince adam çalıştıranın sorumluluğu yoluyla şirkete karşı talepte bulunabilirler. Böyle bir durumda ters yönden perdenin kaldırılmasına gerek yoktur.

Bununla birlikte *In re Phillips* kararında benimsenen yaklaşım tarzı bize göre de daha uygundur. Zira şirketi kontrol eden hâkim ortağın şahsi alacaklısının mağduriyeti giderilirken başka kişilerin zarara uğratılması adil bir çözüm yolu olmayacaktır. Bu bağlamda ortağın şahsi

¹⁸² Allen, s. 1160.

¹⁸³ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında şirket ortaklarının niyetlerine önem atfedilip atfedilmemesi gerekliliği tartışmalı bir konudur. Bu konu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilgili Alman hukukunda ortaya atılan objektif ve sübjektif kötüye kullanma teorilerini ele aldığımız kısımda ayrıca ele alınacaktır. Bkz. Aşa. s. 78 vd.

borcu sebebiyle şirketin sorumluluğu yoluna gidildiğinde şirketten alacaklı olan diğer şahısların ve masum ortakların zarara uğratılması adil bir çözüm sağlamayacaktır. Bu sebeple tüzel kişilik perdesi kaldırılmadan önce bu kişilerin haklı menfaatleri teminat altına alınmalıdır¹⁸⁴.

1.3.3.2.3.Çapraz Perdeyi Kaldırma, Katmerli Perdeyi Kaldırma ve Özdeş Kılma

Bu başlık altında ele alınabilecek perdeyi kaldırma uygulamaları birbiriyle irtibatlı şirketlerin söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelebilecektir. Bu durumlardan en sıklıkla rastlanılanı şirketler topluluğudur. Tezin esas inceleme konusunu teşkil eden şirketler topluluğuyla ilgili konular ilerleyen bölümlerde oldukça detaylı bir şekilde ele alınacaktır¹⁸⁵. Bu noktada kısaca ifade etmek gerekirse çapraz perdeyi kaldırma aynı topluluğa dâhil kardeş şirketler arasındaki perdenin yok sayılması halidir. Dolayısıyla yatay olarak şirketlerin birbirinden bağımsız ayrı tüzel kişiliklerinin dikkate alınmaması söz konusudur. Katmerli perdeyi kaldırma ise çok katmanlı, torun şirketlerin bulunduğu topluluklarda gündeme gelebilecek bir yöntemdir¹⁸⁶. Burada öncekinin aksine dikey bir seyir izlenmektedir. Çapraz perdeyi kaldırmada düz ve ters yönden perdenin kaldırılması halleri kombine bir şekilde uygulanmaktadır¹⁸⁷.

Özdeş kılma tabirinin ise farklı durumları ifade etmek üzere kullanılabildiği görülmektedir. Türk doktrinde daha çok sorumluluk ithafı dışındaki haller açısından şirketle üyeleri arasındaki ayrımın yok sayılması ve bu suretle şirketle üyelerinin özdeşliğinin sağlanmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Mesela şirket bir sözleşmeyle rekabet etmeme taahhüdünde bulunmuşsa bu yasağın sözleşmeye taraf olmayan şirket üyeleri için de geçerli olması gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda şirketin – veya üyelerinin – üstlendiği bir yükümlülüğün ayrılık ilkesi ileri sürülerek aşılmasına engel olunmaktadır¹⁸⁸. Bunun dışında özdeş kılma şirkete veya üyelerine ilişkin vasıfların, bilgi sahibi olma halinin veya bunlardan biri tarafından gerçekleştirilen fiillerin diğeri açısından geçerli olmasını sağlayan bir yöntem olarak da adlandırılmaktadır¹⁸⁹.

İngilizce metinlerde ise özdeş kılmanın karşılığı olarak gösterilebilecek *identification* veya *identity* tabiri daha çok şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin topluluk hâkimi ana şirketle

¹⁸⁴ Allen, s. 1160.

¹⁸⁵ Çapraz perdeyi kaldırma kavramının kullanımıyla ilgili öneriler için bkz. Aşa. s. 353 vd.

¹⁸⁶ Yanlı, s. 47.

¹⁸⁷ Yanlı, s. 40, 41.

¹⁸⁸ Tekinalp / Tekinalp, s. 388.

¹⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yanlı, s. 21 – 37.

bir tutulması, aynı kimliğin bir yansıması olarak görülmesi durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹⁹⁰.

1.3.4. Karşılaştırmalı Hukuk

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düşüncesi ayrılık ilkesi ve sınırlı sorumluluk ilkesinin sebep olduğu haksız birtakım sonuçlara karşı ortaya çıkmıştır. Her olayın kendine özgü koşulları dâhilinde bu olgunun değerlendirilmesi gereklidir. Bu sebeple her olaya uygulanabilecek genel geçer bir teori bugüne kadar geliştirilememiştir. Benzer olaylarda mahkemeler kimi zaman perdenin kaldırılmasına karar vermişken kimi durumlardaysa bu yöndeki talepleri reddetmişlerdir. Ancak bu tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında hiçbir kural veya kaidenin bulunmadığı anlamına gelmez. Geçen zaman içerisinde gerek doktrin gerekse mahkemeler önemli bir literatürün oluşmasını sağlamışlardır. Bugün için mahkemelerin hangi durumlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verebilecekleri noktasında genel bir çerçeve çizmek mümkündür. Bu bölümde Amerikan, İngiliz ve Alman hukuklarında geliştirilen teorilerin genel olarak tanıtılması ve birtakım ortak sonuçların tespiti amaçlanmaktadır.

1.3.4.1. Amerikan (ABD) Hukuku

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin ortaya çıktığı ve hâlihazırda en yaygın bir şekilde uygulandığı ülke ABD'dir. Tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi bu ülkede de şirketlerin üyelerinden bağımsız bir kişiliklerinin bulunduğu ve sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu şirketlerde (*limited liability corporations*) şirket borçlarından dolayı sadece şirketin sorumlu tutulabileceği anlayışı hâkim yaklaşım olarak kabul görmektedir. Dolayısıyla ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralları sistemin temelini oluşturmaktadır. ABD'de de yasal düzenlemelerle kural olarak kabul gören bu ilkeler üzerine geliştirilen ve ayrılık ilkesini katı bir biçimde savunan yaklaşımlar genel olarak *Entity Law Doctrine* olarak adlandırılmaktadır¹⁹¹.

Katı ayrılık yaklaşımı (*entity law*) kural olmakla birlikte ABD mahkemelerinin sıklıkla bu yaklaşıma istisna getiren tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (*Piercing of The Corporate Veil*

¹⁹⁰ Vandekerckhove, s. 13, 380. Özdeşlik doktriniyle (*identity doctrine*) ilgili detaylı bilgi aşağıda verilmiştir. Bkz. Aşa. s. 303.

¹⁹¹ Vandekerckhove, s. 77. Blumberg, 19 yy. sonlarından itibaren şirketlerin başka şirketler kurmalarına veya pay sahibi olmalarına müsaade edilmesiyle birlikte şirket topluluklarının ortaya çıkmaya başladığını ve bu gelişmenin iş yapma biçimlerini köklü bir şekilde değiştirdiğini ifade etmektedir. Buna göre büyük ekonomik büyüklüklerin doğrudan girişimciler tarafından iş yapma (*business*) mecrası olan tek şirket (*single corporation*) modeli üzerine inşa edilen ve şirketlerin pay sahiplerinden net bir şekilde ayrılığı esasına dayanan *entity law* yaklaşımı inşâ edilmiş ve artık çok şirketli yapıların tabanını oluşturan işletme esasını olarak adlandırabileceğimiz *enterprise law* yaklaşımı yükselişe geçmiştir. Bkz. Blumberg, Corporate Groups, s. 31.

Doctrine) öğretisini uyguladıkları görülmektedir. Bu konuda Thompson'ın istatistikî bilgiler içeren çalışması oldukça ilgi çekicidir. Yazar 1985 yılından önce bu öğretinin konu edildiği 1583 davadan yaklaşık %40'ında tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığını tespit etmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı davalarda taraf olarak bulunan şirketlerin daha çok dışa kapalı şirketler olduğu görülmektedir. Perdenin kaldırılması kararı verilen davalarda alacağın niteliği yönünden de farklı tespitler bulunmaktadır. Perdenin kaldırıldığı 779 davada alacaklılar sözleşme alacaklısıyken 226 davada ise alacaklılar haksız fiil alacaklısıdır. Diğer bir deyişle davaların %42'sinde sözleşme %31'inde ise haksız fiil alacaklılarının perdenin kaldırılması yönündeki talepleri kabul görmüştür¹⁹².

Görüldüğü üzere ABD'de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi mahkemeler tarafından yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak her bir eyaletin farklı hukuki düzenlemelere ve yaklaşımlara sahip olması ülke bazında genel sonuçlara ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Bunun yanında önceden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek durumları tespit etmenin ve hangi şartlarda uygulanmasının gerekli olduğuyla ilgili genel geçer bir teori oluşturmanın zorlukları zaten ortadadır. Bu sebeplerle aynı veya benzer koşullarda birbiriyle çelişen kararların ortaya çıktığı sıklıkla görülmektedir¹⁹³. *Blumberg* bu zorluklardan dolayı bu meseleyi hukukun en zor ve yetersiz kaldığı alanlardan biri olarak değerlendirmektedir¹⁹⁴.

Bu zorluklara rağmen birtakım çıkarımlarda bulunmak ve öngörülebilir sonuçlara varmak mümkündür. Perdenin kaldırılması davalarında ABD mahkemelerinin kullandığı yaklaşımlar ve geliştirdiği teoriler genel olarak araçsallık doktrini (*instrumentality doctrine*), alt benlik doktrini (*alter ego doctrine*) ve özdeşlik doktrini¹⁹⁵ (*identity doctrine*) olarak adlandırılan üç ana öğreti altında gruplandırılmaktadır¹⁹⁶. Esasında bu yaklaşımlar büyük oranda birbirine benzemektedir. Aralarında bazı nüans farklılıkları bulunmakla birlikte mahkemeler çoğu zaman birbirleri yerine bu doktrinleri kullanmaktadır. Üç ana yaklaşım bu olmakla birlikte mahkemelerin zaman zaman

¹⁹² Daha geniş bilgi için bkz. **Thompson**, s. 1058.

¹⁹³ **Vandekerckhove**, s. 78.

¹⁹⁴ **Blumberg**, Phillip I., "Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity", **Hastings International & Comparative Law Review**, Vol. 24, 2000-2001, pp. 297 – 320, (**Blumberg**, Accountability), s. 307. Yazarın sözlerini doğrudan aktarmak gerekirse: "Bu, hukukun en tatmin edici olmayan alanlarından biridir. Yüzlerce uzlaşmaz karar ve değişen gerekçelerle, "sadece araç" (*mere instrumentality*), "sahte" (*sham*), "yardımcı" (*adjunct*), "temsilci" (*agent*), "alt benlik" (*alter ego*), "kukla" (*puppet*) gibi düzinelerce mecazi terim arkasında neredeyse anlaşılmaz bir şekilde işlemektedir.

¹⁹⁵ Şirket gruplaşmalarıyla ilgili bir teori olması sebebiyle konunun tartışıldığı kısımda ele alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 303.

¹⁹⁶ **Vandekerckhove** diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak ABD hukuku söz konusu olduğunda hukuki sebep veya temellerden ziyade doktrinlerden bahsetmenin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. **Vandekerckhove**, s. 78.

kararlarında kabuk veya içiboş şirket (*shell corporation*), temsil (*agency*), haksız fiil davalarıyla ilgili olarak işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) gibi kavramları kullanarak da perdenin kaldırılmasına karar verdikleri görülmektedir¹⁹⁷. Biz bu bölümde yukarıda ismi geçen üç ana teoriyi genel perdeyi kaldırma yaklaşımı çerçevesinde tanıtacağız. Şirketler topluluğunu doğrudan ilgilendiren *enterprise theory* - yani işletme teorisini – tezin son bölümünde detaylı olarak ele alacağız.

Bu başlık altında incelenen teoriler genel olarak her türlü perdenin kaldırılması hali için uygulama yeri bulabilecek “Geleneksel Perdeyi Kaldırma” (*Traditional Veil-Piercing*) teorileridir. Dolayısıyla bu teorilerin uygulanması için şirket ortağının gerçek kişi veya başka bir şirket olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple geleneksel perdeyi kaldırma teorileri olarak nitelendirilen alt benlik (*alter ego*) ve araçsallık (*instrumentality*) teorileri şirketler topluluğu söz konusu olduğunda da uygulanma kabiliyetini haizdir.

1.3.4.1.1. İki Ayaklı Test (*the two-prong test*) veya alt benlik (*Alter ego*) Doktrini

Mahkemeler şirketler topluluğu da dâhil genel olarak tüm tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hallerinde uygulanmak üzere iki ayaklı bir test (*the two-prong test*) geliştirmiştir. Bu yaklaşıma göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep eden taraf şu hususların varlığını ispatlamalıdır¹⁹⁸:

1. Şirketle ortaklar arasındaki mülkiyet ve menfaat birlikteliği o derece iç içe geçmiştir ki, bunlar arasında bir ayrılık olduğunu var saymak mümkün değildir¹⁹⁹;
2. Ortakların dava konusu eylemleri kınanabilir nitelikte olup (*wrong*) üçüncü şahısların mağduriyetine yol açmaktadır. Bu eylemlerin sadece şirketin eylemleri olarak kabul edilmesi haksız sonuçlara sebebiyet verecektir²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vandekerckhove, s. 78.

¹⁹⁸ Barber, David H., “Piercing The Corporate Veil”, *Willamette Law Review*, Vol. 17, 1980-1981, pp. 371 – 404, s. 376.

¹⁹⁹ Şirketler topluluğu söz konusuysa ve tezin ana şirketle bağlı şirketler yönünden uygulanma ihtimali ortaya çıkmışsa bu husus şu şekilde ifade edilebilir: Mülkiyet veya faaliyet birliği o derece iç içe geçmiştir ki iki şirket arasındaki ayrılık sona ermiş; yavru şirket ana şirketin bir “*alter ego*” (alt benlik, ikinci kişilik) görünümüne mesabesine düşmüştür. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 118. Bu şart mülkiyet ve menfaat birliği (*unity of ownership and interest*) şartı olarak da adlandırılmaktadır. Bazı kararlarda ayrıca kontrol unsurunun; yani ana şirketin kendisine bağlı yavru şirketi kontrol edip etmediği de üçüncü bir şart olarak aranmaktadır. Buna karşılık *Blumberg* böyle bir üçüncü unsura ihtiyaç olmadığını, zira mülkiyet ve menfaat birliği unsurunun bunu da kapsadığını belirtmektedir. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 119.

Bu unsurlardan ilki usul şartı (*formalities requirement*) ikincisi ise hakkaniyet veya dürüstlük şartı (*fairness requirement*) olarak da adlandırılabilir²⁰¹. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili kararlarda sıklıkla ikili teste atıf yapılıyor olsa da bu unsurların uygulanmasında farklılıklara rastlanılmaktadır. Bazı kararlarda her iki şartın da gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiş bazılarında ise usule ilişkin şart gerçekleşmemiş olsa dahi perdenin kaldırılmasının hakkaniyet gereği olacağı sonucuna varılmıştır. Mesela *Anderson v. Abbott* kararında Amerikan yüksek mahkemesi her ne kadar formalitelere uyulmuş olsa dahi öngörülebilir risklere rağmen önlem alınmayarak şirketin sermaye yetersizliğine sebebiyet verilmesini tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için hakkaniyet ve dürüstlük şartı gereğince yeterli bulmuştur²⁰².

Bazı yazarlar iki ayaklı test olarak nitelendirilen bu yaklaşımı alt benlik (*alter ego*) doktrini veya teorisi olarak da adlandırmaktadır²⁰³. Teoriye adını veren *alter ego* kavramı aynı zamanda usul şartı olarak adlandırılan ilk şartı ifade etmek için de kullanılmaktadır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse vurgulanmak istenen her ne kadar görünüşte bir şirket bulunsa da bu şirket esasında tamamen ortakların güdümünde olan onların bir nevi alt benliği veya ikinci kişiliği yani *alter ego*'su konumundadır. Aynı olguyu vurgulamak için alt benlik dışında örtü/paravan (*cloak*), düzmece (*sham*), yaratık (*creature*), kabuk (*shell*), kapan/tuzak (*snare*) şirket gibi mecazi kavramlar da kullanılmıştır²⁰⁴. Biraz da abartılı sayılabilecek böyle ifadelerle şirketin kendine ait bir kişiliğinin bulunmadığı, ortaklar tarafından bir araç gibi kullanıldığı hususu vurgulanmak istenmiştir²⁰⁵.

Özellikle bir veya birkaç ortağın hâkim ortak olarak bulunduğu şirketlerde bu durum daha yaygın bir şekilde müşahade edilebilir. Böyle bir şartın öngörülmesinin altında yatan sebep bazı ortakların şirketteki hâkim konumlarını kullanarak şirketi tamamen kendi menfaatleri

²⁰⁰ Şirketler topluluğu açısından iki şirketin ayrı tüzel kişilikler olduğunun kabulü haksız bir sonucun ortaya çıkmasına yol açıyor olmalıdır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 118.

²⁰¹ **Barber**, s. 376.

²⁰² *Anderson v. Abbott* 321 U.S. 349 (1944). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/349/> (Erişim tarihi 26/01/2023). **Barber**, s. 377.

²⁰³ Alting, Carsten, "Piercing The Corporate Veil In American And German Law - Liability Of Individuals And Entities: A Comparative View", **Tulsa Journal of Comparative & International Law**, Vol. 2, 1994-1995, pp. 187 – 250, s. 195.

²⁰⁴ Lopez, Antoinette Sedillo, "Comments, The Alter Ego Doctrine: Alternative Challenges To The Corporate Form", **UCLA Law Review**, Vol. 30, 1982, pp.129 - 155, s. 138.

²⁰⁵ Bu tip mecazi ifadelerin kullanımı mahkemeleri kolaycılığa sevkettiği, yeterince analiz yapmadan ve gerekçe sunmadan doğrudan şirketin alt benlik - *alter ego* olduğunu belirterek perdeyi kaldırmada rahat davranmalarına yol açtığı noktasında eleştirilmektedir bkz. Hamilton, Robert, "The Corporate Entity", **Texas Law Review**, Vol. 49, 1971, pp. 979-1009.

doğrultusunda yönlendirmelerinin ve diğer şahısların mağduriyetlerine yol açmalarının önüne geçmektir. Yasa gereği öngörülen farklı görevleri aynı kişi veya kişiler yerine getiriyor olsa dahi usule ilişkin yükümlüklerin yerine getirilmesi yasal güvencelerin temini açısından önemlidir. Mesela aynı zamanda hâkim ortak olsalar dahi şirket yöneticilerinin azınlığın menfaatlerini de dikkate alarak kendilerinin değil şirketin ortak yararını düşünerek hareket etmeleri bu bağlamda önemlidir²⁰⁶. Bunu anlamak için ortakların şirkete ilişkin muamelelere ne denli uydukları, şirket kayıtlarını usule uygun bir şekilde tutup tutmadıkları, formaliteleri yerine getirip getirmediikleri, şirketin parasını kendi paraları gibi kullanıp kullanmadıkları veya şirket malvarlığıyla şahsi malvarlıklarını karıştırıp karıştırmadıkları gibi hususlar araştırılmaktadır²⁰⁷.

Teorinin önemli bir unsuru veya ikinci ayağı olarak bahsedilen dürüstlük ve hakkaniyet şartı (*fairness*) her hâlükârda bulunması gereken zorunlu bir şarttır. Dolayısıyla *alter ego* teorisine - veya iki ayaklı teste - göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için bizzat şirket ortaklarının şirketin sahip olduğu ayrı tüzel kişiliğe saygı göstermedikleri ve bu suretle şirket ortaklarının üçüncü şahısları bir haksızlığa uğrattıkları ortaya koyulmalıdır. Bu bağlamda şirket tüzel kişiliğinin göz ardı edilmesi başlı başına yeterli değildir. Bu eylemin kınanabilir sonuçlara yol açmış olması da gereklidir. Burada gerçek manasıyla bir aldatma veya hileli davranışın varlığı sıkı sıkıya aranmamaktadır. Bunlar kadar ciddi olmayan kötü niyetli davranışlar veya başka bir şekilde haksız sayılabilecek bir şekilde üçüncü şahısların zararına sebebiyet verilmesi perdenin kaldırılması için yeterli görülmektedir²⁰⁸.

1.3.4.1.2. Üç Ayaklı Test (*The Three-Prong Test*) veya Araçsallık Teorisi (*Instrumentality Rule*)

Perdenin kaldırılmasında uygulanan diğer bir teori de araçsallık teorisi (*instrumentality rule*) olarak da adlandırılabilen üç ayaklı testtir. Bu teori ilk olarak 1931 yılında Profesör Powell tarafından şirketler topluluğu dikkate alınarak ortaya atılmıştır. Ancak mahkemeler sadece

²⁰⁶ Barber, s. 378.

²⁰⁷ Barber, s. 377.

²⁰⁸ Mesela *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.* kararında mahkemenin kusura ilişkin şu tespitleri bu yaklaşımı özetlemektedir: “teori hukuki anlamda hile/aldatmayı zorunlu kılmamakla birlikte hile veya başka bir hukuka aykırılığı engelleyecek şekilde tasarlanmıştır. Dolayısıyla o veya bu şekilde kötü niyetin varlığı dikkate alınan husustur. Mahkemenin perdeyi kaldırmakta haklı olduğu hallerde öyle veya böyle bir şekilde varlığı aranacaktır.” <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/210/825.html> (Erişim tarihi: 26/01/2023); Barber, s. 377.

bununla bağı olmaksızın diğer hallerle ilgili olarak da bu teoriyi uygulamışlardır. Esasında alt benlik veya iki ayaklı teorideki yaklaşımın bir benzeri burada da görülmektedir²⁰⁹.

Bu testin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

1. Şirket üzerinde kontrol veya mutlak hâkimiyet kurulmuş olması,
2. Bu kontrol veya mutlak hâkimiyetin kullanılması suretiyle hileli veya diğer bir şekilde kınanabilir eylemlerde bulunulması,
3. Davacının bu eylemler sebebiyle zarara uğratılmış olması.

Birinci unsurla ilgili olarak kontrolün özellikle zararın oluşmasına sebep olan işlem veya eylem açısından mutlak olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu bağlamda sadece finansal hâkimiyet değil aynı zamanda işletme pratikleri ve politikaları açısından da hâkimiyetin tesis edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla itiraza konu işlem ve eylemi gerçekleştirmede bağı şirketin hâkim şirketten bağımsız bir iradeye sahip olmadığı ortaya konulmalıdır²¹⁰.

Bugün için alt benlik (*alter ego*) ve araçsallık (*instrumentality*) teorileri arasında her hangi bir uygulama farkı bulunmamaktadır. Mahkemeler kararlarında bu iki yaklaşımı da birbirleri yerine aynı gerekçelerle uygulamaktadır²¹¹. Mesela, *Consumer's Co-Op of Walworth County v. Olsen* isimli kararda mahkeme her iki teoriyi de ismen zikrederek şu hususların ispatı gerekliliğinden bahsetmiştir:

“...Araçsallık (*instrumentality*) veya alt benlik (*alter ego*) doktrinleri aşağıdaki hususların ispatını şart koşmaktadır:

²⁰⁹ **Alting**, s. 195. Bu teori ilk olarak 1936 tarihli *Lowendahl v. Baltimore & Ohio R.R* kararında tartışılmış ve uygulanmıştır (karar metni için bkz. <https://casetext.com/case/lowendahl-v-baltimore-ohio-rr-co-1> Erişim tarihi: 19.02.2023) . Bu kararda *Instrumentality* teorisinin çerçevesi şu şekilde çizilmiştir: “*Araçsallık (instrumentality) kuralı şu şekilde formüle edilebilir: Hâkim – veya ana – şirket şikâyet konu işlemin yapıldığı zamanda (1) bağı şirketi üzerinde normal olmayan ve paysahipliğiyle bağdaşmayacak bir şekilde ancak onun alanını, yöneticilerini ve çalışanlarını yok sayacak ve onu basit bir aracı (mere instrumentality) veya bir departmanı haline getirecek derecede kontrol uyguluyorsa; aslında gerçek olmayan bağı şirket formu altında bahse konu işlemin gerçek tarafıysa veya iki şirketin işleri ve çalışanları ayırım yapılamaz derecede birbirine karışmış ve itiraza konu işlemi yapma tespit etmek imkânsız veya yararsız hale hale gelmişse ve (2) böyle bir kontrol topluluk hâkimi tarafından hilede bulunulması veya başka bir hukuki ödevin ihlali yahut da davacının haklarını ihlal eden dürüstlüğü aykırı veya haksız bir eylemde bulunmak için kullanılmışsa ya da çelişkili davranmama yasağını ihlal sonucunu doğuruyorsa; (3) bu tarz bir hile veya usulsüzlük davacının haksız kaybına veya zararına yol açmışsa – mahkeme bağı şirketin tüzel kişiliğini göz ardı ederek topluluk hâkimini sorumlu tutacaktır.*”

²¹⁰ *Lowendahl v. Baltimore & Ohio R.R.*

²¹¹ **Alting**, s. 195.

(1)Kontrol: sadece pay çoğunluğu değil, mutlak anlamda hâkimiyet kurulması anlaşılmalıdır. Davaya konu hedef alınan işlem veya eylem noktasında sadece mali anlamda değil politika ve işletme pratiği belirleme bağlamında da bir bağımlılık söz konusu olmalıdır. Böylelikle şirketin söz konusu işlemle ilgili olarak bağımsız bir iradesi, akli olmadığı ortaya koyulmalıdır. (2) Bu kontrol veya hâkimiyet davalı tarafından yasa kaynaklı veya diğer bir suretle hukuk tarafından yüklenen bir ödevin veya davacının hukuki haklarına yönelik haksız ve ahlak dışı bir ihlali gerçekleştirmek amacıyla hile veya diğer bir haksız eylemde bulunmak için kullanılmış olmalıdır.(3)Yukarıda belirtilen hâkimiyet ve ihlal meydana gelen zararın birinci derecede sebebi olmalıdır...”

Birinci şart esasında iki ayaklı testteki usule ilişkin şartın diğer bir şekilde formüle edilmiş halidir. İkinci şart ise yine aynı teorideki dürüstlük şartının başka türlü bir ifadesidir. Burada aranan husus şirket üzerindeki kontrol gücünün hile veya aldatmada bulunma yahut hukukun yüklediği bir ödevi yerine getirmeme ya da davacının haklarını ihlal edecek haksız bir eylemde kullanılmış olmasıdır²¹². Mesela şirket malvarlığının azaltılması ve devri (*asset-stripping*) sıklıkla Bu kapsamda değerlendirilmektedir. Üçüncü şart zararlar ihlal arasında illiyet bağının varlığını aramaktadır. Bazı mahkemeler özel olarak şirketin borca batık olmasını (*insolvency*) bu kapsamda değerlendirmekte ve haksız kayıp (*unjust loss*) şartı şeklinde bir nitelendirmeye illiyet bağının kurulduğunu belirtmektedir. Buna göre ilk iki şartın gerçekleşmesi sonucu meydana gelen kayıp veya zararın davacıya verdirilmiş haksız bir zarar olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir²¹³. Üçüncü unsur olarak nitelendirilen İlliyet bağı alt benlik teorisinde bağımsız bir unsur olarak ele alınmamakta; ikinci unsur olan kınanabilir davranış (*wrong*) kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu hususun pratikte önemi borçlu şirkete müracaat etmeden doğrudan onu kontrol eden hâkim ortağa gidilip gidilememesinde kendini göstermektedir. Bağlı şirket iflas etmiş, borca batık veya açıkça taahhüdlerini yerine getiremez bir hale gelmişse onu kontrol eden hâkim ortağa gidilebilmesinde bir tereddüt yoktur. Ancak böyle bir durum yokken doğrudan hâkim ortağa müracaat ediliyorsa alacaklıya verdirilmiş haksız bir kayıp şartının gerçekleşmediğinden bahisle davanın reddi söz konusu olabilir zira asıl borçluya müracaat etmeden bir kaybın meydana geldiğini ileri sürmek temelden yoksun bir iddia olacaktır²¹⁴.

1.3.4.1.3.Temsil (Agency)

Perdeyi kaldırma davalarında yukarıdaki standartlar kadar sıklıkla olmasa da istisnai olarak uygulanan kıstaslardan birisi de temsil ilişkisidir. Diğer eyalet mahkemelerinin çok fazla

²¹² **Blumberg**, Corporate Groups, s. 114.

²¹³ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 117.

²¹⁴ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 153.

ilgi göstermediği bu yaklaşıma özellikle New York mahkemelerinin şirketler topluluğu söz konusu olduğunda zaman zaman müracaat ettiği belirtilmektedir²¹⁵.

Emsal niteliğindeki 1925 tarihli *Berkey v. Third Avenue*²¹⁶ kararında Yargıç Cardozo tarafından ortaya atılan şu görüşler bu yaklaşımı yansıtmaları açısından önemlidir.

“...Hâkimiyet o derece kesin, müdahaleler o derece göze batar bir şekilde yapılmaktadır ki, temsile ilişkin genel hükümler kapsamında ana şirket temsil olunan yavru şirketse temsilci olacaktır. Eğer kontrol bundan daha aşağı bir seviyede ise tekrar dürüstlük ve hakkaniyet testine yönlendirileceğiz...”

Bu yaklaşım başka davalarda da kabul görmüştür. 1985 tarihli *Solar International Shipping Agency, Inc. v. Eastern Proteins Export, Inc.*, kararında²¹⁷ hiç tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönünde bir tabir kullanmayan mahkeme yavru şirketin temsilci ana şirketin temsil olunan konumunda olduğunu belirterek sözleşme borcundan asıl olarak ana şirketin sorumlu olacağına karar vermiştir. Burada mahkeme her iki şirketin isimlerinin, yöneticilerinin, hisse sahiplerinin, yönetim merkezlerinin, çalışanlarının ve hatta iletişim bilgilerinin aynı olmasına vurgu yapmış, yavru şirketin paravan şirket olduğu tespitinde bulunmuştur. Böylelikle yavru şirket dava konusu sözleşmeyi yapmakla birlikte esasında bu işlemin görünürde taraf olarak gözükmeyen ana şirketi bağladığı ve onun sorumluluğuna yol açtığı sonucuna varılmıştır²¹⁸. Bazı kararlarda da mahkemelerin detaylı olarak incelemede bulunmaksızın bağlı şirketin temsilci konumunda olduğundan bahisle doğrudan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği sonucuna varmaları eleştiri konusu yapılmaktadır²¹⁹.

1.3.4.1.4. Değerlendirme

Alt benlik (*Alter Ego*) ve araçsallık (*instrumentality*) teorileri geleneksel tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında faydalanan genel yaklaşımlardır. Bu teorilerin şirketler topluluğu da dâhil olmak üzere şirket – ortak arası sorumluluk ilişkilerinin tamamında uygulanması gündeme gelebilir. Genel bir değerlendirme yapma açısından *alter ego* ve *instrumentality* teorilerini mahkemelerin de benimsediği yaklaşıma sadık kalarak birlikte ele alacak olursak bu teorilerin aynı koşulları farklı biçimlerde ifade eden benzer yaklaşımlar olduğunu görebiliriz. Dolayısıyla bugün için her iki teori arasında uygulamada bir fark gözetilmemektedir. Bu teorilerin gündeme

²¹⁵ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 125.

²¹⁶ *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84

²¹⁷ *Solar International Shipping Agency, Inc. v. Eastern Proteins Export, Inc.*, 778 F.2d 922 (2d Cir. 1985)

²¹⁸ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 126.

²¹⁹ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 128.

getirildiği davalarda iki maddi hususun varlığı ile zarara ilişkin illiyet bağının bulunup bulunmadığıyla ilgili bir inceleme yapılmaktadır²²⁰.

Şirketler topluluğu kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekirse mahkemelerin ilk aşamada bağlı şirketin gerçekten bağımsız bir kişiliğinin olup olmadığını inceledikleri görülmektedir. Bu analizi yaparken mahkemeler özellikle topluluk hâkiminin sahip olduğu hâkimiyetin derecesini tespit etmeye odaklanmaktadırlar. Bu bağlamda hâkimiyetin aşırı kullanımıyla ilgili olarak özellikle topluluk hâkiminin bağlı şirkete faaliyetleriyle ilgili olarak müdahalede bulunup bulunmadığı, yönetimini etki altında tutup tutmadığı araştırılmaktadır. Bu kapsamda mahkemeler kararlarında bağlı şirketlerin ana şirkete karşı durumunu ortaya koyma noktasında dikkat edilmesi gereken hususların sayıldığı listelerden faydalanmaktadır²²¹. Ancak her hâlükârda somut olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak bağlı şirketin durumu tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple, bu ve benzeri listeler belirli bir kanaat oluştursa da herhangi bir davada tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağıyla ilgili kesin bir öngörude bulunmayı sağlamamaktadır²²².

Alt benlik (*Alter ego*) ve araçsallık (*instrumentality*) teorilerinin gündeme getirildiği davalarda aranan diğer maddi unsur usulsüz bir davranışta (*wrongful conduct*) bulunulup bulunulmadığıyla ilintilidir. Dolayısıyla bu noktada haksız fiildeki kadar sistemli olmamakla birlikte esasında kusurluluğa ilişkin bir araştırma yapılmaktadır. Bununla ilgili olarak mahkemeler eylemin hileli (*fraudulent*) veya hakkaniyete aykırı, haksız (*inequitable*) olduğundan bahisle perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir. Burada da öngörude bulunmayı mümkün kılan belirli bir standardın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Mesela New Mexico ve

²²⁰ Strasser, Kurt, “Piercing the Veil in Corporate Groups”, *Connecticut Law Review*, Vol. 37, 2005, pp. 637 – 665, s. 640.

²²¹ Mesela *Barber* ABD mahkemelerinin vermiş olduğu kararlardan yola çıkarak bağlı şirketi araç (*instrumentality*) haline getirecek derecede bir hâkimiyetin kurulmuş sayılacağı halleri şu şekilde listelemiştir: 1) Hâkim şirketin bağlı şirkete ait hisselerin tamamına veya çoğunluğuna sahip olması; 2) Hâkim şirketle bağlı şirketin aynı yöneticiler veya çalışanları istihdam ediyor olmaları; 3) Hâkim şirketin bağlı şirketi finanse ediyor olması; 4) Hâkim şirketin bağlı şirketin kuruluş sermayesini sağlayarak veya başka yollarla kuruluşunu sağlaması; 5) Bağlı şirketin yetersiz sermayeyle faaliyet gösteriyor olması; 6) Hâkim şirketin bağlı şirket çalışanlarının maaşlarını ödeyerek veya diğer şekillerde masraflarını ve kayıplarını karşılıyor olması; 7) Bağlı şirketin sadece hâkim şirketle iş yapıyor olması veya hâkim şirket tarafından sağlananlar dışında malvarlığının bulunmaması; 8) Hâkim şirketin kayıtlarında veya yöneticilerinin beyanlarında bağlı şirketin hâkim şirketin bir bölümü veya parçası olarak nitelendirilmesi, onun işletme veya mali sorumluluğunun hâkim şirketin sorumluluğu olarak kabullenilmesi; 9) Bağlı şirketin yönetici veya üst düzey görevlilerinin bağlı şirketin menfaatini gözeterek bağımsız olarak hareket etmiyor olması, hatta aksine hâkim şirket veya grubun menfaati gereği ondan talimat alıyor olması; 10) Bağlı şirket açısından hukuk tarafından öngörülen usuli gerekliliklere uyulmaması; 11) Hâkim şirketin, bağlı şirketin mallarını kendi malları gibi kullanıyor olması. Bkz. *Barber*, s. 398.

²²² *Strasser*, s. 640.

diğer az sayıdaki bazı eyaletlerde mahkemeler hile seviyesinde bir kusurluluğun varlığını şart koşturmaktadır. Buna karşılık çoğu zaman daha alt derecede kınanabilir bir davranışın varlığı da yeterli görülebilmektedir²²³. Mesela, bir haksız fiilin (*tort*) varlığı, sözleşmenin ihlali veya bağlı şirketin borca batık hale gelmiş olması kusurluluk için yeterli bulunabilir. Hatta bazı davalarda kusurluluğa ilişkin bir araştırmada bulunulmaksızın sadece birinci unsurun varlığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli görülmüştür. Bu anlamda bazı mahkemeler için aşırı kontrol uygulamak ve şirket tüzel kişiliğine saygı göstermemek başlı başına kusurlu bir davranış teşkil edebilmektedir²²⁴.

Üçüncü ve son unsur zararın meydana gelmesinde yukarıda bahsi geçen unsurların etkili olup olmadığıyla ilgilidir. Daha açık ifade etmek gerekirse topluluk hâkiminin bağlı şirketi yok sayan ve onun bağımsızlığına gölge düşüren kusurlu davranışlarıyla üçüncü şahsın uğradığı zarar arasında bir illiyet bağı kurulup kurulamadığı araştırılmaktadır. Araçsallık teorisi açısından illiyet meselesi teorisinin unsurlarından birisi olarak görülürken alt benlik teorisinin uygulandığı davalarda bu hususta bir tereddüt oluşursa ayrıca dikkate alınmaktadır²²⁵.

Bu teorilerin uygulandığı geleneksel perdeyi kaldırma yaklaşımı ilk ortaya çıktığı andan itibaren daima eleştirilmektedir. Eleştiriler daha çok perdeyi kaldırmanın objektif temeller üzerine oturtulamamış olması üzerinde odaklanmaktadır. Özellikle *Easterbrook* ve *Fischel*'in şu sözleri eleştirel yaklaşımlar söz konusu olduğunda sıklıkla dile getirilmektedir²²⁶: "*Perdenin kaldırılması olağandışı – tuhaf – bir şekilde olmaktadır. Tıpkı bir şimşek gibi nadir, şiddetli ve kuralsızdır.*"

Bunun en önemli sebebi somut olayın taşıdığı özelliklerin ve olay olgularının sonuca olan etkisidir. Benzer olgularla karşılaşılsa dahi mahkemelerin birbiriyle çelişen yaklaşımları sebebiyle bir olayda perdenin kaldırılıp kaldırılamayacağını öngörebilmek her zaman mümkün olamamaktadır. Bu sebeplerle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi en çok hukuk güvenliğini zedelediği, gerekçesiyle eleştirilmektedir²²⁷. Bu eleştirilere rağmen ABD mahkemeleri sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanımına karşı bir önlem olarak görülen perdenin kaldırılmasını yaygın bir şekilde uygulamaya devam etmektedir. Bu ülkenin hukuk sisteminde yerleşik bir yere sahip olan bu teorisinin tamamen terk edilmesi bugün için mümkün

²²³ **Strasser**, s. 641.

²²⁴ **Strasser**, s. 641.

²²⁵ **Strasser**, s. 641.

²²⁶ **Easterbrook / Fischel**, s. 89.

²²⁷ **Strasser**, s. 641.

görünmemektedir. Zaten buna gerek olmadığı, teorinin daha öngörülebilir bir hale getirilmesi ve tutarlı bir şekilde uygulanmasının eleştirilere verilecek en doğru cevap olduğu düşünülmektedir²²⁸.

1.3.4.2. İngiliz Hukuku

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik Amerikan hukukundaki esneklik Anglo-Amerikan hukuk sisteminin (*common law*) bir diğer önemli temsilcisi olan İngiliz hukukunda görülmemektedir. Yukarıda bahsi geçen *Salomon* kararında benimsenen ayrılık ilkesine yönelik katı anlayışın etkileri uzun soluklu olmuştur²²⁹. Bazı dönemlerde bu katılık bir dereceye kadar terk edilmiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik kararlarda bir artış gözlenmiştir. İngiliz hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin en yaygın şekilde uygulandığı dönem 1966 – 1989 yılları arasındaki dönemdir²³⁰. Bu dönemin önemli hukuk adamlarından yargıç Lord Denning özellikle bu doktrinin bayraktarlığını yapmıştır. Onun 1969 tarihli *Littlewoods Mail Order Stores v IRC* kararındaki şu tespiti bu anlamda önemlidir²³¹:

“*Salomon* davasında ortaya atılan doktrin konusunda oldukça hassas olunmalıdır. Sıklıkla buradaki yaklaşımın sınırlı sorumluluk şirketleri üzerine mahkemelerin ardını göremeyecekleri bir perde örttüğü düşünülmektedir. Ancak bu doğru değildir. Mahkemeler maskeyi çıkarabilmelidir ve çoğu zaman çıkarmaktadırlar. Böylece arka plandaki gerçeği görmeleri mümkün olmaktadır.”

Aynı dönem içerisinde 1985 yılında temyiz mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından karara bağlanan *Re a Company* isimli davada takınılan tavır tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin desteklenmesi noktasında İngiliz mahkemelerinin ulaştığı en ileri seviyeyi temsil etmektedir²³²:

“...bize göre *Wallersteiner v Moir* [1974] 1 WLR 991 [başka bir Lord Denning davası] öncesi ve sonrası davalar göstermiştir ki mahkemeler adaleti tesis etmek için gerekli olduğu takdirde şirket yapısının verimliliği gibi mülahazaları bir kenara bırakarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yetkilerini kullanacaklardır...”

²²⁸ Strasser, s. 641.

²²⁹ *Salomon* kararı için bkz. Yuk. s. 67. Katı ayrılık ilkesi (*entity law doctrine*) Salomon’la birlikte İngiliz hukukunda yerleşik bir kural haline gelmiştir. Hukuk düzeni tarafından öngörülen tüzel kişilik faraziyesi ile iktisadi gerçeğin çatıştığı durumlarda tercih çoğu zaman tüzel kişilikten yana kullanılmıştır. Cheng, Thomas K., “The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines” **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper**, March 20, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1790610>

²³⁰ Dignam/Lowry, s. 35.

²³¹ Dignam/Lowry, s. 36.

²³² Dignam/Lowry, s. 36.

Ancak kısa bir süre sonra İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından verilen 1989 tarihli *Adams v Cape* kararıyla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin altın çağı sona ermiştir. Bu karar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama kapsamını daraltan kararlar dizisinin ilkidir. Bu kararında İstinaf Mahkemesi zamana kadar verilmiş emsal kararları da inceleyerek hangi hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliği konusunu detaylı olarak ele almış ve bu halleri Temsil (*Agency*), göstermelik şirket istisnası (*mere façade*) ve tek ekonomik birim (*single economic unit*) olarak tespit etmiştir.

Son olarak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*UK Supreme Court*) 2013 yılında verdiği *Prest v Petrodel* kararıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin İngiliz hukukundaki yerini ve uygulanma alanlarını detaylı bir şekilde incelemiştir²³³. En yüksek yargı makamı tarafından o güne kadarki uygulamayı özetlemesi, irdelemesi ve teorisinin uygulanma alanını belirlemesi açısından bu karar oldukça önemlidir. İlk olarak tüzel kişilik perdesinin ne anlama geldiğini ele alan Yüksek Mahkeme şirketin ayrı kişiliğinin göz ardı edildiği her türlü durumun değil sadece *Salomon* kararıyla güçlü bir şekilde teyit edilen ayrılık ilkesine gerçek anlamda istisna getirilen durumların bu kapsama gireceğini tespit etmiştir²³⁴.

Mahkemenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin dayandırılacağı hukuki temelle ilgili bu kararda yapmış olduğu tespitler de önemlidir. Bu bağlamda mahkeme Uluslararası Adalet Divanının *In re Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd* [1970] ICJ 3 kararına atıfta bulunarak kıta Avrupası hukuk sistemlerinin (*Civil Law Jurisdictions*) perdeyi kaldırırken genel olarak hakkın kötüye kullanılması (*abuse of rights*) kavramına dayandıklarını belirtmiş; İngiliz hukukunda buna benzer genel bir teorisinin bulunmadığının altını çizmiştir. Buna karşılık İngiliz hukukunda da aynı sonuca ulaşmayı sağlayan prensipler bulunduğu ifade edilmektedir. Bu prensiplerden biri dürüstlük karanesidir. Buna göre gerçek veya tüzel kişiler aralarındaki hukuki ilişkilerin yürütülmesinde tarafların birbirlerine karşı dürüst olduklarını varsaymakta haklıdırlar. Bu varsayımın veya karinenin aksine hareket edilmesi taraf hilesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla dürüst hareket etmeyen birisinin hileyle elde ettiği bir olanağı muhafaza etmesinin hukuk tarafından kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu kural genelde sözleşme veya diğer karşılıklı işlemlerde uygulama yeri bulsa da kamu yararı saikiyle daha da genelleştirilerek hukuk tarafından yüklenen birtakım yükümlülüklerden kaçınmayı sağlayan hileli işlemlerin engellenmesinde de bu yaklaşımdan faydalanılmaktadır. Ancak şirketlerin hukuku

²³³ *Prest v. Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0004-judgment.pdf> (Erişim tarihi: 19.02.2023).

²³⁴ Kinsky, Cyril, "Piercing the Corporate Veil", *Private Client Business*, 2014, pp. 1 -10.

devre dışı bırakmak için kullanılmasının hukuk tarafından dürüstlüğe aykırı bulunduğu hallerin sınırlı olduğu belirtilmektedir²³⁵.

Aşağıda kısaca İngiliz mahkemelerinin genel olarak perdeyi kaldırma mevzusunda dayandıkları kıstaslar kısaca tanıtılacaktır. Bu anlamda *agency* (temsil) ve *mere façade* (paravan şirket) yaklaşımları tartışılacaktır. Tek ekonomik birim yaklaşımıyla ilgili açıklama ise şirketler topluluğuyla ilgili son bölümde detaylı olarak yapılacaktır.

1.3.4.2.1. Temsil (Agency)

Somut olayın özelliklerine göre bir şirketle ortakları arasında bir temsil ilişkisi olduğu, şirketin temsilci olarak ortakların işlerini gördüğü iddia edilebilir. Böyle bir durumda şirketin taraf olduğu işlemlerden temsil olunan konumundaki ortakların sorumlu olduğu ileri sürülebilir²³⁶. Zira temsilcinin gerçek şahıs veya tüzel kişilik olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu kapsamda iddia edilen sorumluluk şirketler hukukundan değil temsil ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda temsil olunanın temsilciyi bir temsil yetkisi vererek görevlendirmiş olduğunun, tarafların bu ilişki çerçevesinde hareket ettiklerinin ortaya koyulmuş olması gerekmektedir²³⁷. Ancak sadece şirketle ortaklar arasındaki ilişkinin yakınlığı temsil ilişkisinin varlığını bir karine olarak haklı göstermez. Diğer taraftan ortakların şirkete temsil yetkisi verdiklerini gösterir bir hukuki işlem de yoksa temsil ilişkisinin varlığını ispat etmek neredeyse mümkün değildir²³⁸.

İlk olarak *Salomon* davasında şirketin ortaklar adına temsilci sıfatıyla hareket ettiği iddiası ortaya atılmış ve Lordlar Kamarası vermiş olduğu kararda başlıbaşına bir hâkim ortak tarafından kontrol altında tutuluyor olmasının şirketi hâkim ortağın temsilcisi yapmayacağını kabul etmiştir. Aynı anlayış sonraki kararlarda da teyit edilmiştir²³⁹.

Genel yaklaşım bu olmakla birlikte istisnai olarak şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ana şirket – yavru şirket arasında temsil ilişkisinin varlığı bazı durumlarda kabul görmüştür. Bu konuda bahse değer en önemli kararlardan birisi 1939 tarihli *Smith, Stone & Knight v Birmingham Corpn* kararıdır²⁴⁰. Bu kararda mahkeme hâkim şirketle bağlı şirket

²³⁵ *Prest v. Petrodel Resources Ltd* sh. 9 para. 18.

²³⁶ Gallagher, Lynn/Ziegler, Peter, “Lifting the corporate veil in the pursuit of justice”, *Journal of Business Law*, 1990, pp. 292 – 313, s. 294.

²³⁷ *Mayson /French /Ryan*, s.130.

²³⁸ *Davies/Worthington*, s. 220.

²³⁹ *Hannigan*, s. 42. Benzer bir yaklaşım *Gas Lighting Improvement Co Ltd v Inland Revenue Commissioners* (1923) kararında da takip edilmiştir.

²⁴⁰ *Smith Stone & Knight Ltd. v Birmingham Corpn* [1939] 4 All ER 116.

arasında temsil ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti noktasında aşağıdaki sorulara bir cevap aranması gerektiğini belirtmiştir:

- (a) Kâr hâkim şirketin kârı gibi mi değerlendirilmektedir?
- (b) Bağlı şirketin işlerini yürüten kişiler topluluk hâkimi tarafından mı atanmıştır?
- (c) Topluluk hâkimi şirket ticari girişimin başı ve beyni midir?
- (d) Topluluk hâkimi ticari girişimi yönetmekte midir, ne yapılması gerektiğine ve girişime ne oranda sermaye takviyesi yapılmasına o mu karar vermektedir?
- (e) Kârın elde edilmesinde topluluk hâkiminin yönlendirmesi ve bir rolü olmuş mudur?
- (f) Topluluk hâkimi etkili ve sürekli kontrol sahibi midir?

Bu kıstaslar üzerinden konuyu değerlendiren mahkeme bağlı şirketin topluluk hâkiminin bir temsilcisi olduğu sonucuna varmıştır.

Ancak bugün için temsil ilişkisinin bu kıstaslar ışığında uygulama yeri bulması mümkün gözükmemektedir. *Adams v Cape* kararında İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) temsil ilişkisi kıstasını da bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sebebi olarak tartışmıştır. Sonuç olarak mahkeme ancak açık bir temsil yetkisinin varlığı halinde bu kıstasın uygulama yeri bulabileceğine, yukarıda belirtilen hallerin varlığının zımni bir temsil ilişkisi doğurmayacağına karar vermiştir²⁴¹. Bu yaklaşımı teyit eden diğer bir önemli karar yine İstinaf Mahkemesi tarafından verilmiş 1991 tarihli *Atlas Maritime* kararıdır²⁴². Bu kararda imzası olan Yargıç Lord Staughton'ın şu sözleri oldukça ilgi çekicidir:

“Topluluk hâkiminin kaynakları ve talimatlarıyla çalışacak ancak ona bir sorumluluk atfedilmesine engel olacak asgari sorumluluk sahibi bir bağlı şirket kurmak veya devralmak bazılarına göre ticaret yapmanın en dürüst şekli değildir. Ancak bu uluslararası deniz taşımacılığında ve belki diğer alanlarda da oldukça yaygındır. Bunun hâkim ve bağlı şirketler arasında bir temsil ilişkisi yarattığını kabul etmek devrim niteliğinde bir doktrin olacaktır.”

Sonuç olarak şirketler topluluğuyla ilgili birkaç istisnai karar dışında temsil ilişkisi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından İngiliz mahkemelerince sıklıkla kabul gören bir yaklaşım olmamış, daha çok teorik düzeyde tartışılan bir konu olarak kalmıştır.

²⁴¹ **Dignam/Lowry**, s. 38.

²⁴² *Atlas Maritime Co. S.A. v Avalon Maritime Ltd.* 1991 WL 837902.

1.3.4.2.2. Göstermelik/Paravan Şirket Kistası (*Mere Façade Test*)

Şirketlerin kural olarak ortaklarından bağımsız, ayrı birer kişilikleri bulunmaktadır. Bununla birlikte bir şirketin gerçekte var olanı gizlemek için bir araç olarak kullanıldığını veya salt bu amaç için kurulduğunu gösterir ciddi emareler varsa ayrılık prensibine bir istisna getirilerek bu kural göz ardı edilebilecektir. Aynı hususu belirtmek için kimi davalarda veya yorumlarda hile istisnası (*fraud exception*) tabirinin de kullanıldığı görülmektedir²⁴³. Buna göre şirket birtakım usulsüz veya hileli amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla bir araç veya paravan olarak kullanılmaktadır²⁴⁴.

İngiliz mahkemeleri ve doktrini tarafından tartışılan temel meselelerden birisi ayrılık prensibinden kaynaklanan adaletsiz sonuçların varlığının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu konuyla ilgili olarak yüksek mahkemelerin cevabı olumsuz olmuştur. Daha önce yüksek mahkeme olarak temyiz incelemelerini karara bağlayan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) 1979 tarihli *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili dikkate alınacak temel kıstasın ne olduğunu şu şekilde ifade etmiştir²⁴⁵: “Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ancak şirketin gerçek olguları gizlemek için kullanılan bir görüntüden (*mere façade*) ibaret olduğunu gösterir birtakım özel şartların varlığı söz konusuysa mümkündür.”

Dolayısıyla başlı başına hakkaniyete aykırılık yeterli değildir. Şirketin kanun koyucu tarafından öngörülüş amacına aykırı olarak usulsüz bir şekilde kullanımı da gereklidir. Bu yaklaşım konuyla ilgili emsal kararlardan sayılan *Adams v Cape* kararında da güçlü bir şekilde teyit edilmiştir. Burada “sırf adalet öyle gerektiriyor diye Salomon kararında kabul edilen tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin göz ardı edilemeyeceği” açıkça ifade edilmektedir. Kararda ayrıca tüzel kişilik perdesinin ancak şirketin bilinçli olarak hileli amaçlar için kullanılması durumunda kaldırılabilceği belirtilmiştir²⁴⁶. Bu bağlamda *Adams* kararına göre kişileri harekete geçiren

²⁴³ Payne, Jennifer, “Lifting the Corporate Veil: A Reassessment of Fraud Exception”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 56 (2), July 1997, pp. 284 – 290. *Bafra* makalesinde burada belirtilen gerekçeyi muvaza ve hile başlıkları altında ayrı incelemektedir. Kendi hukuk penceremizden değerlendirdiğimizde aşağıda değinilen davaların büyük çoğunluğunda muvazaalı işlemler bulunduğu bir gerçektir. Ancak İngiliz mahkemeleri tüzel kişilik perdesini kaldırırken bu kavramı kullanmamış, göstermelik, paravan, araç, maske şirket gibi kavramları kullanarak sonuca ulaşmıştır. Yani mahkemeler işlemde ziyade şirketin niteliğine vurgu yaparak perdeyi kaldırma yolunu seçmişlerdir. Bkz Bafra, Erdem, “İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 112, 2014, pp. 355 – 372, s. 366

²⁴⁴ Hannigan, s. 48.

²⁴⁵ Hannigan, s. 48.

²⁴⁶ *Adams v Cape* para. 539, 540. Genel hukuk yönünden yaklaşım bu olmakla birlikte boşanma davalarıyla ilgili uyumsuzluklarda Aile Mahkemelerinin farklı bir yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Özellikle *Mubarak v Mubarak* [2001] 1 FLR 673, 682C kararında da belirtildiği gibi Aile Daireleri (*Family Division*) sadece şirketin

etkenler, subjektif tutum ve hedefler, hilenin veya usulsüzlüğün varlığını tespit noktasında önemlidir²⁴⁷.

Bu usulsüzlüğün (*impropriety*) hangi şekilde olacağı da mahkeme kararlarında tartışılmış ve genel olarak şirketin bir perdeleme aracı olarak kullanılması halinin gerekliliği vurgulanmıştır²⁴⁸. Şirketin göstermelik (*façade*) olarak kabul edilebilmesi için aldatıcı bir görünüm vermesi gerekmektedir²⁴⁹. Bu suretle şirket birtakım yükümlülüklerden ve sorumluluktan kaçınmak (*evasion*) veya bunların üstünü örtmek (*concealment*) amacıyla kötüye kullanılmaktadır²⁵⁰. Yüksek mahkeme (*High Court of Justice Chancery Division*) yargıcı Morritt V-C, 2001 tarihli *Trustor AB. V. Smallbone and Others* kararında şu gerekçeyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını uygun bulmuştur²⁵¹:

“Benim kanaatime göre eğer şirket gerçekte varolan olguların üzerini örtmek ve bu şekilde şahısların birtakım sorumluluklarından kaçınmalarını veya gizlemelerini sağlamak amacıyla bir araç (*device*) veya paravan (*façade*) olarak kullanılıyorsa mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırmaya ve şirketin elde ettiği gelirin aslında hâkim ortaklar tarafından elde edildiğine hükmedebilir.”

Perdenin kaldırılması meselesinin en yüksek yargı makamı olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından detaylı bir şekilde ele alındığı önemli kararlardan da kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Bu kapsamda ilk olarak 2013 tarihli *Prest v. Petrodel Resources Ltd* kararı dikkate değer bir karardır. Burada karara imza atan hâkimlerden Lord Sumption’ın görüşleri bilhassa bahse değer tespitler içermektedir. Lord Sumption tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında araştırılması gereken gizleme (*concealment*) ve kaçınma (*evasion*) hallerinin birbiriyle karıştırıldığını belirterek bu ikisi arasında bir ayırım yapılması ihtiyacının altını çizmiştir. Onun anlatımına göre gizleme prensibi şu şekilde tanımlanmıştır²⁵²:

“...gizleme prensibi (*concealment principle*) bir veya daha fazla sayıda şirketin gerçek aktörlerin kimliklerini gizlemek için araya sokulmalarında gündeme gelebilecektir. Böyle hallerde mahkemeler

görünüşte var olan bir şirket olması durumunda değil adil ve gerekli olduğu zamanlarda da bu gerekçeye dayalı olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verebilir. Benzer biçimde *Kremen v Agrest (No 2)* [2011] 2 FLR 490 kararında da bir usulsüzlük olmasa dahi şirkete el uzatılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. *Prest v Petrodel*, sh. 12, para. 23.

²⁴⁷ **Payne**, s. 286.

²⁴⁸ **Hannigan**, s. 49.

²⁴⁹ Fransızca kökenli *façade* esasında binaların dış cephesini ifade etmek için kullanılan bir kelimedir. Bunun yanı sıra kelimenin aldatıcı dış görünüş manası da bulunmaktadır. Bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/facade>

²⁵⁰ **Mayson /French /Ryan**, s. 133.

²⁵¹ *Trustor AB v Smallbone and Others*, 16 March 2001, 2001 WL 239805. Benzer şekilde 2009 tarihli *Ben Hashem v. Ali Shayif* kararında da şirket üzerindeki hâkimiyetin (*control*) ve usulsüzlüğün (*impropriety*) ispatlanması gerekliliği özellikle vurgulanmıştır.

²⁵² *Prest v. Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34

hukuken ilgili gördüğü gerçek kişileri tespit etmekten geri durmayacaktır. Bu davalarda mahkeme şirketi (*façade*) gözardı etmemekte, sadece şirket yapısı ardında gizlenen olgulara bakmaktadır.”

Buradan da anlaşılacağı üzere hâkim ortakların şirketi kendi sorumluluklarının üzerini örtmek için kullanmalarının esasında bir perdenin kaldırılması hali olmadığı ifade edilmektedir. Burada tabiri caizse perde aralanmakta geri planda bulunan gerçekliğe ışık tutulmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşım özellikle şirketle ortaklar arasındaki ilişkilerin niteliğini tespit etme amacıyla kullanılabilir. Mesela şirketin ortakların temsilcisi olduğu veya şirkete ait bir kısım malvarlığının aslında ortaklara ait olduğu ve şirketin inançlı işlem gereği maliki olarak gözüktüğü bu malvarlığı değerlerini ortaklar adına idare ettiği gibi iddiaların aydınlatılmasında perde aralanabilmektedir²⁵³.

Yine *Prest v Petrodel* kararı üzerinden devam edecek olursak kaçınma (*evasion*) olarak adlandırılan durum bu kararda Lord Sumption tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Kaçınma prensibi (*evasion principle*) – gizleme prensibinden – farklıdır. Buna göre mahkeme, şirketi kontrol altında tutan bir kişiye karşı üçüncü kişilerin hak sahibi olduğu ve bu kişinin borcunu ifa etmekten kaçınmak veya ifayı zorlaştırmak için şirketi bir engel olarak araya soktuğu durumlarda tüzel kişilik perdesini kaldırabilir.”

Kaçınma (*evasion*) amacıyla şirket iki şekilde usulsüzlüğe konu edilebilir. Ortaklar ya kanun tarafından kendilerine yüklenen bir yükümlülüğü yerine getirmemek ya da üçüncü şahıslara karşı üstlendikleri yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla şirketi bir paravan olarak kullanabilirler²⁵⁴. Kaçınma prensibi (*evasion principle*) olarak adlandırılan bu yaklaşımın değerlendirildiği ilk davalardan birisi 1933 tarihli *Gilford Motor Co Ltd v Horne* davasıdır. Bu davaya konu olayda davalı olan Horne isimli kişi eski işvereni olan Gilford şirketinden ayrılırken belirli bir coğrafi alanda beş yıl süreyle eski işvereniyle rekabet etmeme taahhüdünde bulunmuştur. Buna rağmen davalının eşi adına kurduğu *JM Horne & Co Ltd* isimli bir şirket vasıtasıyla antlaşmayla yasaklanan faaliyetleri yürüttüğü iddia edilmiştir. Uyuşmazlığı ele alan mahkeme iddiayı haklı bularak davalının rekabet etmeme yükümlülüğünden kaçınmak ve bundan kaynaklanacak sorumluluğun önüne geçmek için ismi geçen şirketi kurduğu; bu şirketin davalının işlerini görürken kullandığı bir kanaldan ibaret olduğu tespitlerinde bulunmuştur.

²⁵³ Mayson /French /Ryan, s. 133.

²⁵⁴ Hannigan, s. 49.

İstinaf Mahkemesi de benzer şekilde şirketin sadece bir paravan veya görüntüden (*mere cloak or sham*) ibaret olduğunu belirtmiştir²⁵⁵.

Göstermelik şirket mevzuuyla ilgili olarak bahsetmeye değer diğer bir dava da 1961 tarihli *Re Bugle Press* davasıdır. Bu davada azlığı devre dışı bırakmak isteyen çoğunluk hissedarları yeni bir şirket kurmuşlardır. Mevzuata göre en az % 90 hisse payına sahip ortaklar şirket birleşmesine onay verirlerse birleşmeye karşı olan azlığın hissesi de zorunlu olarak devrolunmaktadır²⁵⁶. Mevzuatın bu hükmünü kullanarak azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarmak isteyen çoğunluk hissedarları yeni kurdukları şirket vasıtasıyla önceki şirkete birleşme teklifinde bulunmuşlar; şirket hisselerinin yüzde doksanını elinden bulunduran devralınan şirketin aynı hissedarları bu satışa onay vererek azınlık hisselerinin zorunlu satışını mümkün hale getirmek istemişlerdir. İşlemin dava konusu edilmesi üzerine davayı karara bağlayan temyiz mahkemesi kurulan ikinci şirketi paravan (*façade*) olarak nitelemiş ve şirketin kanun tarafından kendisine yüklenen yükümlülüklerden kaçınmak için kullandığı birleşme işlemine izin vermemiştir²⁵⁷.

Buraya kadar örnek verdiğimiz davalarda davalıların yükümlülüklerinden kaçınmak için yeni bir şirket kurmaları ve bu şirket üzerinden hileli işlemlerde bulunmaları söz konusu olmuştur. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için mutlaka yeni bir şirketin kurulmuş olması şart değildir. Mevcut bir şirket de hileli amaçlar için bir araç olarak kullanılmış olabilir. Bu bağlamda

²⁵⁵ Temyiz incelemesinde yargıç Lord Hanworth şirketin Horne tarafından faaliyetlerini maskelemek için kullandığı bir araç olduğu konusunda ikna olduğunu; davalının rekabet etmeme hususundaki antlaşmayı etkisizleştirmek ve davacı şirketin müdahalesini engellemek amacıyla söz konusu şirketi devreye soktuğunu belirtmiştir. Sonuç olarak davalıların (Horne ve paravan olarak kullanılan şirket) antlaşmaya uymaları ve rekabet etmemeleri konusunda bir mahkeme emri (*injunction*) yayınlanmıştır. Dolayısıyla sadece bir görüntü, maske, paravan gibi kavramlarla nitelendirilen ve şahısların hilesinde bir araç olarak kullanılan şirketin ticari hayatını devam ettirip ettirmemesi meselesi tartışma konusu yapılmamıştır (*Gilford Motor Co Ltd v Horne* (1933) CH 935). Bu konuyla ilgili olarak sıklıkla atıfta bulunulan diğer bir önemli karar 1962 tarihli *Jones v. Lipman* kararıdır. Bu davada, davalı taahhüt işleminde bulunarak sattığı taşınmazı alacaklılara devretmemek için hâkim ortağı bulunduğu şirkete daha düşük bir fiyattan satmış ve mülkiyeti bu şirkete devretmiştir. Uyuşmazlığı karara bağlayan mahkeme hem şirketin hem de hâkim ortak Lipman'ın söz konusu taşınmazı devretmelerini emreden bir karar vermiştir. Kararın gerekçesinde şirketle ilgili olarak kullanılan ifadeler ilgi çekicidir. Burada şirket davalının bir yarattığı (*creature*), bir aracı (*device*) ve taklidi (*sham*) olarak nitelendirilmiş, davalı adaletin gözünden kaçmak için şirketi bir maske gibi yüzüne tutmak ve ardına gizlenmekle itham edilmiştir. Bkz. *Jones v. Lipman*[1962]1 WLR 832. *Prest v. Petrodel* davasında her iki kararı da inceleyen Lord Sumption esasında burada bir hata yapıldığını; bir kaçınma değil gizlenme halinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Burada şirketin tüzel kişiliği görmezlikten gelinmemekte bilakis ortakla birlikte şirket de mahkeme kararının muhatabı olarak bazı yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü tutulmaktadır.

²⁵⁶ Benzer bir düzenleme 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 151 (5) maddesinde de bulunmaktadır. Bu maddeye göre sermaye şirketlerinde oy hakkına sahip ortakların yüzde doksanı birleşmeye karşı çıkan azınlığın hisselerine karşılık bir ayrılma akçesi ödeyerek onları birleşme dışında bırakabilirler.

²⁵⁷ **Dignam/Lowry**, s. 35.

ele alınabilecek önemli kararlardan birisi 2009 tarihli *Ben Hashem v Al Shayif* kararıdır²⁵⁸. Bu karar perdenin kaldırılmasında dikkate alınacak hususları altı maddede özetlemiştir²⁵⁹. Buna göre;

1. Şirketin hâkimiyet altında olması başlı başına perdeyi kaldırma için yeterli değildir;
2. Benzer şekilde haksız bir sonucun varlığı da başlı başına perdenin kaldırılması için yeterli değildir;
3. Bir usulsüzlüğün (*impropriety*) varlığı şarttır;
4. Bununla birlikte herhangi bir usulsüzlük yeterli değildir. Şirketin özellikle bir sorumluluğu gizlemek veya ondan kaçınmak için araç olarak kullanılmış olması gerekmektedir;
5. Bahsi geçen usulsüzlüğün şirketi kontrol eden ortaklar tarafından gerçekleştirilmiş olması aranmaktadır. Tüm bunların bir sonucu olarak şirkete hâkim olan ortakların şirketi bir paravan olarak kullanıp kullanmadıkları araştırılacaktır;
6. Son olarak paravan olarak kullanılan bu şirketin bu amaçla vücuda getirilmiş olması şart değildir. Mevcut bir şirket de usulsüz amaçlar için istismar edilebilir. Önemli olan usulsüzlüğe konu işlemle ilgili olarak şirketin aldatıcı kullanıma alet edilmiş olmasıdır. Bu amaçla yeni bir şirket kurulabileceği gibi hazırda bulunan bir şirket de kullanılabilir.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanan İstinaf Mahkemesinin 2012 tarihli *VTB Capital plc v Nutritek International Corp.* kararında da herhangi bir kötüye kullanımın (*wrongdoing*) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme kusurla ilgili olarak açıkça genel bir kusurluluk halinin yeterli olmadığını, özel olarak şirket tüzel kişiliğinin hileli veya kötü niyetli bir şekilde gerçek olguların üzerini örtmek için

²⁵⁸ *Ben Hashem v Al Shayif* [2009] 1 FLR 115. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/2380.html> (Erişim tarihi: 19.02.2023).

²⁵⁹ *Ben Hashem v Al Shayif* paragraf 159 – 164.

kötüye kullanımının gerekli olduğunu vurgulamıştır²⁶⁰. Mahkeme *Prest v Petrodel* kararında kusurluluğa ilişkin tespitlerini daha da netleştirmiştir. Bu kararda mahkeme açıkça kast seviyesinde bir kusurluluğun varlığını gerekli görmüştür²⁶¹.

“... Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması İngiliz hukuku için sınırlı bir uygulamaya sahiptir. Bu prensip bir şahsın hukuki bir borç veya sorumluluk altında olması veya bir hukuki tehdit ile karşı karşıya olması durumlarında bunlardan kaçınma yahut bunların icrasını zorlaştırma kastıyla kontrolü altındaki bir şirketi araya sokması halinde uygulanabilir... Böyle bir durumda mahkeme sadece ve sadece şirketi veya onun hâkim ortağını ayrı tüzel kişilik sebebiyle elde ettikleri avantajdan mahrum etmek amacıyla tüzel kişilik perdesini kaldırabilir. Doğru olarak bu prensibin sınırlı olduğu ifade edilmiştir; çünkü bu kıstasların gerçekleştiği hemen hemen tüm olaylarda olgular göstermektedir ki şirketle onu kontrol eden ortak arasında tüzel kişilik perdesini kaldırmayı gereksiz kılacak bir hukuki ilişki zaten bulunmaktadır... Dolayısıyla eğer tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek yoksa bunu yapmak da doğru değildir, çünkü bu durumda bu uygulamayı haklı kılan bir kamu yararı gerekliliği de olmayacaktır.”

Tüm bu tespitler ışığında yüksek mahkeme gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinin sadece kaçınma (*evasion*) hali için söz konusu olduğunu belirterek gizleme (*concealment*) halinin bu kapsamda olmadığını ifade etmiştir. Zira bu hallerde araya sokulan kişinin gerçek veya tüzel kişi olması bir fark yaratmamaktadır. Sadece bir sorumluluktan kaçınmak amacıyla şirketin kötüye kullanımı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması haklı görülebilecektir²⁶².

1.3.4.2.3. Değerlendirme

Anglo – Amerikan hukuk sisteminin (*Common Law*) önemli temsilcilerinden biri olmasına rağmen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi İngiltere’de ABD’deki kadar kabul ve uygulama yeri bulmamıştır. İstisnai olarak uygulandığı hallerde de olabildiğince dar kapsamlı tutulmuştur. Bu yaklaşımın altında yatan sebep sınırlı sorumluluk ilkesinin etkinliğini ortadan kaldırma korkusu olabilir²⁶³. Öyle ki *VTB Capital plc v Nutritek* kararında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi böyle bir teorinin uygulama yeri olmadığını belirterek külliyen

²⁶⁰ *VTB Capital plc v Nutritek International Corp.* [2012] EWCA Civ 808 “tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için sadece şirketin birtakım usulsüzlüklere konu edildiğini göstermek yeterli değildir. Mesela hileli işlemlerde bulunduğu iddiası böyledir. Böyle bir durumda elbette ki şirketin paravan olarak kullanıldığı açıktır. Ancak dikkate alınacak usulsüzlüğün şirketin gerçek olguları gizlemek amacıyla hileli veya kötüniyetli kullanımını içeren bağımsız nitelikte bir usulsüzlük olması şarttır.”

²⁶¹ *Prest v Petrodel*, para. 35. Bu bağlamda dava konusu olayda davalı eşin mallarını hâkim ortağı olarak bulunduğu şirketler üzerinde tutmasının, şirket malvarlığını kendi malvarlığı gibi kullanmasının bir yere kadar usulsüz olduğunu kabul etmiş; ancak bunu yaparken davacı eşine olan bir borcunu gizlemek veya bundan kaçınmak gibi bir eyleminin olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak bu gerekçelerle tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi talebi reddedilmiş ancak davacının tazminata ve nafakaya ilişkin talepleri özel bir kanun hükmüne dayanılarak kabul edilmiştir.

²⁶² *Prest v. Petrodel*, para: 33 – 35;

²⁶³ **Hannigan**, s. 46.

reddetmiştir²⁶⁴. Bu karardan bir yıl sonra hükme bağlanan *Prest v. Petrodel* kararında ise aynı mahkeme bu defa teorisinin uygulanabilir olduğunu ifade etmiş ancak kapsamını daha önceki yıllarda benimsenen yaklaşıma göre oldukça daraltmıştır. Bu kararda gizleme (*concealment*) amacıyla şirketin kullanılmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açmayacağı ifade edilmiştir. Perdenin kaldırılması sadece şirketin sorumluluktan kaçınmak (*evasion*) için bir gizleme aracı paravan olarak kullanılması haliyle sınırlı tutulmuştur²⁶⁵.

İngiliz hukukuna göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve ortakların şirket tarafından üstlenilen yükümlülüklerden sorumlu tutulması için şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasından kaynaklanan haksız sonuçların varlığı yeterli değildir. Ortakların kusurluluğu da aranmaktadır. Özel olarak ortakların sorumluluktan kurtulmak amacıyla şirketi bir gizleme aracı olarak kötüye kullanmış olmaları şarttır. Belirtmek gerekir ki burada aranan kusurun derecesi kast seviyesindedir. Yani ortakların sorumluluktan kaçınmak kastıyla şirket yapısını bir araç olarak kötüye kullandıkları açıkça ortaya konulmuş olmalıdır. Ayrıca bu teoriye diğer yollardan sonuç alınamaması halinde müracaat edilmelidir. Bu anlamda sınırlı bir uygulanma alanı bulunmaktadır²⁶⁶. *Prest v Petrodel* kararında da teyit edilen bu yaklaşıma göre sadece kişilerin birtakım edimlerinden kaçınmak veya bunları gizlemek için şirketleri bir perde olarak kullandıkları haller teorisinin uygulama kapsamına girebilir. Geldiğimiz aşamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin İngiliz hukukunda bir geleceğinin olup olmadığı dahi tartışılır bir durumdadır²⁶⁷.

1.3.4.3. Alman Hukuku

İlk olarak Anglo - Amerikan hukuk düzenlerinde ortaya çıkan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kıta Avrupası ülkelerinde de yankı uyandırmıştır. Özellikle 1920’li yıllardan itibaren Alman hukukçuların bu teoriyle ilgili çalışmalar yaptıkları ve mahkemelerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran kararlar verdikleri görülmektedir. Bu teoriyle ilgili

²⁶⁴ Kinsky, s. 1.

²⁶⁵ King Fung Tsang & Katie Ng., 'Direct Liability and Veil-Piercing: When One Door Closes, Another Opens' *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 27, Issue 1, Article 3, 2022, pp. 103 – 143.

²⁶⁶ *Ben Hashem v Al Shayif* [2009] 1 FLR 115; *Prest v Petrodel*, para. 35.

²⁶⁷ *Mayson /French /Ryan*, s. 133. *Prest v Petrodel* kararında Lord Sunborn o zamana kadar ileri sürülmüş teorileri ve verilmiş mahkeme kararlarını dikkate alarak şu tespitlerde bulunmuştur: "...bahsi geçen davalar ve makaleler bana göre şu hususları göstermektedir: (i) bu hukuk sisteminde (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması) doktrininin uygun ve başarılı bir şekilde ileri sürüldüğü bir örnek yoktur (ii) doktrinin varlığına ihtiyaç olup olmadığı hususunda şüpheler vardır (iii) bu doktrinle ilgili olarak tutarlı bir yaklaşım, uygulanabilir ilkeler veya tanımlanmış sınırların tespiti imkânsızdır. Bkz. *Prest v Petrodel* para. 62. Bu tespitler ışığında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrininin varlığına ihtiyaç olduğunu belirtmekle birlikte kapsamını oldukça daraltmıştır.

Alman hukukçular arasındaki tartışmaların özellikle ikinci dünya savaşından sonra hız kazandığı görülmektedir²⁶⁸. Bu bölümde de tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak doktrinde ortaya atılan görüşler kısaca tanıtılacaktır. Şirketler topluluğuyla ilgili olarak Alman doktrin ve mahkemelerinin görüşlerini içeren detaylı açıklama tezin son bölümünde yapılacaktır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak Alman hukukçular tarafından geliştirilen teoriler iki farklı yaklaşımı ifade etmek üzere kötüye kullanma teorisi (*mißbrauchslehre*) ve normların amaçları teorisi (*die Lehre vom Durchgriff als Normanwendung, Normzwecklehre*) adı altında genel olarak incelenebilir. Birinci yaklaşım perdenin kaldırılmasını bir hukuki müessese olarak ele almakta ve sorunu tüzel kişilik kavramı dâhilinde çözüme kavuşturmaya odaklanmaktadır. Diğer yaklaşım ise soruna daha çok bir normun yorumu ve onun gerçek amacının ortaya konulması çerçevesinde ele almaktadır²⁶⁹.

1.3.4.3.1. Kötüye Kullanma Teorisi

Adından da anlaşılacağı üzere bu teori temel olarak şirketin hukuk düzenince tanınan meşru amaçlar dışında kötüye kullanılması halinde ayrılık ilkesinin göz ardı edilebileceğini iddia etmektedir. Buna göre şirketin ortaklardan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu iddia etmek dürüstlük ve güven kurallarına aykırılık oluşturuyorsa bu iddia dikkate alınmamalıdır²⁷⁰.

Bu teori temelinde ortaya atılan görüşler arasında ihtilafa sebep olan en önemli husus doğruluk ve güven kurallarına aykırılık teşkil eden davranışla ilgili kusurun derecesidir. Buna göre teori sübjektif kötüye kullanma teorisi ve objektif kötüye kullanma teorisi başlıkları altında bir ayrıma giderek incelenmektedir.

1.3.4.3.1.1. Sübjektif Kötüye Kullanma Teorisi

Kronolojik olarak bakıldığında ortaya atılan ilk teori olduğu belirtilebilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesini Almanya’da ilk olarak sistemli bir şekilde inceleyen *Rolf Serick* 1955 yılında yazdığı profesörlük tezinde bu teorinin temellerini ortaya koymuştur²⁷¹. Yazar çalışmasında sistemli bir teori ortaya koyarak, perdenin kaldırılmasını önceden

²⁶⁸ Kervankıran, s. 459.

²⁶⁹ Yanlı, s. 47.

²⁷⁰ Yanlı, s. 48.

²⁷¹ Yanlı, s. 49.

öngörülebilir kurallara bağlamaya çalışmıştır. Ona göre sadece dürüstlük kuralının ihlali perdenin kaldırılması sonucunu doğurmamalıdır²⁷².

Bu anlamda hukuk düzeni tarafından meşru amaçlar için öngörülmüş şirket yapısının öngörülüş amacına aykırı kullanıldığını gösteren objektif şartların varlığı yeterli değildir. Yazar bunun da ötesinde özel olarak kötüye kullanma kastının varlığını ifade eden sübjektif unsurun da gerekli olduğunu belirtmektedir²⁷³. Bu bağlamda özellikle tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı üç halde; yani, kanunun dolanılması, sözleşmeye aykırılık ve haksız bir şekilde üçüncü kişilerin zarara uğratılması hallerinde ortaklığın kötüye kullanıldığı sonucu çıkarılabilir²⁷⁴. Ancak *Serick*'e göre hukuk düzeninin tüzel kişiliği öngörme amacından sapan bu gibi gayri meşru kullanım hallerinin tespiti tüzel kişiliği göz ardı etmek için yeterli değildir²⁷⁵. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için sübjektif olarak ortağın kötüye kullanma niyetiyle hareket ettiğinin de tespit edilmiş olması gerekmektedir²⁷⁶.

Bu şekilde sübjektif unsurun aranması tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanma kapsamını oldukça daraltmaktadır²⁷⁷. *Serick* tüzel kişiliğin anlamsızlaştırılmaması için bunun gerekli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre aslolan ayrılık ilkesi muhafaza edilmeli ve perdenin kaldırılması oldukça katı kurallara tabi bir istisna olarak uygulanmalıdır. Böylelikle tüzel kişilik hukuku muhafaza edilebilecektir²⁷⁸.

Buna karşılık bu yaklaşım özellikle teorisinin uygulanma alanını gereğinden fazla daraltacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Esasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisna olarak uygulanmasında herkes mutabıktır. Ancak bilerek ve isteyerek, yani kastla tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasını aramak bu teorisinin uygulanmasını oldukça zorlaştıracaktır zira kişilerin şahsi niyetlerini ve kötüye kullanma kastlarını ispat etme güçlüğü ortadadır. Bununla birlikte kast olmaksızın gerçekleştirilen aykırılıklara da hukuk düzeni sessiz kalmamalıdır²⁷⁹.

²⁷² Yanlı, s. 50.

²⁷³ Streiber, Florian, *Gläubigerschutz bei Auslandsgesellschaften- Eine Untersuchung zur Reichweite des Gesellschaftsstatutsunter Geltung der Gründungstheorie*, Hamburg, 2008, s. 111; Yanlı, s. 52.

²⁷⁴ Kervankıran, s. 462.

²⁷⁵ Yılmaz, s. 242.

²⁷⁶ Kervankıran, s. 462; Yanlı, s. 52. Bu anlamda bir önceki bölümde İngiliz Hukukuyla ilgili bahiste örnek gösterilen *Gilford Motor* veya *Jones & Lipman* davaları hatırlatılabilir. Benzer şekilde bir kişi rekabet etmeme yükümlüğünden kaçınmak için veya satıma konu bir taşınmazı devretmemek için yapmış olduğu sözleşmenin ilgili hükmünü dolanma amacıyla bir şirketi perdeleme aracı olarak kullanabilir.

²⁷⁷ Kaşak, Fahri Erdem, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, ss. 1242-1263, s. 1255; Ulusoy, s. 368.

²⁷⁸ Yanlı, s. 54.

²⁷⁹ Özellikle *Kleinertz*, *Rinck* ve *Kuhn* ile bu yaklaşımı eleştiren diğer yazarlar ve görüşleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Yanlı, s. 54-56, 57.

1.3.4.3.1.2. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi

Subjektif kötüye kullanma teorisine yöneltilen eleştiriler onun karşısı bir teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu teori objektif kötüye kullanma teorisi olarak adlandırılmaktadır. İki teorisinin birbirinden ayrıldığı en önemli nokta kusurluluğa ilişkindir. Subjektif kötüye kullanma teorisi kasta varacak kadar katı bir yaklaşımı benimsemiştir. Buna karşılık objektif kötüye kullanma teorisi kast olmaksızın gerçekleştirilen kötüye kullanma hallerinde de bunu haklı çıkaran objektif unsurların varlığı şartıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğini savunmaktadır²⁸⁰. Bu yaklaşıma göre kişilerin niyetinden ve davranışlarındaki şahsi kusurluluklarından bağımsız olarak kötüye kullanmanın dürüstlük kuralına veya ahlaka aykırılık gibi objektif unsurlarla çatışması perdenin kaldırılması için yeterli olabilir.

Bu teori de sübjektif kötüye kullanma teorisini destekleyen yazarlar tarafından perdenin kaldırılmasını kolaylaştırdığı noktasında eleştirilmektedir. Tüzel kişiliğin ve ayrılık ilkesinin rahatlıkla göz ardı edilmesi kanunla öngörülen sistemin anlamsızlaştırılması sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında objektif kötüye kullanma kistası kabul edilecek olursa hangi durumlarda bahsi geçen objektif şartların gerçekleştiği hangi durumlarda ise gerçekleşmediğinin önceden tayini imkânsız hale gelecektir. Olay bazında inceleme yapılacak kimi durumlarda perde kaldırılacak kimi durumlardaysa kaldırılmayacaktır. Bu sebeple hukuki istikrar ve güvenliğin yara alması söz konusu olabilecektir²⁸¹.

1.3.4.3.2. Normların Amaçları Teorisi

Müller – Freinfels'in *Serick* tarafından ortaya atılan teoriye karşı geliştirdiği bir teoridir²⁸². Bu teorisinin dayandığı temel yaklaşım, bir normun öngörölüş amacıyla uygun olmayan sonuçlara yol açacak uygulamalardan kaçınılması şeklinde özetlenebilir. Bu yaklaşıma göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi de esasında şirketin ayrı bir kişiliği olduğunu vazedenden bir hükmün uygulanılmasından kaçınılıp kaçınılmayacağına karar verilmesinden ibarettir²⁸³.

²⁸⁰ **Yanlı**, s. 57. Ayrıca *Ulusoy* objektif kötüye kullanma teorisinin geliştirilmesinden sonra kötüye kullanma teorisini objektifleştirme amacıyla kurumsal perdeyi aralama öğretisinin geliştirildiğine dikkat çekmektedir. Bkz. **Ulusoy**, s. 368. **Tekinalp / Tekinalp** ise perdeyi kaldırma teorisine daha geniş bir uygulama alanı tanıyan objektif görüşün kurumsal perdeyi kaldırma öğretisi olarak adlandırıldığını belirtmektedir. Bkz. **Tekinalp / Tekinalp**, s. 393.

²⁸¹ Eleştiren yazarlar ve görüşleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Yanlı**, s. 58.

²⁸² Müller-Freienfels, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 156. Bd., H. 6 (1958), pp. 522-543.

²⁸³ **Ulusoy**, s. 369.

Bu yaklaşıma göre her tüzel kişiliğin kendine özgü koşulları bulunmaktadır. Dolayısıyla *Serick*'in öngördüğü gibi bütün ortaklıklar için geçerli genel bir çözüm bulmak mümkün değildir. Her olayda uygulanabilecek bir normun anlam ve amacı tespit edilmeli ve bu bağlamda tüzel kişilikten kaynaklanan soruna bir çözüm bulmaya çalışılmalıdır²⁸⁴. Dolayısıyla perdenin kaldırılması tüzel kişilerle ilgili bir soruna genel geçer bir çözüm bulmaktan ziyade bir normun amacına uygun uygulanmasıyla ilgili bir meseledir²⁸⁵.

Bu bağlamda hâkim her olayı kendi koşulları altında değerlendirmeli ve tüzel kişiliğe ilişkin normların öngörülüş amacına aykırı olarak kullanılıp kullanılmadığını araştırmalıdır. Bunun sonucunda eğer normun amacına aykırı bir kullanım olduğu kanaati oluşmaktaysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulamalıdır. Bunun için ayrıca özel bir kast aramaya gerek yoktur²⁸⁶. Tüzel kişiliğin üyelerinden ayrı bir kişiliğe sahip olduğunu düzenleme altına alan bir hükme – yani ayrılık ilkesine – dayanmanın hukuk düzenine aykırı düştüğü her halde üyelerin kastına veya kanuna karşı hile amaçlı kötüye kullanımları olup olmadığına bakılmaksızın perde kaldırılmalıdır²⁸⁷.

Dolayısıyla *Müller – Freinfels*'e göre perdenin kaldırılması meselesi esasında tüzel kişilik müessesesinden ziyade genel olarak normların yorumlanması ve amaca uygun bir şekilde tatbikiyle alakalı bir konudur. Esasında tüzel kişiyle ilgili bir normun öngörülüş amacını gerçekleştirilmesi için ortakları da kapsamı icap ediyorsa perdenin kaldırılması ve dolayısıyla ortaklara da sorumluluk atfedilmesi söz konusu olabilir²⁸⁸. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumlu olabilecekleri haller için genel, soyut kurallar belirlemek mümkün değildir. Her bir olayda sorumluluğu mümkün kılan bir normun somut amacı tespit edilerek şirket borçlarından dolayı ortağın şahsi sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği araştırılmalıdır²⁸⁹. Sonuç itibariyle tüzel kişiliğin üyelerinin kastlarına veya kullanım amaçlarına bir önem atfetmemesi sebebiyle normların amaçları teorisi objektif kötüye kullanma teorisine büyük oranda benzemektedir²⁹⁰.

²⁸⁴ Yanlı, s. 59, 60.

²⁸⁵ Ulusoy, s. 369.

²⁸⁶ Yılmaz, s. 244.

²⁸⁷ Tekinalp / Tekinalp, s. 392.

²⁸⁸ Kervankıran, s. 463.

²⁸⁹ Thummel, s. 283. Bu teori Alman bilim insanları tarafından yazılan İngilizce makalelerde "differentiating theory" olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Thummel sh. 283.

²⁹⁰ Tekinalp / Tekinalp, s. 393.

1.3.4.3.3. Değerlendirme

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda Alman hukukçular tarafından geliştirilen teoriler de Amerikan ve İngiliz hukukundaki tartışmalara benzer kaygıları yansıtmaktadır. Her şeyden önce asıl kural ayrılık ilkesi ve sınırlı sorumluluk kuralı gereğince şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı sorumlu olmayacakları esastır. Bu kuralın aykırı sonuçlar verdiği durumlarla ilgili olarak nasıl bir çözüm getirileceği konusunda normların amaçları teorisi çözümü mevcut normları amaca uygun yorumlayarak bulmaya çalışmaktadır. Kötüye kullanma teorisinde daha önce incelediğimiz teorilere benzer bir yöntem izlenmektedir. Tüzel kişiliğin öngörülüş amacına aykırı amaçlar için kullanılıp kullanılmadığı hususu perdenin kaldırılması açısından önem arz etmektedir. Teori kötüye kullanmanın tespitinde esas alınacak unsurlar noktasında görüş ayrılıklarını barındırmaktadır. Subjektif teoriyi savunanlar, esas alınacak unsurların subjektif unsurlar olduğunu belirterek ortakların şahsi niyetlerinin ve şirket yapısını kötüye kullanma kastlarının araştırılması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. İspat kuralları da düşünüldüğünde teorinin uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirecek bu anlayışa karşı çıkan objektif teori taraftarları esas alınacak unsurların dürüstlük kuralına aykırılık gibi objektif unsurlar olması gerektiğini savunmaktadır²⁹¹.

Alman hukukçuların yüksek ilgisine rağmen Alman mahkemelerinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesine daha bir ihtiyatla yaklaştıkları ifade edilebilir. Şirket borçlarından dolayı ortakların sorumlu olacağına hükmederken mahkemeler mümkün mertebe başka hukuki sebeplere dayanarak sorumluluğun izafesi yoluna gitmeye çalışmaktadır²⁹². Bahsi geçen teoriler arasında Alman mahkemelerinin belirli bir tercihte bulunduklarını ifade etmek mümkün değildir. Konuyu somut olayın özelliklerine göre ele alan Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) farklı zamanlarda verdiği kararlarda bu teorilerin tamamını uygulamıştır²⁹³.

1.3.4.4. Karşılaştırmalı Hukuk Verilerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Tüzel kişilik ve daha özelde şirket, gelişen ve daha da çeşitlenen ekonomik faaliyetlerin kolay yürütülebilmesi ihtiyacından doğan hukuki icatlardır. Bu sebeple bunların tıpkı insanlar gibi bir hukuk süjesi olduklarını kabul etmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu bağlamda

²⁹¹ Bahsi geçen teorilerin Türk doktrininde de yansımaları olmuştur. Türk hukukçular daha çok subjektif kötüye kullanma teorisini desteklemektedirler. Detaylı bilgi için bkz. **Yanlı**, s. 70 Vd.

²⁹² **Kervankıran**, s. 461.

²⁹³ **Thummel**, s. 284.

tüzel kişiliği açıklayan teorilerden faraziye teorisi daha mantıkidir²⁹⁴. Şirketi *Müller-Ferienfels*'in de dikkat çektiği gibi insanla bir tutarak birebir aynı şekilde hak süjesi olarak kabul etmek bu suni yapının sebep olduğu sorunları ortadan kaldırmayı güçleştirmektedir²⁹⁵. Dolayısıyla *Mayson* ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyatla yaklaşan diğer yazarların kabul ettiği yaklaşım, yani şirketi insanla eş tutan bakış açısı gerçekçi değildir²⁹⁶. Kaldı ki birtakım istisnai durumlarda insanların dahi fiil ehliyetleri sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda şirket birtakım meşru amaçların daha kolay yerine getirilmesi için hukuk yapıcılar tarafından öngörölmüş bir imkân veya araçtır. Bunu kabul ettikten sonra sonraki aşamaya geçmek daha kolay olacaktır. Eğer bu imkân kötü niyetli kişilerce, öngörölüş amacına aykırı kullanılıyorsa hukuk bu yapının istismarına izin vermemelidir. Ancak bu her türlü istismarda tüzel kişiliğin kolaylıkla bir kenara atılması anlamına da gelmemelidir. Dolayısıyla belirli kıstaslar ve şartlar dâhilinde bu yola başvurulabilir.

Şu ana kadar incelediğimiz hukuk sistemlerinde geliştirilmiş yaklaşımları dikkate alarak birtakım tespitlerde bulunmak mümkündür. İlk olarak tüzel kişiliğin - ve buna bağlı olarak ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin - kural olduğu, ancak bunların istisnai durumlarda göz ardı edilebileceği; böyle bir ihtiyaç hâsıl olduğunda öncelikli olarak diğer hukuki yollara müracaat edilmesi gerekliliği hususunda bir görüş birliği vardır²⁹⁷. Diğer taraftan yukarıda da işaret ettiğimiz gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gündeme getiren temel sebep, ayrılık ilkesinin her hâlükârda sıkı sıkıya uygulanmasının adaletsiz sonuçlara yol açacak olmasıdır. Ancak sadece bir haksızlığın meydana geliyor olması da perdenin kaldırılması için yeterli görülmemektedir. Ayrıca kınanabilir bir davranışın varlığına ihtiyaç olduğu noktasında da mutabakat vardır. Yani haksız sonuçlara şirketin kötüye kullanılmış olması yol açmalıdır.

²⁹⁴ Bu yaklaşımı yansıtmaları açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak *Mayson, French&Ryan*'da ki şu ifadeleri aktarmak faydalı olacaktır: “*Şirketler, tıpkı bireyler gibi hukuk açısından bir şahsiyete sahiptir. Şirket ve ortaklarının ayrı kişiler olduğunu ifade etmek aynı sen ve benim ayrı kişiler olduğumuzu ifade etmemiz gibidir. Ne zaman ki mahkemeye başvurarak bir şirketin kişiliğinin göz ardı edilmesi talep edilirse sorulması gereken soru şudur: eğer şirket bir insan olsaydı karar yine aynı olur muydu? Eğer cevap evetse şirket bir şahıs gibi değerlendirilmektedir ve şirketler hukukunun hiçbir ilkesi göz ardı edilmemiştir. Eğer cevap hayır olursa, şirkete öyle veya böyle diğer kişilerden farklı bir muamele yapılmaktadır.*” Bkz. **French/Mayson/Ryan**, s. 128. Yazar görüşünü aktarırken Lord Neuberger'in 2013 tarihli *VTB Capital plc v Nutritek International Corporation* kararındaki benzer yaklaşımına atıfta bulunmaktadır.

²⁹⁵ **Müller-Ferienfels**, s. 542.

²⁹⁶ *Mayson* bu yaklaşımı ifade ederken gerçek kişilik ile tüzel kişilik arasında hiçbir ayrım gözetilemeyeceğini; nasıl ki insanların gerçek kişilikleri yok sayılmazsa şirketlerin tüzel kişiliklerinin de göz ardı edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Dn. 294.

²⁹⁷ Buna karşılık *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime* [1991] 4 All ER 769, [1991] 1 WLR 917 kararında İngiliz Yüksek Mahkemesi öncelikli olarak diğer yollara başvurulmasına gerek olmadığına, davacının doğrudan hakkaniyet gereği tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep edebileceğine hükmetmiştir.

Bu noktada ortakların kusurluluklarıyla ilgili görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Özellikle ABD mahkemeleri ve doktrininde gördüğümüz üzere şirketin kanun koyucu tarafından öngörülüş amacına aykırı bir cihetle kullanılmasını bu kapsamda yeterli gören görüşler bulunmaktadır. Buna karşılık kusura ilişkin yelpazenin bu kadar geniş tutulmasının, perdenin kaldırılmasını kolaylaştıracağı ve tüzel kişilik müessesesini anlamsız kılacağını belirten ve bu sebeple bu yaklaşıma karşı çıkan görüşler de vardır. Bunlara göre ortakların şahsi niyetleri önemlidir. Dolayısıyla tüzel kişiliğin üçüncü kişileri aldatma kastıyla bir perde gibi kullanılıp kullanılmadığı araştırılmalıdır. Özellikle İngiliz mahkemelerince verilen son kararlar ve Alman hukukunda tartışılan subjektif kötüye kullanma teorisi bu yaklaşıma örnek gösterilebilir.

Bu iki yaklaşım arasında ihtiyatlı olmak kaydıyla ağırlık birincisine verilmelidir. Her olayın kendi özelliklerine göre hâkim, ayrılık ilkesinden bahisle davanın esasına karar verirse bunun hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurup doğurmayacağını muhasebesini yapmalıdır. Bu noktada ortaklarla şirket arasındaki münasebet geniş bir perspektifle ele alınmalıdır. Daha somut ifade etmek gerekirse ortakların ayırım ilkesine ve şirketin bağımsız kişiliğine ne kadar saygı gösterdikleri hususu somut olaydan bağımsız bir şekilde öncelikli olarak araştırılmalıdır. Zira şirketle münasebetlerinde kanunun öngördüğü bu ilkeye saygı göstermeyen kişilerin iş sorumluluktan kaçmaya geldiğinde bunu ileri sürmeleri iyiniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla ortakların davaya konu somut aykırılığı mutlaka üçüncü şahısları aldatma kastıyla gerçekleştirmiş olmaları bir şart olarak aranmamalıdır. Aksi takdirde tüzel kişilik sorumluluklardan kaçınmak için kolaylıkla bir perde hatta bir koruma zırhı gibi kullanılabilir.

Mesela boşanma davalarında sıklıkla yaşanan mal paylaşımı veya nafaka gibi ihtilaflardan hareketle konuyu daha da somutlaştırabiliriz. Mesela bir kişi ticari faaliyetlerini kurmuş olduğu sermaye şirketleri vasıtasıyla yürütüyor ve esasında şahsen kullandığı mallarını da şirket malvarlığı üzerinde tutuyor olsun. Yani aile evi de dâhil taşınmazları, şahsi kullanımında bulunan araçları ve sair kişisel eşyaları bu şirketlerin malvarlığı içerisinde tutuluyor olabilir. Bu şekilde malların şirketlere tahsisi önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bir süre sonra bu kişiye karşı eşinin boşanma davası açtığını farz edecek olursak davalının mal paylaşımına ve nafakaya esas malvarlığı nasıl tespit edilecektir?

Eğer ayrılık ilkesine sıkı sıkıya uyacak olursak şirket malvarlığı içerisinde görülen herhangi bir malvarlığı değeri bu hesaplamada dikkate alınmayacaktır. Bunun hakkaniyete aykırı bir sonuç olduğu ortadadır. Bu sebeple bu kurala bir istisna getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu aşamadan sonra cevap aranması gereken soru davalının bu şekilde mallarını

kontrolü altındaki şirketler üzerinde tutuyor olmasının kınanabilir olup olmadığıdır. Sadece davalının niyet ve sübjektif yaklaşımı dikkate alınmalıdır dersek davalının mallarını eşinden mal kaçırma kastıyla şirketler üzerine geçirip geçirmediği araştırılacaktır. Bu bağlamda boşanma davasının temelini oluşturan meseleyle birlikte konu değerlendirilecek ve davalının bir boşanma davasıyla karşılaşacağını öngörerek bu yola gittiğini davacının ispat etmesi gerekecektir. Bunu başarmak haddizatında davacı açısından oldukça zordur. Mesela dava şiddetli geçimsizlik sebebiyle açılmışsa eşler arasındaki geçimsizliğin ne zaman ortaya çıktığı, ne zaman bunun boşanmayla sonuçlanmasının muhtemel hale geldiği ve bu tarih itibarıyla bunu öngören davalının mallarını şirketler üzerine aktarıp aktarmadığı gibi meseleler tespit edilmeye çalışılacak ve kuvvetle muhtemel davalının mal kaçırma kastı ispat edilemeyecektir. Bu durumda şirketlerin bir perde gibi kullanılmasına hukuk düzeni sessiz kalmış olacaktır.

Buna karşılık, aldatma kastı dışındaki haller için de ortakların eylemlerine kusur izafe edilebileceği kabul edilirse sonuç daha farklı olabilir. Örneğimize dönecek olursak şirketin faaliyetlerine, ekonomik büyüklüğüne uygun olmayan malvarlığı değerlerinin esasında davalı şahsın malvarlığına ait olduğu yönünde bir karine kabul edilebilir. Buna göre, mesela eşlerin birlikte oturdukları aile evinin ne sebeple şirket üzerine tescilli olduğunu davalının açıklaması istenebilir. Bu suretle esasında davalının şahsına ait olmakla birlikte şirket üzerinde bulunan mallar tespit edilebilir. Bu noktada öncelikle elde bulunan hukuki imkânlar tüketilmelidir. Mesela muvazaa hükümleri uygulanabiliyorsa bundan faydalanılmalıdır. Olayın hususiyetlerine göre bundan da bir sonuç alınamıyorsa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hakkaniyet gereği başvurulabilecek son çare olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre her ne kadar şeklen uygun görünse de ilgili şahsın kişisel mallarını şirket malvarlığı üzerinde tutması ekonomik ve ticari mülahazalarla açıklanamıyorsa, dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği kabul edilmelidir. Zira şirket formu kanun koyucu tarafından ticari ve ekonomik faaliyetlerin daha iyi yürütülmesi amacıyla kişilerin kullanımına sunulmuş bir imkân veya imtiyazdır. Bunun bir mal saklama aracı olarak kötüye kullanılmasına hukuk düzeni izin vermemelidir. Bu bağlamda ters yönden perdeyi kaldırmak suretiyle şirkete ait görünen kişisel mallar tespit edilmeli ve mal paylaşımı yahut nafakaya ilişkin taleplerde hesaba katılmalıdır.

Bu tespitler ışığında kısaca ortakların tüzel kişilik yapısını istismar ederek borç ve sorumluluklarından kurtulmalarını sağlaması ve bu suretle haksız sonuçlara sebebiyet vermesi halinde, haksızlığı ortadan kaldıracak ölçüde şirketle ortaklar arasındaki ayrımın göz ardı edilebileceği ifade edilebilir.

1.3.5. Türk Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Bu bölümde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin ülkemizdeki etkileri incelenecektir. Şirket formunun artık vazgeçilmez nitelikleri haline gelen sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkelerinin kötüye kullanılması durumunda hukuk düzeninin buna sessiz kalmaması gerektiği Türk doktrini ve yargı organlarınca da kabul görmüş bir yaklaşımdır. Anglo – Amerikan hukuk sistemlerinin 19. yüzyılın sonlarından itibaren tartışmaya başladığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, ülkemizde 20. yüzyılın son çeyreğinde sermaye piyasaları ve bankacılık sektörlerinde görülen yolsuzlukların ülke ekonomisine verdiği zararı kısmen de olsa giderebilmek için uygulamaya geçirilmiştir²⁹⁸. Bu yaklaşım özellikle 2001 yılı ekonomik krizi sonrasında başlayan süreçte kredi tahsilâtında zorlanan bankaların ve dolayısıyla onlara güvence sağlayan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun büyük zarar görmesi sebebiyle son 20 yılda daha da ilgiyle takip edilir hale gelmiştir²⁹⁹. İlk olarak bilim insanları tarafından ortaya atılan görüşler ve sonrasında Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenen uygulama hakkında bilgi verilecektir.

1.3.5.1.Mevzuat

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yukarıda da ifade edildiği üzere genel kural olan ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarına bir istisna olarak uygulamada geliştirilmiş bir teoridir. Bu teorisin kendisi esasında bahsi geçen kuralların kötüye kullanımını engelleyen bir araç olarak düşünülmüştür. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bir amaç değil hukuk düzeni tarafından sağlanan birtakım imkânların istismarını engelleyen bir araç olarak değerlendirilmelidir³⁰⁰. Bu anlamda istisnai nitelikteki böyle bir aracın – veya uygulamanın – genel bir mevzuat hükmüyle düzenleme altına alınması kabul gören bir yaklaşım değildir. Bunun yerine genel hükümler hukuki dayanak olarak kullanıma sokulmaktadır. Bu genel hükümler içerisinde en sık başvurulana TMK m. 2’de düzenlenen dürüst davranma ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır³⁰¹.

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk bahsinde de işaret edildiği üzere yargı organları tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumlu kılma talebini içeren davalarda birtakım testler uygulayarak şirketle perde gerisinde bulunan ortaklar arasındaki ayrımı ortadan

²⁹⁸ Çamoğlu, Perdenin Kaldırılması, s. 6.

²⁹⁹ Tosun, Zela Narçin, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 105, Mayıs 2015, ss. 89 – 103, s. 96.

³⁰⁰ Uyanık, Namık Kemal, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ*, Birinci Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2019, s. 83.

³⁰¹ Çamoğlu, Perdenin Kaldırılması, s. 15.

kaldırabilmektedir. Aynı durum Türk mahkemeleri için de geçerlidir. Aşağıda ele alacağımız Yargıtay kararlarında da görüleceği üzere mahkemelerimiz bu tip davalarda ekseriyetle hakkın kötüye kullanılması yasağını normatif temel olarak uygulamaya sokmaktadır. Bu bağlamda davacı alacaklının sorumluluk ithafına yönelik taleplerine karşı davalı şirket veya ortağının ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarını bir karşı savunma olarak ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir. Bu uygulamayla ilgili detaylı bilgi aşağıda ilgili yerlerde ayrıca verilecektir.

Genel hukuki çerçeve bu şekilde olmakla birlikte bazı özel kanunlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemeler de bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse 5411 sayılı Bankacılık Kanununda doğrudan ya da dolaylı olarak ayrılık ilkesine istisna sayılabilecek ve perdenin kaldırılması sonucunu doğurabilecek çok sayıda özel hüküm bulunmaktadır³⁰². Bu düzenlemeler içerisinde en dikkat çekici olanlar 5411 sy. Kanunun 108 ve 110. maddeleridir. Bu hükümlerle ortakların, banka yönetici ve denetçilerinin belirli şartlar altında şahsi sorumlulukları açıkça düzenleme altına alınmıştır³⁰³.

Diğer bir örnek 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun 35. maddesi olabilir. Bu kanun hükmünde tüzel kişilerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarının, kanuni temsilcilerin şahsi mal varlıklarından tahsil edileceği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Sermaye şirketleri açısından bakıldığında bu kuruluşların en ayırt edici özellikleri olan ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarına bu hükümle birlikte önemli bir istisna getirilmiştir. Bu tip özel hükümlere dayanılarak yapılan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yasal perdeyi kaldırma (*statutory veil piercing*) olarak

³⁰² 5411 sy Kanun m.3,7,10,16,18,19-20,43-54;65-72.vs maddeleri örnek gösterilebilir. Cengiz, Dilek, “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, sayı: 1, 2017, ss. 371 – 440, s. 395. Esasında bir anonim şirket olmakla birlikte bankaların ülke ekonomisinde işgal ettikleri yer, tasfiye durumunda ortaya çıkaracağı yıkıcı sonuçlar dikkate alınarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması mahkemelerin inisiyatifine bırakılmamıştır. Bu sebeple tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını yasal olarak temin eden özel hükümler vazedilmiştir. Bu hükümleri, önleyici nitelikte bankanın bir gizleme aracı olarak kullanılmasını engellemeye matuf düzenlemeler ve sorumlu kılmaya yönelik düzenlemeler olarak ikiye ayırmak mümkündür. 5411 sy Bankacılık Kanunundaki düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Cengiz**, s. 394 vd.

³⁰³ Detaylı bilgi için bkz. Özkurt, Ayşegül, **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, İstanbul, 2. Bası, Onikilevha Yayınları, 2018, sh. 137 vd.

adlandırılmaktadır³⁰⁴. Yasal perdeyi kaldırmada da sonuç olarak genel kurallar olan ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkeleri devre dışı bırakılmaktadır.

1.3.5.2. İçtihat

Tarihi süreç içerisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulamaya sokulması esasında yargı kararları yoluyla gerçekleşmiştir. Hâlihazırda da perdenin kaldırılması yargısal bir faaliyet olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yargısal perdeyi kaldırma (*judicial veil piercing*) olarak gösterilebilir. Burada yargı organları olay özelliklerine göre ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarının sağladığı imkânların istismar edilip edilmediğini değerlendirmektedir. Zira kanun koyucu perdenin kaldırılmasını genel bir kanun hükmüyle düzenlememiştir. Zaten perdenin kaldırılması ihtiyacını gerektiren bütün durumları öngörmek ve buna göre kapsayıcı bir düzenleme yapmak mümkün değildir. Bu sebeple tamamen uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar ve mahkemelerin yorum ve yaklaşımlarına göre şekillenen bir hukuki müesseseden söz edilebilir.

Bu teorinin Türkiye’de ilk olarak 2005 yılında İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından uygulandığı belirtilmektedir³⁰⁵. Karara konu olayda Egekim Ltd ve Egekim AŞ olmak üzere iki kardeş şirket bulunmaktadır. Bu şirketlerin ortakları aynı kişiler olmakla birlikte bu şirketler adına davacıyla temasa geçen şirket temsilcisi de aynı kişidir. Davacı davalı şirketlerle dört konteynır laktik yağ satımı konusunda anlaşma yaptıklarını, buna göre dört konteynır gönderdiğini ancak bir konteynır yağın bedelinin ödendiğini, davalıların bu işlemin gerçekleştirilmesinde birlikte hareket ettiklerini ve kardeş şirket olduklarını ileri sürmektedir. Davalılardan Egekim Gıda A.Ş. sadece 04.10.2000 tarihli fatura içeriği yağın davacıdan satın alındığını diğer davalıya gönderilen yağlar ile kendisinin bir ilgisi bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkeme davacı ile ilişkiye giren ve sipariş veren kişinin her iki şirketin ortak temsilcisi olduğu, her iki şirket ortaklarının aynı kişilerden oluştuğu yönündeki olgulara dayanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulması şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bu kararın Yargıtay 19. HD.’nin E. 2005/8774, K. 2006/5232 ve 12.5.2006 tarihli onama kararı sonucunda kesinleşmesiyle birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

³⁰⁴ Bazı yazarlar TTK hükümlerine göre şirketler topluluğunda topluluk hakimininin denkleştirmediği bağlı şirket kayıplarından kaynaklanan zararın tazminini sağlayan hükümler sayesinde bağlı şirket alacaklılarının da alacaklarını dolaylı olarak tahsil edebildiklerini, dolayısıyla bu hükümlerin de yasal olarak perdenin kaldırılmasına izin verdiklerini belirtmektedir. Bkz. **Uyanık**, s. 347. Bunun dışında perdenin kaldırılması bir sözleşme hükmüne dayandırılabilirse gönüllü perdeyi kaldırma (*voluntary veil piercing*) halinden bahsedilebilir.

³⁰⁵ **Tosun**, s. 100.

yaklaşımı sadece tartışılan bir teori olmaktan çıkmış ve uygulamanın bir parçası haline gelmiştir³⁰⁶.

Arada geçen zaman zarfında bu teorinin kullanımının yaygınlaştığı ve hukuk dünyamızda sonuca tesir eden önemli bir etki yarattığı görülebilmektedir³⁰⁷. Bu bağlamda konuyu tamamen vuzuha kavuşturan, öngörülebilir bir çerçeve sunan detaylı yargı kararlarının önemi ortadadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20 Eylül 2020 tarihli ve 2020/19-94 E., 2020/358 K. sayılı SC kararı bu kapsamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili ilkeleri ortaya koyan önemli bir emsal karar olarak gösterilebilir. Kararın gerekçesinde bu teorinin uygulanma şartlarıyla ilgili önemli tespitlere yer verilmiştir.

Bu önemli kararın gerekçesinde vurgulanan hususlar dikkate alındığında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili Yargıtay tarafından benimsenen ilkeler şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Ortaklar şirket tüzel kişiliğine saygı göstermelidir. Ayrılık ilkesi kâğıt üzerinde kalmamalı; özellikle mal ayrılığı olarak da ifade edilen kural gereği şirket mallarının ortakların mallarından ayrılığının sağlanması gereklidir³⁰⁸.
- 2) Bununla bağlantılı olarak ayrılık ilkesinin ardına saklanılarak borç ve sorumluluktan kaçınmak amacıyla şirketin araçsallaştırılmasına hukuk düzeni sessiz kalmaz³⁰⁹.
- 3) Şirketin araçsallaştırılmasının da ötesinde kötüniyetli amaçlar için kullanılması perdenin kaldırılması için aranması gereken şartlardan birisidir³¹⁰.

³⁰⁶ Seven, Vural / Göksoy, Can, "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 6, Yıl 2006, ss. 2455 – 2470.

³⁰⁷ Yargıtay15. HD. E. 2012/5311, K. 2013/1531 sayılı ve 6.3.2013 tarihli kararındaki şu ifadeler bu anlamda ilgi çekicidir: "Kural olarak tüzel kişiler kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız ayrı kişiler olup 'sınırlı sorumluluk' ilkesi çerçevesinde hukuki işlemlerde taraf olurlar. Bu ilke tüzel kişiliği oluşturan kişilere koruma sağlamaya yönelik ise de bu sayede kimi zaman sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde 'perdenin aralanması' teorisi geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir (Emsal Yargıtay 19.HD 7.6.2011 T 2010/11147 E 2011/7567K, 19 HD 12.5.2006 T. 2005/8774 E 2006/5232 K, 9 HD 27.6.2011 T. 2011/30349 E 2011/19150 K, 23.HD 19.6.2012 T.2012/3083 E 2012/4296 K.). Perdenin aralanması ile şirket kurucusu gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler (topluluğu) - bu kelime karar metninde bulunmamaktadır, anlam bütünlüğünün sağlanması amacıyla tarafımızca eklenmiştir - içerisinde yer alan kardeş şirketler arasında da sorumluluğun gerçekleştiğinin kabulü sağlanabilir."

³⁰⁸ Para. 19. "Tüzel kişiliğin bu malvarlığı, kendine özgü, bir amaç birliği içinde ve kendisini oluşturan kişilerin malvarlığından bağımsız bir malvarlığı olarak ortaya konulmalıdır."

³⁰⁹ Para. 20. "Tüzel kişi ile üyeleri arasındaki bu ayrılık ilkesinin mutlak olarak her durum ve koşulda uygulanması bazı haksız durumların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Öğreti ve uygulamada, özellikle borç ve sorumluluktan kurtulabilmek amacıyla tüzel kişiliğin bir araç olarak kullanıldığı hâllerde, tüzel kişi ve üyeleri arasındaki bu ayrılığın kaldırılarak üyelerin sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmektedir."

- 4) Şirketin araçsallaştırılması ve kötünietli amaçlar için kullanılması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince uygulanabilir. Dolayısıyla teorinin normatif temeli TMK'nın 2. maddesidir³¹¹.
- 5) Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi son çare olarak, başka yasal olanaklara müracaat imkânı kalmadığında uygulanabilecek bir istisnadır³¹².
- 6) Bu teorinin belirli genel geçer kurallara tabi tutulması önündeki zorluklar ortadadır. Bu sebeple olay özelliklerine göre adil bir uygulamada bulunulması gerekmektedir. Bununla birlikte bu teorinin uygulama yeri bulabileceği birtakım durumlara özellikle işaret edilmelidir. Bu kapsamda tüzel kişiliğin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kullanılması, tüzel kişiliği düzenleyen normlara dikkat edilmemesi, şirket ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıklarının birbirine karışması, ortağın kendi fiil ve işlemleriyle üçüncü kişilere karşı sanki tüzel kişilik ile kendisi arasında bir ayrım yokmuşçasına işlemler yapması ya da ortağın kendi malvarlığı ile şirketin malvarlığı birmiş gibi davranması, yetersiz sermaye ile faaliyete devam edilmesi özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli (kötünietli) olarak üçüncü kişileri zarara uğratması örnek olarak gösterilen konulardır³¹³.

³¹⁰ Para. 21. “Gerçekten de hukuk kuralları dolanılmak suretiyle kanuna karşı hile yapılması, ayrı tüzel kişilik kavramına sığınarak onun ardında yer alan kişilerin taraf oldukları sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeleri ya da üçüncü kişilere zarar vermeleri, sonra da tüzel kişilik kavramının ardına gizlenmeleri dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkelerine açıkça aykırı olup hukuk düzenince de korunamaz. Bu gibi durumlarda TMK'nın 2/2 maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğu için tüzel kişilik perdesi aralanmalı ve perdenin ardında yer alan kişiler gerektiğinde sorumlu tutulmalıdır”

³¹¹ Para. 21. “... Başka bir deyişle tüzel kişiye hukuk hayatında ayrı bir hukuki varlık tanınması ancak TMK'nın 2. maddesi kapsamında kurallara uygun hareket edilmesi ve tüzel kişiliğin ortakları veya yöneticileri tarafından kötüye kullanılmaması hâlinde söz konusu olabilir. İyi niyet kurallarına riayet edilmemesi ve tüzel kişiliğin kötüye kullanılması hâllerinde tüzel kişilik perdesi aralanarak, tüzel kişilik perdesinin arkasındaki gerçek duruma göre bir sonuca varılması gerekmektedir.”

³¹² Para. 23. “Hemen belirtilmesi gerekir ki, öğreti ve uygulamada özellikle vurgulandığı üzere; mal varlığının bağımsızlığı ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin istisnası olan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ancak istisnai ve sınırlı durumlarda titizlikle uygulanması gereken bir teoridir. Bu teoriye ihtiyatlı bir biçimde yaklaşılmalı; istisnai bir teori olduğundan mümkün olduğunca dar yorumlanmalı ve bu teorinin uygulanmasına ancak tüzel kişilik kavramının arkasına saklanılarak dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı, kendisine tanınan hakkın kötüye kullanılarak üçüncü kişilerin zarara uğratıldığı, zarara yol açan tüzel kişinin sorumluluğuna hükmedebilmek için ise başka bir yasal nedene dayanılmasının mümkün olmadığı durumlarda başvurulmalıdır.”

³¹³ Para. 24. “Görüldüğü üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi her somut olayın özelliği gözetilerek değerlendirilmeli ve TMK'nın 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gözetilerek tüzel kişiliğin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kullanılıp kullanılmadığı, tüzel kişiliği

Bu tespitlerden hareketle Yargıtay'ın yukarıda karşılaştırmalı hukuk bahsinde açıklandığı üzere ABD mahkemeleri tarafından benimsenen alt benlik (*alter ego*) ve araçsallaştırma (*instrumentality*) testlerindeki benzer bir incelemede bulunarak perdenin kaldırılması konusunda bir sonuca vardığı ifade edilebilir³¹⁴. Yargıtay şirket tüzel kişiliğinin TMK m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını ve bu sebeple perdenin kaldırılmasının gerekli olup olmadığını belirlerken aşamalı olarak şu şartların varlığını aramaktadır:

- 1) *şirketin araçsallaştırılması, bir perde gibi kullanılması;*
- 2) *bir borç veya yükümlülüğün kurtulma amacıyla aldatıcı veya hileli hareketlerde bulunulması.*

Birinci unsurla ilgili olarak şirketin meşru ticari amaçları gerçekleştirmekten ziyade gizlenme, perdeleme, sorumluluktan kaçınma gibi gayrimeşru amaçlar için kötüye kullanılması anlaşılmalıdır. Bu anlamda şirket tüzel kişiliği hukuk tarafından öngörülüş amacının dışında bir gizleme veya kaçınma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda şirketin gerçekten ayrı bir kişiliğinin olup olmadığı; kanunun öngördüğü şekilde ortakların şahsi menfaatlerinden ziyade kendi ticari ve iktisadi menfaatlerini takip edip etmediği gibi hususlar olay bazında incelenmelidir. Kısacası şirketin gerçekten ortaklarından bağımsız bir hukuk süjesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılmalıdır. Perde gerisinde saklanan ortak veya ortaklarla şirket arasındaki hukuki ayrımın uygulamada göz ardı edilmesi, diğer şartların da varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına kapı aralamaktadır.

Dolayısıyla iki aşamalı incelemenin ilk aşamasını oluşturan unsur kısaca araçsallaştırma unsuru olarak adlandırılabilir. Hatırlanacağı üzere Amerikan mahkemeleri aynı olguyu ifade etmek üzere, alt benlik anlamına gelen *alter ego* ve araçsallaştırma manasında *instrumentalization* kavramlarını kullanmaktadırlar. Alt benlik (*alter ego*) kavramı gerçek kişi müteşebbisin sırf sınırlı sorumluluğun sağladığı korumayı muhafaza etmek için şirketi ikinci bir

düzenleyen normların dışına çıkılıp çıkmadığı incelenmelidir. Bununla birlikte öğretide; tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıklarının birbirine karışması, ortağın kendi fiil ve işlemleriyle üçüncü kişilere karşı sanki tüzel kişilik ile kendisi arasında bir ayrım yokmuşçasına işlemler yapması ya da ortağın kendi malvarlığı ile şirketin malvarlığı birmiş gibi davranması, yetersiz sermaye ile faaliyete devam edilmesi özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli (kötü niyetli) olarak üçüncü kişileri zarara uğratması hâllerinde perdenin aralanması gerektiğinden bahsedilmektedir.”

³¹⁴ İki ayaklı ve üç ayaklı test için Bkz. Yuk. s. 59 vd.

kişilik gibi tamamen kendine amade kılmasına vurgu yapmaktadır. Araçsallaştırmada ise altı çizilen husus hâkim ortağın şirket kurumsal yapısını meşru ticari amaçlar dışındaki birtakım amaçları için bir araç haline getirmesidir. Her iki kavramda da ortak olan husus ayrılık ilkesi olarak da ifade edilen şirket tüzel kişiliğinin ayrı bir hukuk sujesi olduğu yönündeki kuralın uygulamada etkisiz hale getirilmesidir. Şirkete hâkim olan ortak veya ortaklar onun ayrı bağımsız kişiliğine saygı göstermemektedir.

Bu kapsamda hukukun varsaydığı şekilde şirketin ayrı bir hukuk sujesi olarak gerçekten kendine ait bir şahsiyet ve malvarlığının bulunup bulunmadığı incelenecektir. Bazı Yargıtay kararlarında bu kapsamda yapılan inceleme bağlamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramından ayrı olarak “özdeşleşme”, “organik bağ” gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir³¹⁵. Bu kavramlar şirketle hâkim ortaklar arasındaki aşırı yakınlığı ifade etmek için kullanıldığı gibi kardeş ve diğer akraba şirketler arasındaki bağlantıya da işaret etmek için kullanılabilir.

Organik bağ kavramı bir bakıma araçsallaştırmadan farklı olgulara işaret etmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse mesela bir gerçek kişinin hâkimiyeti altında bulunan üç bağlı şirket arasında hâkimiyetten kaynaklanan normal bir bağlantı bulunmaktadır. Organik bağ ise bu bağın ötesinde şirketlerin birbirlerinin işyerlerini, mali kaynaklarını paylaşmaları, personellerini veya eşyalarını kullanmaları gibi normalin ötesinde uygulamayla tespit edilebilen bir bağlantıyı ifade etmektedir. Bu bağlamda bazı kararlarda organik bağın tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ayrı bir sorumluluk sebebi olabileceği yönünde tespitlerde bulunulmuştur. Kanaatimizce organik bağ tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında; özellikle araçsallaştırma unsurunun tespitinde bir olgu olarak dikkate alınması gereken bir konudur. Başlı başına bir sorumluluk sebebi olarak değerlendirilmemelidir³¹⁶.

Özdeşleşme ile de aslında üç aşağı beş yukarı aynı hususun ifade edildiği görülmektedir. Ancak birkaç kararda görebildiğimiz bu kavramın bilinçli bir şekilde kullanıldığını ifade etmek

³¹⁵ Mesela Yargıtay 9. HD. E. 2014/23021, K. 2014/36630 sayılı ve 2.12.2014 tarihli kararı bu anlamda örnek gösterilebilir : “...Davalıların hukuki sorumluluğu özellikle “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve “organik bağ” kavramları ışığında da ele alınmalıdır. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindendir. Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hâkim hukuku biçiminde bir son çaredir. “Organik Bağ” tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz.” Aynı ifadelere Yargıtay 22. HD. E. 2014/24696, K. 2014/33391 sayılı ve 26.11.2014 tarihli kararında da rastlanmaktadır.

³¹⁶ Bu kavramların doğru kullanımıyla ilgili tavsiyeler için bkz. Aşa. s. 351.

için yeterli veri bulunmamaktadır. Kısacası organik bağ ve özdeşleşme kavramları Yargıtay uygulamasında birbirlerinin yerine kullanılabilen kavramlardır³¹⁷. Daha çok şirketler topluluğu söz konusu olduğunda gündeme gelebilecek bu kavramlardan organik bağ kavramını birden fazla şirket arasında birtakım fiili olgulardan kaynaklanan bağlantıyı; özdeşleşmeyi ise böyle bir yapı içerisinde bulunan şirketlerin birbirleriyle özdeşleştiklerini ve aralarındaki ayrımın fiili olarak ortadan kalktığını ifade etmek için kullanmak daha doğru olabilecektir. Belki Kanun tarafından öngörülen ayrılık kuralını uygulamada anlamsızlaştıracak veya tamamen ortadan kaldıracak derecede etkiye bulunma durumuyla somutlaşan aşırı iç içe geçmeyi, normalin ötesinde bir bağlantıyı ve dolayısıyla şirketle kişisel veya kurumsal ortaklarının neredeyse bütünleşip özdeşleştiği bir yapıyı ifade etmek üzere ortak bir kavramın geliştirilmesi yoluna gidilebilir. Bu konudaki tartışma ve öneriler çok şirketli yapılarla ilgili olarak bu çalışmanın son kısmında yapılmıştır³¹⁸.

Araçsallaştırma kavramı altında işaret ettiğimiz ilk unsurun varlığı Yargıtay tarafından perdenin kaldırılması için yeterli görülmemektedir. Ayrıca kınanabilir, somut bir davranışın varlığı da perdenin kaldırılması için gereklidir. Yargıtay'ın kullandığı kavramlardan hareketle bu unsuru ifade etmek üzere de *aldatıcı / hileli davranış* kavramını kullanıyoruz.

Bu bağlamda genel olarak Yargıtay'ın perdenin kaldırılmasına karar verirken Amerikan mahkemelerinin uyguladığı iki aşamalı teste benzer bir test uyguladığından söz edilebilir. Bu testin unsurları kısaca;

- 1) *Araçsallaştırma*,
- 2) *Aldatıcı / hileli davranış* olarak sıralanabilir.

³¹⁷ Mesela Yargıtay 9. HD. E. 2013/11725, K. 2015/7873 sayılı ve 24.2.2015 tarihli kararındaki “*hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen “perdeyi kaldırma teorisi” gereğince her üç şirket arasında kardeş şirket ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik bulunduğu*” şeklindeki ifade örnek gösterilebilir. Yine Yargıtay 9 HD. E. 2016/29064, K. 2016/20166 sayılı ve 15.11.2016 tarihli kararındaki tespiti için bkz:“...Diğer taraftan organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve **organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir.**” Yargıtay 11. HD.’si de E. 2012/2858, K. 2013/19889 sayılı ve 7.11.2013 tarihli kararında “...toplanan paraların Off Shore bankası adına, fakat Yurtbank AŞ. hesabına toplandığı, bu sebeple tüzel kişilik perdesi kaldırılarak Yurtbank A.Ş. İle Off Shore bankasını **özdeş saymak** ve Off Shore adına açılan hesaplardan bu bankayı da sorumlu tutmak gerekeceği...” gerekçesiyle özdeşleşmeden bahisle perdenin kaldırılmasına hükmetmiştir. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay kararlarında özdeşlik ve organik bağ kavramları aynı hususu ifade etmek amacıyla birbirleri yerine kullanılabilmektedir.

³¹⁸ Bu bağlamda tek ekonomik birim kavramıyla ilgili olarak bkz. Aşa. s. 384 vd.

Bu unsurların söz konusu olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitiyle ilgili olarak daireler arasında yaklaşım farkları bulunmaktadır. Mesela iş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklara bakan 9. HD'nin daha esnek bir tutum takındığından ve işçi lehine istikrar kazanmış bir uygulama geliştirdiğinden söz edilebilir³¹⁹. Buna karşılık diğer uyuşmazlıklarda araçsallaştırma ve aldatıcı davranışın meydana gelip gelmediği konusunda daha ihtiyatlı bir yaklaşım geliştirildiği dikkati çekmektedir³²⁰.

Yargı kararları dikkate alındığında genel olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının özellikle bazı uyuşmazlıkların varlığı halinde daha sık gündeme geldiği görülmektedir. Konu itibarıyla değerlendirmek gerekirse bu teorinin uygulanması daha çok alacaklıdan mal kaçırma veya bir olguyu gizleme amacıyla bir şirketin paravan gibi kullanılması, iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak aynı hâkimiyet yapısına bağlı farklı şirketlerin birlikte bir işyeri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bir dönem ülkemizde yaygın olduğu şekilde yurtdışı bağlantılı şirketlerin geniş halk kitlelerinden ortaklık sertifikası adı altında sermaye toplayarak diğer grup şirketlerine finansal kaynak aktarmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, off-shore mevduat ve bankacılık faaliyetlerinden kaynaklanan borçlardan doğan uyuşmazlıklar gibi meselelerde gündeme geldiği belirtilebilir. Daha çok bu meselelerle bağlantılı davalarda

³¹⁹ Mesela istisnai bir örnek olarak belirtilebilecek E. 2014/19957, K. 2015/32175 sayılı ve 12.11.2015 tarihli kararında 9. HD. başlı başına farklı şirketler arasında organik bağın varlığını kıdem tazminatı borcundan dolayı müşterek ve müteselsil sorumluluk için yeterli bulmuştur. Buna karşılık Yargıtay 19. HD. E. 2014/18402, K. 2015/9283 sayılı ve 23.6.2015 kararında şu gerekçelerle ilk derece mahkemesi tarafından perdenin kaldırılması talebinin kabulü yönünde verilen kararı bozmuştur: “Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporlarına göre, davacı şirketin zaman içerisinde 4 kez ünvan değişikliği yaptığı, ilk kuruluşundan bu yana ...in davacı şirketin ortaklarından olduğu ve dava dışı ...'nin de eski ortağı olup halen babası ...uğu, böylece davacı şirket ile arasında organik bağ bulunduğu, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin somut olaya uygulandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, davalı tarafından yapılan ilamsız icra takibine karşı borçlu olmadığını iddia ederek menfi tespit isteminde bulunmuş, davalı ise, davacı ile organik bağ içinde bulunan şirketlerden alacaklı olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece, her ne kadar davacı şirket ile dava dışı ...k bağ bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davacı şirketin toplam 4 kez ticari ünvanında değişiklik yapması, davacı şirketin bir dönem ortağı olan ...etkilisi ... arasında baba-oğul ilişkisi bulunması ve yine dava dışı... tarafından e vekalet verilmesi organik bağı ispata yeterli olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.” Oysa burada şirketin ticaret ünvanını dört kez değiştirmiş olması aldatmaya yönelik bir eylem olarak görülebilir ve şirket ortakları arasındaki akrabalık ilişkisinin varlığı gibi hususlarla birlikte değerlendirildiğinde ayrı kişilik iddiasının hakkın kötüye kullanımı oluşturacağından bahisle perdenin kaldırılmasının isabetli olduğunun onanması daha yerinde bir karar olabirdi.

³²⁰ Bununla birlikte zaman zaman uyuşmazlığın ticari mi yoksa iş hukukuna müteallik bir uyuşmazlık niteliğinde mi olduğu hususunda tereddüt ortaya çıkabilmektedir. Yargıtay 11. HD. E. 2014/3592, K. 2014/6536 sayılı ve 3.4.2014 tarihli kararına konu olayda Soma maden kazasında sakat kalarak yaralanan bir işçi tazminat alacağının davalı tarafından ödenmediğini ve şirket mallarının da diğer davalılara devredildiğini, davalı şirketler arasında yapılan hisse devirlerinin borçtan kurtulmaya yönelik muvazaalı devirler olduğunu ileri sürerek, davalı şirketler arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanarak aralarındaki hukuki, organik, ticari ve iktisadi bağın tespitini talep ve dava etmiştir. Mahkeme davanın ticari bir dava olduğuna hükmederek görevsizlik kararı vermiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

tartışılmış olmakla birlikte teorinin uygulama alanı çok daha geniştir. Bu konularla bağlantılı olmayan münhasır meselelerle alakalı olarak da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi git gide artan bir şekilde uygulama yeri bulmaktadır.

Bu kısımda, Yargıtay'ın uygulamaları kapsamında ulaşılan birtakım genel sonuçlar vurgulanacaktır. Bu amaçla çok sayıda karar incelenmiş ve Yargıtay uygulamasını özetlemek amacıyla bazı tespitlerde bulunulmuştur. Özellikle Yargıtay'ın hangi kıstasları uygulayarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verdiği hususu incelenmiştir. Bu anlamda birbirine benzer olay tipleri ve geliştirilmiş yaklaşımlar esas alınarak tespit edilen perdenin kaldırılması kategorileri sınıflandırılmıştır. Bu anlamda Amerikan ve İngiliz hukuklarında yapılan tasnife benzer bir tasnif örnek alınmıştır.

1.3.5.2.1. Araçsallaştırılmış Şirket Kıstası

Bu başlık altında daha çok bir şirketin – veya genel olarak tüzel kişiliğin – kanun tarafından öngörülüş amaçları dışında kullanıldığı durumlarda perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması incelenecektir. Yukarıda değindiğimiz Amerikan hukukundaki araçsallık (*instrumentality*) ve alt benlik (*alter ego*) teorilerinde veya İngiliz hukukundaki sahte şirket (*sham company*) veya paravan şirket (*mere façade test*) yaklaşımlarındaki hallere benzer durumlar Yargıtay tarafından da incelenmiş ve karara bağlanmıştır.

Yukarıda da değinildiği üzere meşru iktisadi amaçlardan ziyade perde gerisinde bulunan ortakların şahsi amaçları için kullanılan şirketler hakkında yabancı mahkemeler kabuk, kukla, yaratık, göstermelik, paravan, sığ şirket gibi tabirler kullanmaktadır. Bu tabirlerin hepsinde vurgulanan nokta hukuk tarafından varsayılanın aksine şirketin bağımsız bir kişiliğinin olmadığıdır. Şirket bağımsız bir hukuk sujesi olmaktan çıkmış onu idare edenler tarafından yönetilen bir araç mesabesine düşürülmüştür. Bu sebeple biz bütün bu tabirleri anlam olarak içeren araç şirket tabirini kullanmanın doğru olduğunu düşünüyoruz. Şirket ya bir paravan gibi gizleme aracı ya da bir kukla gibi aldatma aracı olarak kullanılıyor olabilir. Bu amaçlara bağlı olarak gizleme (*concealment*) ve kaçınma (*evasion*) konuları birbirinden farklı olgular olarak ele alınmalıdır. Ancak netice itibarıyla her durumda hukuk tarafından sağlanan ayrılık, sınırlı sorumluluk gibi imtiyazların ortaklar tarafından kötüye kullanılması söz konusudur. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hukukun kabul ettiği faraziye ile gerçek durum arasındaki çelişkinin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir uygulamadır.

Perdenin kaldırılması talebine konu olabilecek durumlar çoğu zaman, İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin *Prest - Petrodel* kararında da belirlediği gibi, bir şirketin kanun tarafından öngörülüş amaçları bir kenara bırakılarak, borçtan veya bir yükümlülüğünden kurtulma veya kaçınma (*evasion*), yahut da bir gerçeği gizleyip perdeleme (*concealment*) aracı olarak kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Benzer bir ayrımı Yargıtay kararları açısından da yapmak mümkündür.

1.3.5.2.1.1. Sorumluluktan Kaçınma

Bir borç veya yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla şirketin araçsallaştırıldığı ve sorumluluğu engelleyici bir kalkan veya paravan gibi kullanıldığı durumlara sıklıkla rastlanmaktadır. Bu şekilde meşru öngörülüş amacı dışında, bir sorumluluğu perdeleme aracı olarak kullanılan şirketleri nitelendirmek üzere yabancı mahkeme kararlarında kabuk, paravan, düzmece, kukla, cep vb. sıfatların kullanıldığı görülmektedir. Benzer durumları içeren uyuşmazlıklar Yargıtay tarafından da incelenmiştir. Yargıtay, 15. HD. E. 2016/2671 K. 2016/3423 sayılı ve 14.6.2016 tarihli kararında da görülebileceği üzere prensip olarak bu gibi durumlarda tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin göz ardı edilebileceğini kabul etmektedir.

“Kural olarak tüzel kişiler kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız ayrı kişiler olup “sınırlı sorumluluk” ilkesi çerçevesinde hukuki işlemlerde taraf olurlar. Kimi zaman **sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı** bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde “perdenin aralanması” teorisi geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir. Perdenin aralanması ile şirket kurucusu gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler içerisinde yer alan ... şirketler arasında da sorumluluğun gerçekleştiğinin kabulü sağlanabilir.³²¹”

Her ne kadar Yargıtay bugüne kadar bir şirketin araç şirket niteliğinde olup olmadığını belirlemek için ne gibi bir test uyguladığını açıkça göstermese de yukarıda belirttiğimiz iki aşamalı incelemenin bu kategori altında değerlendirilebilecek olaylarda da uygulanmakta olduğu ifade edilebilir.

Buna göre öncelikle şirketin ortaklardan bağımsız bir hukuk süjesi olarak hareket etme yeteneğini haiz olup olmadığı; bu bağlamda ayrılık ilkesinin kâğıt üzerinde kalmaksızın fiiliyatta da uygulanıp uygulanmadığı incelenmelidir. Özel olarak şirketin bir araç halinde getirilip getirilmediği ve ortaklar tarafından bir borç veya yükümlülüğünden kaçınmak için bir perdeleme

³²¹ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

vasıtası, paravan veya kalkan olarak kullanıp kullanılmadığı araştırılmalıdır³²². Bu kapsamda yapılacak bir araştırmada birden fazla şirketin koordineli bir şekilde bir perdeleme aracı haline getirilebileceği de hatırdta tutulmalıdır. Yani olay özelliklerine göre sadece borçlu bir şirket ve onu perde gerisinden bir araç gibi kullanan ortaklar kalıbıyla sınırlı bir değerlendirme yapılması yanıltıcı sonuçlara yol açabilir. Kontrol altında tutulan birden çok şirketin birlikte bir perdeleme aracı olarak kullanılması ihtimali de düşünölmelidir³²³.

Eğer şirket – veya şirketlerin – bir araç olarak kullanıldıkları tespit ediliyorsa ikinci aşamaya geçilmelidir. Bu aşamada şirketi araçsallaştıran ortakların eylemi aldatıcı veya hileli bir davranış olarak nitelendirilebiliyorsa şirket tüzel kişiliğinin TMK m. 2’de hükme bağlanan dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir şekilde kullanıldığı sonucuna varılabilecektir. Böyle bir sonuca ulaşıldığı takdirde, şirketin araçsallaştırıldığından bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilebilecektir.

Yargıtay kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için bu iki unsurun da varlığını aramaktadır. Buna göre bu unsurlar varsa şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunduğu yönündeki iddia veya savunma hakkın kötüye kullanımı teşkil etmektedir. Mesela Yargıtay 11. HD. E. 2013/15772, K. 2014/4589 sayılı ve 10.3.2014 tarihli kararında aşağıdaki gerekçeyle verilen davanın reddi yönündeki kararı onamıştır. Burada, şirket tüzel kişiliğinin araç olarak

³²² Böyle bir araştırma yapılmaksızın soyut olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai bir uygulama olduğu ve şartlarının oluşmadığından bahisle davanın reddi bozma sebebi yapılmaktadır. Bkz. YRG. 23 HD. E.: 2017/150, K.: 2020/1582, T. 09.03.2020 : “Somut uyumsuzluk bakımından davacı vekilinin, dava konusu sözleşmeye dayalı olarak hizmet verdiği davalı Ada Üçler Mak. Ve Yedek Par San Oto Tur Nak İş Mrkz ile davalı Ada İşletme Yedek Parça Oto Ltd Şti arasında organik bağ bulunduğunu, şirket ortakları ve yöneticilerin aynı şahıslar olduğunu, davalı Ada Üçler Mak. Ve Yedek Par San Oto Tur Nak İş Mrkz’nin borçlulardan kurtulmak amacı ile salt başka bir isim ve tüzel kişilik altında hareket ederek borçların tasfiyesini imkansız kılma gayretinde olduğunu iddia etmesine rağmen mahkemece bu hususta araştırma yapılmadan, yukarıda ifade edildiği üzere “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu ve somut uyumsuzluk bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşup oluşmadığı ve sözü geçen şirketlerin aynı tüzel kişiliklere sahip olup olmadıkları değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”

³²³ Mesela Yargıtay 4. HD. E. 2014/17319, K. 2014/17825 sayılı ve 25.11.2014 tarihli bozma kararını istirdat iddiasını kabul eden ilk derece mahkemesinin perdenin kaldırılmasında sonuca bağlanması gereken ilk unsur, yani araçsallaştırma konusunda yeterince araştırma yapmamasına dayandırmaktadır. Gerekçede açıklandığı üzere davaya taraf şirketler arasında organik bağ bulunup bulunmadığı yönünde yapılacak bir inceleme sonucunda bunların birlikte alacaklılardan mal kaçırmak gibi hileli amaçlar için araçsallaştırılma durumları öncelikle aydınlatılmalıdır: “Davalı savunmasında ve temyiz talebinde her iki şirketin ortak ve yetkililerinin kardeş olması, davacı şirketin ortağı olan ve dosyaya beyanda bulunan M. B.’nin Çelikoğlu Eğitim Kurumları A.Ş.’nin bir çalışanı olması, davacı şirketin çalışanları ve okul müdürünün borçlu şirkette de çalışan ve müdür olması gibi davacı ve borçlu şirket arasında organik bağ bulunduğu iddia edilmiş olduğu halde, Mahkemece bu konuda bir araştırma yapılmamıştır. Bu durumda Mahkemece, davalının tüm delilleri toplanıp tanıklar dinlenerek, konusunda uzman bilirkişiden rapor alınıp, perdeyi aralama teorisinin olayımızda uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun bulunmadığından, kararın bozulması gerekmektedir.”

kullanılmasının yeterli olmadığı ayrıca kötüniyetli işlemlerin de yapılmış olmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir³²⁴.

“Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, dava dışı borçlularla davalı şirketler arasında bağlantı bulunmakla birlikte açılmış bulunan davada, davacı bankanın iddiasının somut bir veriye dayanmadığı, davaya konu olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve buna göre alacağın davalı şirketlerden talep edilebilmesi için, taraflar arasındaki **organik bağ yeterli olmayıp ayrıca bu şirketler arasında alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli işlemler yapıldığının da somut verilere dayalı olarak tespit edilmesi gerektiği**, ancak davacının iddialarını doğrulayacak nitelikte somut bir delil sunmadığı, kaldı ki davalı şirket hissedarlarının bir kısmının borca kefil olmaları sebebiyle davalı şirket hisselerinin cebri icra yolu ile satışa konu yaptırılıp alacağın tahsili yolunun denenmesinin de mümkün olduğu, davacı iddialarının ispatlanmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.³²⁵”

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında *araçsallaştırma* ve *aldatıcı – veya hileli – davranış* unsurlarının iş hukukuyla ilgili uyumsuzluklarda nasıl uygulandığını göstermesi açısından Yargıtay 9. HD. E. 2013/11725, K. 2015/7873 sayılı ve 24.2.2015 tarihli bozma kararı da bilgilendirici bir örnek olarak gösterilebilir. Bu kararda Yargıtay şu sebeplerle perdenin kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir:

“...aynı kişiler tarafından kurulup yönetilen şirketlerin işçilerinin alacaklarının ödenmemesi amacıyla kayden işveren görünen **şirketin mal varlığının kayden işveren olarak görünmeyen şirkete aktarıldığı**, işçilerin yaptıkları iş ve çalıştıkları işyeri değişmeksizin taşıdıkları ürünlere ait belgelerde dönem dönem her iki şirketin de isminin yer aldığı, davalıların “tüzel kişiliklerin ayrılığı” ilkesini üçüncü kişi durumundaki işçilerin sözleşmelerinin feshi halinde alacaklarına ulaşamamalarını sağlamak amacıyla kötüye kullandıkları, **hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen “perdeyi kaldırma teorisi” gereğince** her üç şirket arasında kardeş şirket ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik bulunduğu ve ayrı tüzel kişilikler dolayısıyla sorumlu olunmadığının söylenmesinin hukuken korunamayacağı düşüncesine varılarak tüm davalı şirketlerin davacının işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekir. Saptanan bu durum karşısında, davalılar... ve ... yönünden husumet sebebiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir³²⁶.”

Karardan da açıkça görüleceği üzere, birtakım hileli davranışlarda bulunarak kanunun meşru ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi için öngördüğü şirket yapısının ve tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasına ve şahısların zararına sebebiyet verilmesine müsaade edilmemektedir. Bu anlamda borçtan kaçınmak için borçlu şirketin malvarlığı hileli olarak hâkimiyet altında bulunan

³²⁴ Ayrıca bkz Yargıtay13. HD. E. 2013/820, K. 2013/7793 sayılı ve 28.3.2013 tarihli kararı: “Davacı ile davalılardan D... İnşaat Tur. Oto. Özel Okullar Ltd. Şti arasında akdi ilişki bulunmadığı gibi, davalı D... İnşaat Ltd. Şti'nin, konut satışı sözleşmesinin tarafı olan davalı H... Yıldız İnş. Tur. Oto. Özel Okullar Gıda San. Tic. Ltd. Şti'ni yükümlülüklerinden kurtarmaya ve zarara uğratmaya yönelik örtülü, kötü niyetli, muvazaalı bir faaliyetinin mevcut olduğunun da kanıtlanamadığı, şirketlerin ortaklık yapıları veya faaliyet alanlarının aynı olmasının farklı tüzel kişiliğe ve mal varlığına sahip şirketleri müştereken sorumlu tutmak için yeterli olmadığı, doktrinde “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” şeklinde ifade olunan müessesenin koşullarının somut olayda gerçekleşmediği anlaşıldığından adı geçen davalının bu yöndeki temyiz talebi yerindedir. Mahkemenin aksi düşüncelerle bu davalıyı da sorumlu tutmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

³²⁵ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

³²⁶ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

başka şirketlere aktarılmış ve bu suretle şirket tüzel kişilikleri meşru ticari faaliyetlerin yürütülmesi için değil, bir mal saklama aracı olarak, adeta bir cep gibi kullanılmıştır.

Kaçınma amacıyla şirketin perde olarak kullanılması durumuna özellikle alacaklılardan mal kaçırma amacıyla şirketin kötüye kullanıldığı iddialarını içeren icra davalarında da sıklıkla rastlanmaktadır. Aşağıdaki örnek kararda da görüleceği üzere bu gibi davalarda birbirleriyle bağlantılı şirketlerin koordineli bir şekilde araçsallaştırılmaları ve bir cep veya mal saklama aracı olarak kullanılmaları sıklıkla görülebilmektedir. Mesela Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2012/3251, K. 2013/8880 sayılı ve 11.6.2013 tarihli kararında aşağıdaki gerekçeyle ayrı tüzel kişilik olgusuna dayandırılarak ileri sürülen istihkak iddiasını kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“Dosya içeriğindeki belgelerden davacı şirket temsilcisi ve borçlu şirket temsilcisinin baba-oğul oldukları aralarında organik bağ bulunduğu, davacı üçüncü kişi şirketin borçlu adresinde kurulduğu ve şirket temsilcisi E. B.'un bu sırada 16 yaşında olduğu, borçluya ait Silivri'de bulunan işyerinde 18.9.2009 tarihinde yapılan hacizde de üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunduğu davacı tarafından sunulan faturaların borcun doğumundan sonraki tarihleri taşıdıkları anlaşılmaktadır. Tüm bu maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacı ve borçlu şirketlerin iç içe birlikte faaliyette bulundukları, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla tüzel kişilik perdesinden yararlanmaya çalıştıkları anlaşılmaktadır.”

Bu bağlamda birden fazla şirketin yer aldığı olaylarda, mesela bir şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, topluluk şirketlerinden birinin diğerleri lehine bir paravan veya cüzdan olarak kullanılması da sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Bu anlamda araç olarak kullanılan şirketin başka bir şirket veya gerçek kişi tacir tarafından kullanılması arasında perdenin kaldırılması noktasında bir farklılık yoktur. Topluluk hâkiminin gerçek kişi olduğu durumlarda hem bu şahıs hem de topluluğa dâhil bağlı şirketlerin birlikte şirket tüzel kişiliğini kötüye kullandıkları ileri sürülerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumlulukları iddia edilebilir.

1.3.5.2.1.2. Gizleme

Borçtan veya bir yükümlülüğten kurtulma dışında bir şirket birtakım yükümlülükleri gizleme amacıyla da bir araç olarak kullanılabilir. Bu durumda gerçek durumun ortaya çıkarılabilmesi için perdenin aralanmasına ve perde gerisinde gizlenen gerçekliğe ışık tutulmasına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla gizleme amaçlı perdelemede, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ve sorumluluk atfından ziyade perdenin aralanmasına ve maddi vakıanın tüm gerçekliğiyle ortaya çıkarılmasına ihtiyaç vardır.

Burada da yukarıda bahsi geçen iki aşamalı incelemeye benzer bir uygulamada bulunulduğu görülmektedir. Bir gerçekliğin gizlenmesinde de şirket hukuk tarafından öngörülüş

amacına aykırı suretle bir perde gibi kullanılarak hakkın kötüye kullanılması yasağı ihlal edilmiş mi sorusuna bir cevap aranmaktadır. Bunun için ortakla şirket arasındaki ayrılığın çok fazla belirgin olmaması, Yargıtay'ın ifadesiyle sadece organik bağın bulunması, perdenin kaldırılması için yeterli değildir. Ayrıca hileli, aldatıcı bir davranışın da olması aranmaktadır.

Bu anlamda perdenin aralanması ve sonuçları itibariyle Yargıtay 13 HD. E. 2008/56, K. 2008/6260 sayılı ve 7.5.2008 tarihli kararı gerekçesi sebebiyle ilgi çekici bir karar olarak görülebilir. Davaya konu olayı kısaca özetlemek gerekirse; davacı, eşinin ölümünden sorumlu tuttuğu özel Batman hastanesini işleten Özel Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş.'yi dava etmiş ve sonuç olarak tazminata hak kazanmıştır. Alacağın tahsili için bahse konu davalı şirketin aynı zamanda adresi olan söz konusu hastaneye 2006 yılında hacze gidildiğinde hastane yetkililerinin gösterdiği vergi levhasında Özel Batman Ş Hastanesi'nde faaliyet gösteren şirketin bu defa S Sağlık Hizmetleri A.Ş. olduğu belirtilmiş, ilam borçlusu Özel Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin faaliyette bulunmadığı bildirildiğinden haciz işlemi yapılamamıştır. Davacı ilam borcundan S sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin de sorumlu olması gerektiğini, zira Özel Batman Ş Hastanesi'nin 25.10.1996 tarihinde kurulduğunu, Ticaret Sicilinde Özel Batman Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş. unvanı ile kaydının 8.11.1996 tarihinde yapıldığını, bu kez tabela ismi ve faaliyet adresi aynı kalmak kaydıyla sonradan 3.3.1998 tarihinde mevcut S sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin kurulduğuna dikkati çekmektedir.

Ortaklık yapısı itibariyle de her iki şirket arasında organik bağ olduğu iddia edilmektedir. Sonradan kurulan S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin kurucu ortakları Özel Batman Ş Sağlık A.Ş., B ... Sağlık Tes. ve Tic. A.Ş ve başka şirketlerdir. Ayrıca davacı mevcut işletmeci S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin ilam borçlusu Özel Batman Ş sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin faaliyet adresinde aynı isimle çalışmaya başladığına, S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin kurucu ortaklarından olan ve en büyük hisse sahibi şirketin de Özel Batman Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş. olduğuna dikkat çekmektedir.

Borçluların aldatıcı davranışlarda bulunduğunu göstermek amacıyla davacı, ayrıca alacağının takibi devam ederken, 28.9.2005 tarihinde Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'deki beş kurucu şirket hisselerini özel şahıslara devrettiğini ve bu hisse devirlerinin tamamen icra takibine konu edilen borçtan kurtulma amacıyla yapıldığını, zira hisse devirlerinin yapıldığı şahısların aynı zamanda kurucu şirketlerin ortakları olduklarını ileri sürmüştür. Davacı bu sebeplerle hisse devirlerinin muvazaalı olduğunu, kurucu ortakların tamamen Özel Batman Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin kurucu ortakları olduğunu belirterek, davalı

S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin de ilam borcundan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Özel Batman Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş'nin, ticaret sicilinde kayıtlı, halen varlığını koruyan aktif ve faal bir şirket olduğunu ve dolayısıyla farklı bir tüzel kişiliğinin bulunduğunu, her iki şirketin ortaklarının ve yetkililerinin bir dönem aynı olmasının sorumluluğa sebebiyet vermeyeceğini; zira hisse devrinden sonra bu şirketle bir ilgilerinin kalmadığını savunmuştur. İlk derece mahkemesi davalının bu savunmasına itibar ederek, ilam borçlusu Özel Ş Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin faaliyetine devam ettiği, ortaklık payı olarak S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'den hisse satın aldığı, birleşme ve devir işleminin olmadığı, aynı hastanede faaliyet göstermelerinin borçlu şirketin hak ve yükümlülüklerinin S Sağlık Hizmetleri A.Ş.'ye geçtiğini göstermeyeceği gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir. Temyiz başvurusu üzerine Yargıtay aşağıda alıntıladığımız gerekçeyle davanın kabul edilmesi gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur.

“... İlam borçlusu şirket ile davalı şirketin faaliyet adresleri Ş Hastanesi olduğunda bir ihtilaf yoktur. Ş Hastanesi 1996 tarihinde hizmet vermeye başlamış, ilam borçlusu şirketin 1996 yılında, davalı şirketin ise 03.03.1998 yılında kurulduğu, kurucu ortaklarının ilam borçlusu şirketin kurucu ortakları olduğu, bilahare davalı şirketin kurucu şirketleri hisselerini özel şahıslara devrettiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. TTK 146-151 maddelerinde, şirket hisselerinin devri veya şirketlerin birleşmesi durumlarında önceki şirketin aktif ve pasifleri ile tümünün yeni şirkete geçeceği hükmü düzenlenmiştir. Dava konusu olayda davalı şirketle ilam borçlusu şirketin davacının alacağını almasını engelleme amacıyla fikir ve işbirliği içinde olduğu anlaşılmaktadır. **Her ne kadar kayden iki ayrı tüzel kişilik devam ediyor görünse de, bu durum fiili birleşme karşısında anlam ifade etmez.** Faaliyet adresleri aynı olan şirketler iki ayrı hastanede değil, tek bir hastanede ticari işletmelerini sürdürmektedirler. Ticari işletmelerde devamlılık esas olduğundan, sonraki öncekinin devamı niteliğindedir. İlam borçlusunun borçlarından da TTK 146-152 maddeleri, BK 179 ve devamı maddeleri gereğince külli halefiyet kuralları gereğince davalı şirket sorumludur. Dosya kapsamından, davalı şirketin sırf davacının elde ettiği ilamın infazını engellemeye yönelik olarak ticari işletmeyi mevcut ticari unvanı altında sürdürdüğü de anlaşılmaktadır. Böyle olunca mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir³²⁷.”

Bu kararda Yargıtay öncelikle perdeyi aralayarak dış dünyada iki ayrı şirket şeklinde görünen şirketlerin aslında tek bir şirket oldukları sonucuna varmıştır. Yüksek mahkeme olgusal olarak ulaştığı bu kabule dayalı olarak yeni bir hukuki nitelendirmede bulunmuş ve durumu fiili şirket birleşmesi olarak vasıflandırmıştır. Bu sayede o dönem yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 146 – 152 maddelerinde düzenlenen şirket birleşmelerine ilişkin hükümleri uygulanabilir kılmıştır. Sonuç olarak da ortada fiili bir şirket birleşmesi hali olduğundan bahisle uygulanabilir kanun maddeleri gereğince külli halef sıfatıyla S sağlık hizmetleri A.Ş'nin

³²⁷ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

de sorumlu olacağına hükmetmiştir. Bu anlamda fiili şirket birleşmesi şeklinde farklı bir gerekçe kullanılarak davalı grup şirketlerinin aslında tek bir şirket olduğu sonucuna varılmıştır³²⁸.

Benzer şekilde Yargıtay 22. HD. E. 2011/16700, K. 2012/8604 sayılı ve 3.5.2012 tarihli kararını tartışmak bu anlamda faydalı olacaktır. Dava konusu olayda tespit edilmesi gereken husus davacının çalıştığı işyerinde otuzdan fazla işçinin çalışıp çalışmadığı ve buna göre davacının iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmadığıdır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekmektedir. Davacı davalı şirketlerin ortaklarının, faaliyet alanlarının aynı olduğunu ve birbirlerine organik bağ ile bağlı olduklarını belirterek işçi sayısı hesaplanırken bütün şirketlerin hesaba katılması gerektiğini iddia etmiştir. Buna karşılık davalılar ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğunu ve davacının işçisi olduğu şirketin çalışan sayısının 30'dan az olduğunu ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi davacının iddiasını yerinde bularak davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay eksik inceleme sebebiyle bu kararı bozmuştur. Bununla birlikte Yargıtay'ın tespitleri içerik olarak ilk derece mahkemesininkilerle uyumaktadır. Bununla birlikte bu mahkemenin perdenin aralanması ve maddi gerçekliğin açığa çıkarılması yönünden altını çizdiği şu hususlar önemlidir:

“...Tüzel kişi işverenler arasında organik bağ bulunması farklı tüzel kişiliklere sahip işverenlerin işçilerinin iş güvencesi bakımından birlikte değerlendirilmesini gerekli kılmaz. Ancak özellikle muvazaalı olduğu hallerde perdenin kaldırılması teorisine göre gerçekte tek bir tüzel kişi işveren bulunması durumunda görünürdeki tüzel kişi ya da tüzel kişilerin tüm işçilerinin iş güvencesi açısından birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Öte taraftan yukarıda değinildiği üzere, birlikte işverenlikte davacı birden fazla işverene tek bir iş sözleşmesi ile bağlı ise bu işverenlerin aynı işkolundaki bütün işçileri iş güvencesinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır... davalıların davacıya karşı birlikte işveren konumunda olup olmadığının, aralarında muvazaalı ilişki bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması ve aralarında işçi transferleri olup olmadığının araştırılması, ortakları, yöneticileri ile merkezleri, şubeleri ve faaliyet alanlarının ticaret sicilinden sorularak ana sözleşmelerinin istenmesi ve faaliyetlerinin aynı işkoluna girip girmediğinin belirlenmesi, gerekirse mahallinde inceleme de yapılarak uzman bilirkişi ya da bilirkişilerden rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Burada perdenin kaldırılması suretiyle sorumlu kılmadan ziyade perde gerisinde bulunan gerçekliği tespit etme ihtiyacına vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda perdenin tamamen

³²⁸ Bununla birlikte Yargıtay'ın kanunun aradığı şekli şartlar ve işlemler gerçekleşmeksizin olgulardan hareketle fiili olarak bir şirket birleşmesinin meydana geldiği yönündeki kabulü de tartışmaya açıktır. Aslında davalı şirketin araçsallaştırıldığı ve bir paravan gibi kullanıldığı ortadadır. Diğer taraftan “*davalı şirketle ilam borçlusu şirketin davacının alacağını almasını engelleme amacıyla fikir ve işbirliği içinde olduğu anlaşılmaktadır*” şeklindeki tespit davalıların borçtan kaçınmak için hileli davranışlar içerisine girmiş olduklarını da göstermektedir. Dolayısıyla zorlama bir şekilde şirket birleşmelerine ilişkin hükümleri uygulamak yerine hakkın kötüye kullanıldığından veya muvazaadan bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve bu suretle davalı S Sağlık Hizmetleri A.Ş'nin de müşterek ve müteselsil olarak sorumluluğuna hükmedilmesi daha tutarlı bir çözüm olabilirdi.

kaldırılmasından çok aralanmasından ve bu sayede geri planda gizlenen gerçekliğin ortaya çıkarılmasından söz edilebilir. Bu uygulama sayesinde hukuk kurallarının ardından dolanılması ve etkisiz hale getirilmesinin önüne geçilmektedir. Benzer şekilde uygulamada işçinin, gerçek işverenini gizleyerek iş hukukundan doğan yükümlülükleri etkisiz kılmak amacıyla görünüşte kurulan paravan bir şirketin işçisi olarak gösterildiği ve bu yolla işçilerin zarara uğratıldığı görülebilmektedir. Gerçek işverenin tespiti noktasında tüzel kişilik perdesinin aralanması sıklıkla kullanılan bir yoldur³²⁹.

Görüldüğü üzere Yargıtay bir borçtan veya yükümlülüğten kaçınma amacıyla şirket tüzel kişiliğinin araçsallaştırılmasına karşı perdenin kaldırılmasında aradığı uygulama şartlarını burada da aramaktadır. Yani şirketin gizleme amacıyla araçsallaştırılması sebebiyle perdenin aralanmasında da perdenin kaldırılmasında uygulanan iki aşamalı testin uygulandığı ifade edilebilir. Buna göre şirketle ortaklar arasında ayrılık ilkesini anlamsız kılacak derecede yakın bir bağ olması yeterli değildir. Bunun dışında muvazaa ve benzeri bir aldatıcı davranışın varlığı da gerekli görülmektedir³³⁰.

Şirket tüzel kişiliğinin bir tür gerçek durumu gizleme aracı olarak kullanılması çalışma süreleri ve buna bağlı olarak hesaplanacak alacak haklarının hesabı konusundaki iş uyuşmazlıklarında da sıklıkla gündeme gelebilmektedir. Özellikle şirketler topluluğuna dâhil şirketlerden biri tarafından istihdam edilen işçilerin topluluğa dâhil diğer şirketlerde de fiili olarak çalıştırılmaları halinde bu tarz ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda şirketler topluluğunun farklı tüzel kişiliklerden oluşuyor olması, davacı işçinin aynı ekonomik bütünlük için çalışması olgusunun gizlenmesine hizmet ediyor olabilir. Mesela Yargıtay 9. HD. E. 2014/34325, K. 2016/6914 ve 23.3.2016 tarihli kararında bu hususun araştırılmadığından bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

³²⁹ Yağcı Karaca, Aybüke, **Bireysel İş Hukuku'nda Şirketler Topluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 59, 60.

³³⁰ Benzer bir karar için bkz YRG. 9. HD. E. 2016/10435, K. 2017/6911 (19.4.2017). Ayrıca bkz. YRG. 9. HD. E. 2016/8355, K. 2016/11909 sayılı ve 11.5.2016 tarihli kararı: “Somut uyuşmazlıkta, her ne kadar davalı ... tarafından büyük hissedar olarak ortak kurulmuş ve yönetimine ... tarafından görevlendirmeler yapılmış ise de davalı ... özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş, faaliyet alanı açık olan bir şirkettir. İş sözleşmesi bu şirket ile imzalanmış, davacı da bu şirket işçisi olarak çalışmıştır. Burada diğer davalı ...'ın davalı şirketi kurarak işçinin, işçilik haklarına zarar verme kastıyla tüzel kişilik hakkını kötüye kullandığı yönünde somut bir delil bulunmamaktadır. Kaldı ki dosya içeriğine göre davalı ...'de davacının iş akdinin feshinden önceki tarihlerde 30'dan fazla işçi çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak davacının fesih bildirim tarihinde ise işçi sayısının 30'un altına düştüğü sabittir. Salt organik bağ olması 30 işçi sayısının tespiti için yeterli bir kriter değildir. Temyiz incelemesi aynı gün dairemizce yapılan 2016/14119 ve 2016/14123 esas sayılı dosyalarda 30 işçi sayısı sebebiyle davanın reddine dair verilen kararların onanmasına karar verilmiştir. Mahkemece 30 işçi sayısı sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlışlıklarla değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

“Somut uyumsuzlukta; Mahkemece, hizmet cetvelinden davacının önce ... Asfalt Beton ve Petrol Kim. San. A.Ş. İşyerinde daha sonra davalı ... Madencilik San. Ve Tic. A.Ş. İşyerinde çalışmasının bildirildiği, davalılardan ... İnşaat Mal. Üretim Paz. Tahh. San. A.Ş'de çalışmasının bulunmadığı, davacının 22.12.2009 tarihinden itibaren aynı işyerinde çalışmış olduğundan tazminat ve alacaklarından da davalı ... Madencilik San. Ve Tic. A.Ş. nin sorumlu olduğu, diğer davalı ... İnşaat Mal. Üretim Paz. Tahh. San. A.Ş'ye temsilde yanılma sebebiyle davanın açıldığı kabul edilerek bu davalı hakkındaki davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır....Dosya içeriğine göre; davacı her iki davalı şirket arasında organik bağ olduğunu, **davalıların ekonomik bütünlük içerisinde**, aynı adreste, aynı faaliyet alanında birlikte istihdam yoluyla kendisini çalıştırdıklarını iddia etmekte olup bu husus araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır³³¹”

Yargıtay bazı kararlarında sözleşmeye taraf olan kişileri belirleme amacıyla da tüzel kişilik perdesinin aralanmasına müracaat etmiştir. Mesela Yargıtay 15. HD. E. 2016/2671, K. 2016/3423 sayılı ve 14.6.2016 tarihli kararı bu anlamda örnek gösterilebilir. Davaya konu olayda konusu makine üretimi ve teslimi olan bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Sözleşmede davacının imzası bulunmamaktadır. Sözleşmeye konu makinelerin ayıplı teslimi sebebiyle davacı dönme hakkını kullanarak alacak talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davalının sunduğu sevk irsaliyesinin davadışı X Dış Tic. Ltd. Şti tarafından düzenlendiği, cari hesabın da X Dış Tic. Ltd. Şti. adına düzenlendiği, yine davacının dayandığı teslim tutanağında imzası bulunan dava dışı X kayıtlarına göre X Dış Tic. Ltd. Şti.'nin proje yürütücüsü olduğu bu durumda satımın dava dışı X Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından gerçekleştirildiği gerekçesi ile pasif husumet yokluğu sebebiyle Y ltd. şti'ye karşı açılan davanın reddine karar vermiştir. Buna karşılık temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay aşağıdaki gerekçeyle bu kararı bozmuştur:

“Dosya kapsamından taraflar arasında... tarihli sözleşmenin düzenlendiği, bu sözleşmede davacıyı temsilen herhangi bir imza bulunmadığı... Kural olarak tüzel kişiler kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız ayrı kişiler olup “sınırlı sorumluluk” ilkesi çerçevesinde hukuki işlemlerde taraf olurlar. Kimi zaman sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde “perdenin aralanması” teorisi geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir. Perdenin aralanması ile şirket kurucusu gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler içerisinde yer alan ... şirketler arasında da sorumluluğun gerçekleştiğinin kabulü sağlanabilir. Somut olayda davaya dayanak yapılan sözleşmeyi davalı şirket imzalamış, davacının ayıp ihbarlarına davalı tarafından cevap verilerek iddia kabul edilmemiş bu cevaplarda husumete yönelik herhangi bir iddiada bulunulmamıştır. Bu aşamalardan sonra husumetin davalı ile aynı adreste faaliyet gösterip aynı yönetim kadrosuna sahip dava dışı X Dış Tic.Ltd. Şti.'ne yöneltilmesi gerektiğine dair mahkeme gerekçesinin yerinde olmadığı açıktır. Yapılması gereken iş uyuşmazlığın esasının incelenip sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir.”.

Esasında sözleşmede davacı iş sahibinin imzası bulunmadığından sözleşmenin geçerliliği muallâktadır. Buna rağmen kardeş şirketler arasındaki bağlantıya ilişkin maddi olguları dikkate alan Yargıtay perdeyi aralayarak geri planda kalan gerçekliğe bir ışık tutmuş ve sözleşmeye taraflığı şüpheli olan şirketin de taraf sıfatına sahip olduğunu tespit etmiştir.

³³¹ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

Gizlemeye karşı perdenin aralanması talepleri tespit davasına da konu edilebilir. Mesela bir tespit davasının temyizi üzerine Yargıtay 17. HD. E. 2014/7859 K. 2016/3588 sayılı ve 22.3.2016 tarihli kararında aşağıdaki gerekçeyle tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin uygulanmaması sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

“...Davacı İdarenin vergi alacaklısı olarak eldeki davayı açmakta hukuki menfaati bulunduğundan mahkemece davanın esasına girilerek tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinden de yararlanılarak taraf delillerinin toplanması, borçlu ve üçüncü kişi davalılar ile dava dilekçesinde bahsi geçen şirketler arasında maddi ve hukuki organik bağ bulunup bulunmadığı, muvazaalı işlem ve nam’ı müstear olarak yapılan işlem bulunup bulunmadığı belirlenerek, talebinde şirketlerin davalılara ait olduğunun tespiti ile alacağını almak için hukuki işlemler yapma istemi düşünülmesi sonucuna göre verilmesi gerekirken yargı yolu bakımından davanın reddi isabetli görülmemiştir.

Bu bağlamda her ne kadar şirketlerin sahipliğinden bahsediliyor olsa da Yargıtay’ın bu kararına göre esasında tespit edilmesi istenen husus bahse konu şirketlerin aynı hâkimiyet yapısına dâhil olup olmadıklarıdır. Zira hukuken hak sujesi olarak bir kişiliğe sahip olan şirketlerin mülkiyet hakkına konu edilmesi mümkün değildir. Bu yanlışlığı bir kenara bırakacak olursak bu karar birden fazla şirketin aslında tek bir hâkimiyet yapısına ait olup olmadığının dolayısıyla da hep birlikte tek bir birim olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi amacıyla bir tespit davası açılabilmesine olanak tanımaktadır.

1.3.5.2.2. Dolaylı Temsil

İngiliz hukukuyla ilgili olarak yukarıda değindiğimiz *agency* kıstasına benzer bir uygulamaya işaret eden bu yaklaşıma nadiren müracaat edilmektedir. Görebildiğimiz kadarıyla Yargıtay ülkemizde bir dönem sıklıkla gündeme gelen off-shore bankacılığı kaynaklı alacaklardan doğan davalarda dolaylı temsil kıstasını kullanarak perdeyi kaldırma yoluna gitmiştir. Bu kapsamda verilmiş pekçok karardan birisini örnek göstermek gerekirse; mesela, Yargıtay 11. HD.’nin E. 2012/2858, K. 2013/19889 sayılı ve 7.11.2013 tarihli onama kararındaki şu gerekçe ilgi çekicidir:

“...Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu olayda tüzel kişilik yapısının açıkça kötüye kullanıldığı, yurt dışında kurulan tüzel kişilik arkasına sığınarak mevduat sahiplerinin zarara uğratıldığı, kötüye kullanmanın Y...bank A.Ş. tarafından gerçekleştirildiği, **görünürde Off Shore bankası adına para toplandığı ancak bu paraların o bankaya aktarılmayıp, Y...bank A.Ş. tarafından kendi topladığı mevduatmış gibi kullanıldığı, başka bir ifade ile toplanan paraların Off Shore bankası adına, fakat Y...bank A.Ş. hesabına toplandığı**, bu sebeple tüzel kişilik perdesi kaldırılarak Y...bank A.Ş. ile Off Shore bankasını özdeş saymak ve Off Shore adına açılan hesaplardan bu bankayı da sorumlu tutmak gerekeceği, kıyı bankasının bankacılık lisansının iptal edildiği ve kayda değer hiçbir mal varlığının bulunmadığı anlaşıldığından davacının alacağını dava dışı Yurt

Security Off Shore Bank Ltd.'ten tahsil etme olanağının da bulunmadığı, davacının hileli yollarla zarara uğratıldığı gerekçesiyle davanın kabulü...³³²

Karardan da anlaşılabacağı üzere mahkeme üçüncü kişi alacaklılarla muhatap olan şirketin aslında diğer bir şirket hesabına hareket ettiğini belirterek perdeyi aralamış ve işleme taraf olmayan diğer şirketi temsil olunan olarak vasıflandırmak suretiyle sorumluluğu cihetine gitmiştir.

Bu kıstasın uygulandığı olaylar yukarıda değindiğimiz gizleme amacıyla şirketin araçsallaştırıldığı olaylarla benzerlik gösterebilmektedir. Mesela yukarıda örnek verdiğimiz olayda davalı şirketler arasındaki temsil ilişkisinin tespiti perdenin kaldırılmasından çok perdenin aralanmasını gerektirmektedir. Böylelikle şirket tüzel kişiliği kullanılarak perdelenen bir vakıa, yani aynı topluluğa mensup başka bir banka adına mevduat toplayan bir bankanın aslında bu paraları kendi hesabına topladığı olgusu açığa çıkarılacak ve dolayısıyla dolaylı temsilin varlığı tespit edilerek sorumluluğa ilişkin hükümlerin daha adilane bir şekilde uygulanmasına imkân sağlanacaktır.

Sonuç olarak bir şirketin, ön planda görülmekle birlikte aslında onu kontrol eden başka bir şirket veya gerçek kişi hesabına hareket ettiğini gösterir maddi olgular bulunmaktaysa tüzel kişilik perdesi aralanarak dolaylı temsil ilişkisinin varlığı tespit edilmekle perde gerisinde gizlenen şirket veya gerçek kişinin de sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkündür³³³.

1.3.5.2.3. Gerçekte Tek Bir Şirketin Varlığı (Tek Ekonomik Birim Kıstası)

Şirketler topluluğuyla ilgili bazı kararlarda Yargıtay görünüşte farklı tüzel kişiliklerden müteşekkil bir topluluk olmakla birlikte gerçekte tek bir şirketin varlığından bahisle perdenin kaldırılması yoluna gitmiştir. Bu suretle topluluğa dâhil şirketlerden birinin sorumluluğu topluluğa hâkim pozisyonda bulunan hâkim ortaklığa ve topluluğa mensup kardeş şirketlere teşmil edilebilmiştir. Bu konuyla ilgili detaylı bilgi tezin son kısmında ayrı bir bölüm altında verilmiştir³³⁴.

³³² Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

³³³ Yine bir off-shore kararında Yargıtay, ilk derece mahkemesinin davalı bankanın *dava dışı X Bank temsilcisi gibi hareket ederek mevduat toplama faaliyetine girdiği* gerekçesine dayandırarak tüzel kişilik perdesini kaldırmasını haklı bulmuştur bkz. YRG. 11. HD. E. 2012/6750, K. 2014/2110 sayılı ve 7.2.2014 tarihli karar. Benzer nitelikteki bazı kararlar için ayrıca bkz. YRG. 11. HD. E. 2012/11366, K. 2014/2563 (14.2.2014), YRG. 11. HD. E.2014/728, K. 2014/15099 (2.10.2014), Yargıtay 11. HD. E. 2014/86, K. 2014/8902 (9.5.2014).

³³⁴ Bkz. Aşa. s. 361 vd.

1.3.5.3.Doktrin

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Türk bilim insanları arasında da ilgiyle karşılanan bir konu olmuştur. İlk olarak 1963 yılında Banka ve Ticaret Hukuku Haftası'nda *Poroy*'un sunduğu “Holdingler” isimli tebliğle ilgili tartışmada *Ansay* “tülü kaldırma” kavramını kullanarak bu teoriden bahsetmiştir³³⁵.

İlk zamanlarda daha çok teorik düzeyde istisnai olarak gündeme gelen bu konuya ilginin 90'lı yıllardan itibaren arttığı ifade edilebilir. Bu konuya ilk dikkat çeken isimlerden birisi olan *Tekinalp*, ister İngiliz hukukunda olduğu gibi saf haliyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulansın isterse sorun Alman hukukunda ortaya atılan subjektif veya objektif kötüye kullanma ya da normların amaçlarına uygun kullanımı çerçevesinde ele alınsın yahut da perdenin kaldırılması olmaksızın bir çözüm yolu araştırılsın daima dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına müracaat edileceğini belirtmektedir. Yazar özellikle malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye ve yabancı yönetim başlıkları altında gruplandırılacak olayların varlığı durumunda kötüye kullanma ihtimalinin oldukça yüksek olduğunun altını çizmektedir. Hakkın kötüye kullanımı söz konusuysa MK m. 2/1'in norm düzeltici fonksiyonu devreye girer ve böylece ayrılık ilkesinin yol açabileceği hakkaniyete aykırı sonuçlar önlenabilir³³⁶.

Konuyla ilgili yapılmış çalışmalar içerisinde Yanlı'nın doçentlik takdim eseri ilk kapsamlı bilimsel eser olarak değerlendirilebilir. Yanlı 2000 yılında yayınlanan eserinde özellikle Alman hukuku ekseninde konuyu tanıtmış, bu ülke hukukçuları ve yargıçları tarafından geliştirilen düşünceleri ve uygulamaları detaylı bir şekilde izah etmiştir. *Yanlı*'nın çalışması sonucunda ulaşılmış olduğu tespitler ülkemizde perdenin kaldırılmasıyla ilgili terminoloji ve fikirlerin şekillenmesinde oldukça önemlidir.

Öncelikli olarak ifade edilmelidir ki yazar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hallerini esas olarak “özdeş kılma” ve *sorumlu kılma* şeklinde bir ayrıma giderek gruplandırmaktadır. Tüzel kişi ile üyelerinin özdeş kılınması sorumlu kılma dışındaki amaçlar için kullanılan bir

³³⁵ Yanlı, s. 14.

³³⁶ **Tekinalp/Tekinalp**, s. 395, 396. Yazar “*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*” isimli eserinde de konuya değinmiş ve meseleyi “*perdenin kaldırılması davası*” adı altında daha çok usule ilişkin bir konu gibi ele almıştır. Bu yaklaşıma göre perdenin kaldırılması adı altında esasında şemsiye bir dava niteliğindeki dava yoluyla tüzel kişiliğin kötüye kullanılması sebebiyle tazminat talebi, itiraz veya def'inin dikkate alınmaması, takip yahut tescilin iptal edilmesi veya bir taşının iadesi vs. konulu davalar kastedilmektedir. Esasında bu isim altında öngörölmüş ayrı bir dava tipi bulunmamaktadır. Perdeyi kaldırma davaları daha çok eda davası şeklinde açılmaktadır. Tespit davası olarak açılması istisnaidir. Bkz. Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: anonim ve limited ortaklıklar, tek kişi ortaklığı, ortaklıklar topluluğu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, (Tekinalp, Sermaye) s. 758.

yöntemdir. Buna göre tüzel kişiliğin üyelerinden bağımsız bir varlık olduğunun ileri sürülmesi bir kötüye kullanma hali olarak ortaya çıkmakta ve bir hukuk kuralının uygulanma amacını engellemekteyse ileri sürülemez. Sorumlu kılma ise özellikle şirket özkaynaklarının yetersiz olması, hâkimiyet altındaki şirketin menfaatlerini gözardı edecek nitelikte hâkimiyetin kötüye kullanılması ve malvarlıklarının birbirine karışması gibi hallerde sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılması söz konusuysa gündeme gelebilir³³⁷. Perdeyi kaldırarak sorumlu kılma ikinci planda düşünülmesi gereken istisnai nitelikte bir yol olmalıdır. Öncelikle kişisel sorumluluğun tesisini sağlayan diğer hukuki dayanaklar uygulanmalıdır. *Yanlı*, ayrıca incelediği Alman ve İsviçre hukuklarında genel kabul görmüş bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun olduğundan söz etmenin mümkün olmadığını hatırlatarak her durum için geçerli ve somut bir hukuki dayanağın oluşturulamadığı tespitinde bulunmuştur³³⁸.

Sonuç olarak Yazar, eserinde ele aldığı sorunlara benzer durumlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu edilebileceğini savunmaktadır. Kanun tarafından bir hak olarak sunulan sınırlı sorumluluğun Medeni Kanun'un (MK)³³⁹ 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı bir suretle kullanılması hali mevcutsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacağından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bir çare olarak uygulanabilir. Dolayısıyla *Yanlı*'ya göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının dayandırılabilceği başlıca hukuki temel hakkın kötüye kullanılması yasağıdır³⁴⁰.

Yanlı anonim ve limited ortaklıklar için geçerli olan sınırlı sorumluluk kuralının tüzel kişilik yapısının zorunlu bir sonucu olmadığını vurgulamaktadır. Yazar sınırlı sorumluluğu sermaye şirketleri için tanınmış bir hak olarak nitelendirmektedir. Sorumluluğun sınırlandırılması şeklinde bir çıkar sağlayan bu haktan kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde dürüstlük kuralına uygun bir biçimde faydalanılması gerekmektedir. Eğer kanunun tanıdığı ve koruma altına aldığı bu hak öngörülüş amacına uygun bir şekilde kullanılmamışsa elde edilen menfaatin meşruiyetinden söz edilemez³⁴¹. Yazar bunun ötesinde hâkim ortağın şirket tüzel kişiliğini kötüye kullanma yönünde özel bir kastının varlığına ihtiyaç olduğu şeklinde bir görüş ortaya atmamaktadır. Buna göre onun yukarıda Alman hukukuyla ilgili kısımda değindiğimiz teorilerden objektif kötüye kullanma teorisini desteklediği sonucunu çıkarabiliriz.

³³⁷ *Yanlı*, s. 251, 252.

³³⁸ *Yanlı*, s. 252.

³³⁹ 743 sayılı ve 1929 tarihli 2001 yılında yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenisi.

³⁴⁰ *Yanlı*, s. 252, 253.

³⁴¹ *Yanlı*, s. 112, 113.

Bahsi gereken diğer bir önemli bilimsel çalışma Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2008 yılında düzenlenen “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması” konulu I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumudur³⁴². Sempozyum kapsamında konu farklı hukuk alanları açısından tartışılmıştır. Sonuç olarak tebliğde bululunan bilim insanlarının hemen hemen tamamı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını genel olarak dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmıştır. Bu başlık altında sempozyuma katılan bilim insanlarının görüşleri toplu bir şekilde aktarılacaktır.

Tebliğde bulunan bilim insanlarından *Antalya* tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının dogmatik kaynakları noktasında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 50 maddesi 3. fıkrasında bulunan sorumluluk hükmüne özel önem atfetmektedir. Bu fıkra hükmüne göre tüzel kişiliğin organları, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar. *Antalya*, burada bahsi geçen kusurun genelde haksız fiil sorumluluğuna özgü bir kusur olarak dar yorumlandığını belirterek borca aykırılık gibi diğer kusurlu hareketlerin de kanun kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, tüzel kişiliğin organlarını oluşturan üyeler sadece haksız fiillerinden dolayı değil borca aykırı davranışlarından dolayı da şahsen sorumlu olmalıdır³⁴³. Yazar, bu bağlamda tespit edilebilecek bir organ kusuru sözkonusuysa TMK m. 2 gereğince dürüstlük kuralı ve onun yaptırımı olan hakkın kötüye kullanılması müessesesine gerek kalmadan perdenin kaldırılmasının mümkün olacağını belirtmektedir³⁴⁴. *Antalya*, TMK m. 50 (3) hükmü dışında hakkın kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, ahlaka aykırı davranışla bir başkasına zarar verme, tarafta muvazaa ve nam-ı müstear ve dolaylı temsile ilişkin genel hükümler vasıtasıyla da somut olayın özelliklerine göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla yazar sadece dürüstlük kuralı ve onun müeyyidesi olan hakkın kötüye kullanılmasına müracaat edilmesinin doğru olmayacağını belirtmektedir. Her olayın özelliklerine göre bahsi geçen diğer yollar vasıtasıyla doğrudan perdenin kaldırılmasının

³⁴² Sempozyumda sunulan tebliğler için bkz. **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, 2 Şubat 2008, Editör Erol ULUSOY.

³⁴³ *Antalya*, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 143 – 152, s. 147.

³⁴⁴ *Antalya*, s. 148 vd. *Antalya*, Alman doktrinindeki teoriye ilişkin tartışmayla ilgili olarak da objektif kötüye kullanma teorisine destek verir gözükmektedir. Yazar hakkın kötüye kullanılmasında subjektif teorinin aradığı şekilde kötüye kullanma kastının aranmasının ispat sorunu çıkaracağını belirtmektedir. Ayrıca mülga MK m. 2'den farklı olarak yürürlükteki TMK m. 2 “açıkça” hakkın kötüye kullanılmasının korunmayacağını belirterek kast dışındaki kusur hallerini de kapsama dâhil etmiştir. Bu sebeple mevcut TMK objektif hakkın kötüye kullanılması yaklaşımını kabul etmektedir.

mümkün olup olmadığının araştırılmasını, her şeye rağmen bir sonuç alınamıyorsa dürüstlük kuralına başvurulmasını tavsiye etmektedir³⁴⁵.

Aynı sempozyumda detaylı bir tebliğde bulunan *Ulusoy* da önemli tespitlerde bulunmuştur. *Ulusoy* öncelikle konuyu kapsama alma ve sorumlu kılma başlıkları altında bir ayrıma giderek değerlendirmiştir. Kapsama alma amacıyla perdeyi aralama başlığı altında yaptığı açıklamalar daha çok şirketlerin taraf olduğu hukuki işlemlerin onların ortaklarını da kapsamasını konu edinmektedir. Bu anlamda kapsama alma esasında şirket tüzel kişiliğinin tarafı olduğu bir hukuki işleme ortakların da şirket yanında taraf olarak dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu yolla amaçlanan hukuki işlem veya ilişkide bir tadilat yapmaksızın şirket ortaklarının söz konusu işlemde doğan yükümlülükler ve borçlardan sorumlu olmasını sağlamaktır³⁴⁶. *Ulusoy* tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hangi dogmatik temellere dayandırılması gerektiği sorusuna hakkın kötüye kullanılması yasağına atıfla bir cevap aramaktadır. Yazarın deyişiyle ayrılık prensibine katı bir şekilde uyulması MK m. 2 ve 3/2 hükümlerine göre hakkaniyet ve adalet duygumuzda bir ürpertiye neden oluyorsa ayrılık prensibi göz ardı edilerek tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir³⁴⁷. Böyle bir durumda ayrılık ilkesi ortaklar veya şirket tarafından kötüye kullanılmış sayılacağından tüzel kişilik perdesi kaldırılarak kapsama alınan ortakların tüzel kişiliğin tarafı olduğu bir hukuki işleme taraf olarak katılması veya şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutulmaları kabul edilebilecektir³⁴⁸.

³⁴⁵ **Antalya**, s.149.

³⁴⁶ *Ulusoy*, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 351 – 405, (*Ulusoy*, Şirketler), s. 365.

³⁴⁷ *Ulusoy*, Şirketler, s. 367.

³⁴⁸ *Ulusoy*, Şirketler, s. 367, 376, 401. Yazar, Alman hukukunda tartışılan teorilere atıfla Türk hukukunda kabul gören teorisinin kötüye kullanma teorisi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca Alman doktrini tarafından yapılan sübjektif – objektif kötüye kullanma gibi alt ayrımlara girilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu iki yaklaşım arasında kusurluluk yönünden önemli bir farklılık bulunmaktadır. Bu sebeple TMK m. 2, 3/2 kapsamında hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili bir inceleme yapılırken şirket ortağının şirket tüzel kişiliğini kötüye kullanma kastının aranıp aranmayacağı teorisinin uygulanma kabiliyetini oldukça etkileyen önemli bir meseledir. Bununla birlikte *Ulusoy* duruma göre kötüye kullanma teorisi veya normların amaçları teorisinin uygulanması gerektiğini ileri süren karma teorisinin perdenin aralanması meselesinde uygulanabilecek en uygun teori olduğu görüşündedir. Yazar, sorumlu kılma amacıyla perdeyi kaldırma ile ilgili bahiste kişiler hukukunun temellerinden biri olan ayrılık ilkesinden kolaylıkla vazgeçmenin hukuk güvenliği açısından sorunlu olacağı gerekçesiyle mutlak bir hakkaniyet sorumluluğu yaratılarak meselenin değerlendirilmesinin yanlış olacağını ifade etmektedir. Bu sebeple kazuistik bir metod benimsenerek her olay kendi şartları altında değerlendirilmeli ve perdenin aralanıp aralanmayacağına karar verilmelidir. Bunu yaparken temel alınacak dayanak noktası *Ulusoy*’a göre iyiniyet ve hakkın kötüye kullanılması müesseseleridir.

Konuyla ilgili ilk bilimsel çalışmayı 1995 yılında yazdığı yüksek lisans teziyle yapan *Sağlam*'ın görüşlerinden de kısaca bahsetmek gerekmektedir³⁴⁹. *Sağlam* sempozyumdaki tebliğinde, haksız fiilden kaynaklanan bir borç söz konusuysa TMK m. 50/3 gereğince organ durumundaki gerçek kişilere sorumluluk ithafı söz konusu olabileceğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek olmadığını belirtmektedir³⁵⁰. Bunun gibi kanun hükümleri vasıtasıyla doğrudan sonuç alınabilecek hallerin yokluğunda kanuna karşı hile veya hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi kurallar gereğince perdenin aralanması yoluna gidilebilmelidir³⁵¹. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekliliği ortaya çıktığında TMK m. 2/1, 2 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla hem dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hem de hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eden durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilecektir. Bu sebeple TMK m. 2 hükmü tüzel kişilik perdesinin aralanması ihtiyacı ortaya çıktığında başvurulabilecek, bütünlükçü bir çözüm sağlayan en önemli araçtır³⁵². *Sağlam* bu maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak da oldukça önemli bir tespitte bulunmaktadır. Yazara göre perde gerisine saklanan şahısların mutlaka kötüye kullanma kastıyla hareket etmelerinin aranmasına gerek yoktur. Onların davranışlarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinin tespiti de yeterli olacaktır³⁵³. *Sağlam* yüksek lisans tezinde özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı ve kanuna karşı hileyi müeyyideye bağlayan MK m. 2 ve organın kusurlarından dolayı sorumluluğunu düzenleyen (743 sayılı eski) MK m 48/2 ve 3'ün tüzel kişilik yapısının kötüye kullanımıyla ilgili olarak yeterli korumayı sağladığını belirtmektedir. Dolayısıyla yazara göre Türk/İsviçre hukukunda gelişen uygulama tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi bir yaklaşımın varlığına lüzum bırakmamaktadır³⁵⁴.

Adı geçen sempozyumda tebliğde bulunanlardan *Öztek* ve *Memiş* de örnek Yargıtay kararları ışığında doktrinde ve yargı içerisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda hukuki dayanağın hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu noktasında mutabakat olduğunu

³⁴⁹ Sağlam, İpek, **Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1995 (*Sağlam*, Tez).

³⁵⁰ *Antalya*'dan farklı olarak *Sağlam* TMK m. 50(3) hükmünün uygulanma alanını haksız fiil sorumluluğuyla sınırlamaktadır.

³⁵¹ Sağlam, İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 153 – 161, (*Sağlam*, Sempozyum), s. 155, 156.

³⁵² *Sağlam*, Sempozyum, s. 157;

³⁵³ *Sağlam*, Sempozyum, s. 157.

³⁵⁴ *Sağlam*, Sempozyum, s. 39, 103.

tespit etmektedir³⁵⁵. Bunun yanında yazarlar icra iflas hukukunun “*organik bağ*” kıstasıyla perdenin kaldırılması yaklaşımını mukayese etmişler ve bu iki kavram arasında birtakım benzerlikler olmakla birlikte organik bağın uygulanma şartlarının farklı olduğunu vurgulamışlardır. Bu şartların oluşması durumunda tüzel kişilik perdesini kaldırmadan bu müessese yoluyla da sorumluluğun hâkim ortağa yöneltilmesinin mümkün olduğuna dikkati çekmektedir³⁵⁶. Bunun dışında akit öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) temelinde perdenin kaldırılıp kaldırılamayacağı konusu da tartışılmış ve sonuç olarak bu sorumluluk sebebinin kapsamlı bir çözüm yolu getiremediği tespitinde bulunulmuştur³⁵⁷.

Benzer şekilde *Yıldırım* da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını icra hukukuyla olan irtibatı çerçevesinde ele almıştır³⁵⁸. Yazar ilk olarak, takip ve haciz tehlikesiyle karşı karşıya kalan borçluların alacaklılarından mal kaçırmak için kullandıkları tasarrufların butlanını amaçlayan iptal davasının uygulanma şartlarını izah etmiş (İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd); muvazaa ve nam – ı müstear kavramlarını da açıklamıştır. *Yıldırım* tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki temelini genelde TMK m. 2’ye dayandırılmakta olduğunu, çünkü başka bir kanun hükmünün mevcut bulunmadığını ifade etmektedir³⁵⁹. *Yıldırım*’ın makalesinde yapmış olduğu önemli bir tespit icra hukukundaki iptal davaları için aranan sübjektif zarar verme kastının muvazaa, nam-ı müstear ve perdenin kaldırılması talepli davalarda da aranması gerektiği ve bu unsurun her üç talep açısından da ortak nokta olduğu yönündeki tespitidir³⁶⁰. Bununla birlikte yazar perdenin kaldırılmasıyla ilgili olarak hilenin söz konusu olduğu durumlarda kasta ilişkin ispat zorluğuna dikkat çekerek gayrimuayyen kastın varlığı ispatlandığında hile – ve dolayısıyla

³⁵⁵ Öztekin, Selçuk / Memiş, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”**, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 195 – 216, s. 195 vd.

³⁵⁶ Öztekin/Memiş, s. 209 vd. Organik bağın bir sorumluluk sebebinden ziyade tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını tetikleyen bir olgu olduğuyula ilgili görüşlerimiz için bkz. Aşa. s. 351.

³⁵⁷ Öztekin/Memiş, s. 214 vd. Mevcut TTK m. 209’da düzenlenen “güvenden doğan sorumluluk” hali varken artık *culpa in contrahendo*’ya dayanarak talepte bulunmaya gerek kalmamıştır.

³⁵⁸ Yıldırım, M. Kamil, “Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”**, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 173 – 193, s. 173.

³⁵⁹ Yıldırım, M.K., s. 183.

³⁶⁰ Yıldırım, M.K., s.177, 180. Yazarın makalesinde değindiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1977 tarihli kararı muvazaa ile nam-ı müstear arasındaki farkı pratikte göstermesi açısından önemlidir. Kararda YHGK olayda uyumsuzluk konusu taşınmazın gerçek malikinin tapu sicilinde yazılı olan değil, bir başka şahıs olduğu yönündeki iddianın hukuksal açıdan nam-ı müstear davası niteliğinde olduğuna ve dolayısıyla muvazaayla ilgili ispata ilişkin kısıtlamaların geçerli olmadığına hükmetmiştir. Yine bir başka kararında YHGK alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla inanca işlem kaydıyla devredilen bir taşınmazın inanan tarafından geri iadesi yönünde bir girişim başlatılmasa dahi alacaklı inanca işlemin iptalini ve malın borçlusu inananı dönüşünü temini dava konusu yapabileceğine hükmetmiştir. Bkz. Yıldırım, M. K., s. 182.

kötüye kullanma – kastının ispatlanmış sayılması gerektiğini belirtmektedir³⁶¹. *Yıldırım*, bunun da ötesine geçerek, yasalarda bir boşluk bulunması durumunda, yani TMK m. 2'nin yetersiz kaldığı bir noktada, perdenin kaldırılması gerekliliğini gösterir haklı bir sebebin varlığı halinde TMK m. 1 gereğince hukuki boşluğun doldurulabileceğini ve böylelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin kullanılabileceğini ifade etmektedir³⁶².

Sempozyumda tebliğde bulunan bir diğer bilim insanı *Yılmaz*'dır. *Yılmaz* tüzel kişiliğin iktisadi ve sosyal birtakım ihtiyaçların daha etkin bir şekilde karşılanabilmesi için kurumsallaşma ihtiyacına binaen ortaya çıktığına dikkati çekerek, Türk hukuk sisteminin İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi tüzel kişilikle onu meydana getiren üyelerinin mutlak ayrılığı felsefesi üzerine dayandığını öncelikle belirtmektedir. Bu anlamda sistemin özü ayırım ilkesine dayandığından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin işaret ettiği gibi hakkın kötüye kullanıldığı kimi durumlarda çok sınırlı ve münferit olaylarla sınırlı olmak üzere ayrılık ilkesinin keskin bir şekilde uygulanmasından sarfınazar edilebilir. *Yılmaz*, öncelikle organ sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğu gibi mevcut sorumluluk sebeplerine müracaat edilmesi gerektiğini, bunların bir çözüm getirmemesi durumunda son çare olarak perdenin kaldırılması teorisinin uygulanabileceğini belirtmektedir³⁶³. Bu yola başvurulması durumunda da hukuk düzeni tarafından birtakım meşru amaçlar için öngörülen tüzel kişilik müessesesinin kötü niyetli amaçlara alet edildiği veya doğrudan kötü niyetli olunmasa dahi sorumluluktan kurtulmak veya yasaları dolanmak amacıyla kullanılıp kullanılmadığını araştırılmalıdır³⁶⁴. Hâkim olayın şartlarına göre tüzel kişiliğin kötüye kullanılıp kullanılmadığını araştırmalı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağına TMK m. 2 temelinde karar vermelidir³⁶⁵. Buna göre *Yılmaz* tüzel kişiliğin borçlardan ve yükümlülüklerden kurtulmak için bir araç veya kalkan olarak kullanıldığı durumlarda, açıkça hakkın kötüye kullanıldığının ve

³⁶¹ **Yıldırım, M. K.**, s. 187. Diğer taraftan yazar hile dışındaki kötüye kullanma durumlarıyla ilgili olarak da muhtemel kastın yeterli olup olmayacağı konusunda bir görüş belirtmemiştir.

³⁶² **Yıldırım, M. K.**, s. 187.

³⁶³ **Yılmaz**, s. 254.

³⁶⁴ Bu açıklamalardan hareketle yazarın *Serick* tarafından geliştirilen formülasyonu benimsediği ifade edilebilir. Ancak ondan farklı olarak *Yılmaz* kötüye kullanma kastının aranması gerekliliğini açıkça ifade etmemiştir.

³⁶⁵ **Yılmaz**, s. 255. Yazar ayrıca üzel kişiliğin üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda bir çözüm anahtarı olmayacağını ifade etmektedir. Örnek olarak çaycı, odacı, müstahdem gibi tamamen saman adamlara kurdurulmuş bir anonim şirketin varlığı durumunda perde kaldırılrsa dahi perde gerisinde bulunan ortaklardan herhangi bir fayda beklenemeyecektir. Yazar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ulaşılabilecek ortakların sadece sicilde ismi yazılı olan ortaklar olduğunu gerçekte pay sahibi olanlara kadar uzanılmayacağı görüşündedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira tüzel kişililerin bir perde gibi kullanılabileceğini kabul edip gerçek kişilerin aynı amaçla araya sokulamayacağını kabul etmek kendi içinde çelişkili görünmektedir.

adalet duygusunun zedelendiğinin tespit edildiği anda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğini ifade etmektedir³⁶⁶.

O güne kadar ortaya atılan görüşleri derli toplu bir şekilde izleme açısından önemli bir görevi ifa eden bu sempozyum sonrasında da bilim insanlarımız bu teori hakkında önemli görüşler ortaya atmışlardır. *Serozan* tüzel kişiliklerde organların işlevi ve sorumluluklarını düzenleyen eski MK m 48’de – mevcut TMK m. 50’ye tekabül etmektedir – örtülü bir boşluk olduğunu belirtmektedir. Bu madde hükmü genel kural olarak tüzel kişilerin iradelerini organları aracılığıyla açıklayabileceklerini ve organların tüzel kişiliği borç altına sokabileceklerini düzenlemiştir. Bu kurala istisna olarak TMK m. 50/1 ve 2 gereğince yetkilerini kullanan organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olacaklarını belirtilmiştir (TMK m. 50/3). Yazara göre TMK m. 50/3’te sadece organların kusurları sebebiyle şahsen sorumlu olacaklarının belirtilmesi, buna karşılık üyelerle ilgili bir düzenleme getirilmemiş olması bir örtülü boşluk yaratmaktadır. Zira bu hüküm ilk iki fıkra düzenlenen genel kurallara organ yönünden bir istisna getirmekte ama tüzel kişiliğin üyeleri açısından suskun kalmaktadır. *Serozan* bu boşluğun ihtiyaç halinde TMK m. 2 hükmü gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağına nisbetle doldurulabileceğini, bu suretle TMK m. 50/3’te öngörülen istisna hükmüne tüzel kişiliğin üyelerinin de dâhil edilebileceğini düşünmektedir. Böylelikle TMK m. 50/1 ve 2 hükümlerindeki imkânları istismar eden üyelerin tüzel kişilik perdesinin gerisinde saklanmalarının önüne geçilebilir. Dolayısıyla, ihtiyaç halinde hâkim TMK m. 1’den aldığı yetkiyle kanun koyucunun yerine geçerek TMK m. 2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının kural düzeltici işlevine dayanarak TMK m. 50/3’te belirtilmeyen tüzel kişinin üyelerinin de kusurlarından dolayı sorumluluklarına hükmedebilir³⁶⁷. Bununla birlikte “*Tüzel kişinin üyelerinin art niyetli, hesaplı bir davranışla sırf sorumluluktan kurtulma amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına sinip saklanma*” gibi ifadelerinden *Serozan*’ın özel olarak kötüye kullanma kastının varlığını aradığı ve ancak bu durumda perdenin kaldırılabilceği düşüncesinde olduğu sonucuna varılabilir³⁶⁸.

Son olarak *Kaplan*’ın da ortaya attığı özgün görüşlerden kısaca bahsedeceğiz. Yazar tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını, tüzel kişiliğe tanınan fiili bağımsızlık ve hukuki serbestinin haksız, amaç dışı ve amaca aykırı gayelerle kötüye kullanılmasını engelleyen bir müeyyide olarak

³⁶⁶ **Yılmaz**, s. 256.

³⁶⁷ *Serozan*, Rona, **Medeni hukuk: Genel Bölüm - Kişiler Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 495.

³⁶⁸ **Yanlı**, s. 71. Ancak *Yanlı*’nın aksine *Tekinalp* bu ifadeleri dolayısıyla *Serozan*’ın subjektif kötüye kullanma teorisine taraftar olduğu görüşünde değildir. Bkz. **Tekinalp / Tekinalp**, s. 394.

nitelendirmektedir. Bu sayede, tüzel kişiliğin arkasında gizlenen gerçek kişiyi sorumlu tutma imkânı belirmektedir³⁶⁹. Yazar, kanuna karşı hile gibi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuran durumlarda istisnai olarak tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin göz ardı edilebileceğine dikkat çekmektedir. *Kaplan* çalışmasında konuyu daha çok usul hukuku perspektifinden ele almaktadır. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepli tek veya hâkim ortağa yönelik hukuki sorumluluk davalarını tasnif etmeye çalışmıştır. Bu bağlamda yazar üç başlık altında farklı dava türleri olduğu tespitinde bulunmaktadır³⁷⁰.

Bunlardan ilki tek veya hâkim ortağın sorumluluğuna yönelik düz perdenin kaldırılması davasıdır. Bu davanın konusu ayrı veya şirketle birlikte hâkim ortağın şirket borcundan dolayı sorumluluğuna hükmedilmesidir³⁷¹. İkinci dava türü ters perdeyi kaldırma halini konu alan ortağın borçlarından dolayı şirketin sorumluluğuna yönelik bir davadır. Bu dava yoluyla ana şirketin boncundan dolayı topluluğa dâhil bağlı şirketlerin sorumluluğuna hükmedilmesi de talep edilebilir³⁷². Yazar son olarak çapraz perdeyi kaldırma talepli davaların olabileceği tespitinde bulunmuştur. Bu dava yoluyla şirketler topluluğu içerisinde bulunan bağlı (yavru) şirket alacaklıları ana şirkete alacaklarının ifası için müracaat edebilir³⁷³. *Kaplan* tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepli hukuki sorumluluk davalarının objektif şartlarını da şu şekilde sıralamaktadır³⁷⁴:

- 1) Şirket ile tek veya hâkim ortak arasında sermayedeki pay sahipliği açısından bir bağımlılık ilişkisi mevcut olmalıdır³⁷⁵;

³⁶⁹ Kaplan, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009, C. XXV, Sa. 4 (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), ss. 37 – 46, (**Kaplan**, Perdenin Kaldırılması), s. 38, 39.

³⁷⁰ Esasında *Kaplan* tüzel kişilik perdesinin kaldırılması türleri olarak farklı kategorilerde değerlendirilen durumların her birini talep konusuna göre ayrı bir dava türü olarak değerlendirmektedir.

³⁷¹ **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 40. *Kaplan* bu davanın özellikle gündeme gelebileceği durumları da incelemiştir. Genel olarak ifade etmek gerekirse bunlar, tek veya hâkim ortağın şirkete zarar verici davranışlarda bulunması ve yetersiz sermaye ile faaliyette bulunmaya itmesi, malvarlıklarının birbirine karışması, yabancı yönetim ve hâkim ortağın şirket borçlarından dolayı kendisinin de sorumlu olacağı yönünde yanlış bir intiba uyandırması halleridir.

³⁷² **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 41.

³⁷³ **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 41.

³⁷⁴ **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 42.

³⁷⁵ Şirketler topluluğu açısından düşüncecek olursak *Kaplan*'a göre ilk olarak bağımlılık ilişkisinin – ve dolayısıyla hâkimiyetin – varlığına ihtiyaç vardır. Yazar bu bağlamda kural olarak pay çoğunluğuna sahip olmanın bir bağımlılık ilişkisi yarattığına işaret etmekte olup bu yaklaşım TTK'nın sistematigiyle de uyumludur. Bunun dışında bir ortağın diğer yollardan şirket üzerinde bağımlılık ilişkisini sağlayacak bir etkiye sahip olması da hâkimiyetin varlığına delalet edebilir. Ancak yazar tartışma yaratacak bir görüş ortaya atmakta ve kural olarak bağımlılık ilişkisinin sürekli veya geçici olmasının, planlı yahut tesadüfi olmasının bir fark yaratmayacağını

- 2) Bağımlılık ilişkisi, pay sahipliği veya pay zilyedliği ile ispatlanmalıdır;
- 3) Tüzel kişi (anonim şirket) ile pay sahibi ortağın, ayrı kişilik iddia ve savunmasının dürüstlük kuralına aykırı düşmesi, yani hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir olması gerekmektedir³⁷⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ilk olarak gündeme geldiği 1960'lı yıllardan sonra uzun bir süre yeterince ilgi görmemiştir. Bunda bu teorinin güçlü yazılı kurallarla benimsenen sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesi gibi yerleşik kurumlara ahlak ve hakkaniyete dayalı argümanlarla bir istisna getiriyor olması etkili olmuş olabilir. Uzun yıllar süren bu ilgisizliğin ardından özellikle 2000'li yıllarla birlikte bu teori hakkında yapılan yayınlarda ciddi anlamda bir artış olduğu gözlemlenmektedir. Tez merkezinin verilerine göre bu konuyla alakalı son 10 yılda hazırlanan yüksek lisans ve doktora tezlerinin sayısı 10'dan fazladır.

1.3.5.4. Değerlendirme

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Türk doktrini tarafından prensip olarak kabul görmektedir. Özellikle bu yaklaşımın eldeki hukuki imkânlar yetersiz kaldığında son çare olarak uygulanmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir. Yukarıda görüşlerini aktardığımız yazarların da ifade ettiği gibi teorinin dayandırıldığı normatif temel TMK 2 maddesinde hükme bağlanan “*Dürüstlük Kuralı*” ve buna bağlı olarak “*Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıdır*”. Kısaca ifade etmek gerekirse şirket yapısının sağladığı ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralları kötüye kullanılarak kişilerin zarara uğratılmasının, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali sonucunu doğuracağı ve bu suretle tüzel kişiliğin bir perdeleme aracı olarak kullanılmasına hukuk düzeninin müsaade etmemesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bu yaklaşım Yargıtay tarafından da kabul görmektedir. Yargıtay tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını hâkim hukuku biçiminde bir son çare olarak nitelendirmektedir³⁷⁷. Bu çarenin uygulanıp uygulanmaması gerekliliğini tespit ederken kararlarında şirketin bir perde gibi kullanılıp kullanılmadığını araştıran Yargıtay iki unsurlu bir değerlendirme yöntemi

ileri sürmektedir. Bkz. **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 42. Şirketler topluluğu açısından bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü geçici ve tesadüfi nitelikteki bir bağımlılık ilişkisinin bağlı şirket üzerinde hâkimiyet tesis ettiği genel olarak kabul görmemektedir.

³⁷⁶ Yazar, kast veya zarar verme niyetiyle hareket ediyor olmanın kötünietli sayılmak ve hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmek açısından yeterli olmadığını ifade etmektedir. Subjektif kusurluluğa ilişkin bu unsurlardan ziyade hukuki bir kuram olarak geliştirilen tüzel kişiliğin amaç dışı ve fonksiyona aykırı kullanımı objektif şart olarak önem taşımaktadır. **Kaplan**, Perdenin Kaldırılması, s. 43.

³⁷⁷ YRG. 9. HD. E. 2014/23021, K. 2014/36630 sayılı ve 2.12.2014 tarihli kararı.

geliştirmiştir. Bu unsurlar *araçsallaştırma* olarak ifade edilen şirketle ortaklar arasındaki ayrımın belirsizleşmesi ve şirketin ortakların amaçları için kullanılan bir araç haline dönüştürülmesi ile *aldatıcı/hileli davranışlarda bulunulmuş olması* şeklinde belirtilmektedir. Bu şartların birlikte gerçekleştiği hallerde Yargıtay şirket yapısının kanun koyucu tarafından öngörülüş amacından saptırılarak kötüye kullanıldığı sonucuna varmakta ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiğinden bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmetmektedir.

Bu bağlamda her hâlükârda *araçsallaştırma* olarak adlandırılan unsurun varlığı ilk şart olarak aranmaktadır. Buna göre öncelikle hukuk tarafından benimsenen şirketin ortaklardan bağımsız ayrı kişiliğinin fiiliyatta ortadan kaldırılmış olması, şirketin adeta hâkim ortak veya ortakların bir kuklası haline gelip gelmediği araştırılmalıdır. Eğer bu şart gerçekleşmişse, ikinci aşamaya yani *aldatıcı/hileli bir davranışta* bulunulup bulunulmadığının araştırılması aşamasına geçilmektedir. İki aşamalı bu yaklaşımın genel olarak olumlu ve etkin sonuçlar doğurduğundan söz edilebilir. Ancak zaman zaman bahse konu unsurların dar veya geniş yorumlanmasına göre farklı sonuçlarla da karşılaşılabilir. Özellikle *aldatıcı / hileli davranış* unsurunun çok dar bir şekilde yorumlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu anlamda Yargıtay 11. HD. E. 2012/7997, K. 2013/7966 sayılı ve 22.4.2013 tarihli onama kararı örnek gösterilebilir. Bahse konu kararda Daire “zarara uğratma kastının” varlığını arayan ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Kararda alacaklının perdenin kaldırılması ve davalının da borçtan sorumlu tutulması yönündeki talebi şu gerekçelerle reddetmiştir:

“...davacının kendisine kredi borcu bulunan dava dışı M... Şti.'nin ortaklarının tüzel kişilik zırhına bürünerek davalı M... Ltd. Şti., A... Ltd. Şti. ve M... Şti.'ni kurarak, ayrıca yakınları olan diğer davalıları da ortak yaparak ya da onlara menfaat sağlamak suretiyle kendisini zarara uğrattıkları ve alacağını sonuçsuz bıraktıkları iddiasıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak dava dışı M... Şti.'nde ve müteselsil borçlu ve ortaklarında bulunan kredi alacağının davalılardan tahsilini istemiş ise de, dosyaya sunulan delillerin bu iddiayı kanıtlayabilecek nitelikte bulunmadığı, zira Menar Narenciye Ltd. Şti.'nin davacı bankadan 17/12/1996 tarihli genel kredi sözleşmesi kapsamında çektiği ve hesabı katedilerek borçlu şirketin temerrüde düştüğü, 05/03/1998 tarihinde mevcut olan 121.647,00 TL banka alacağının davalılardan tahsili için gerekli, davalıların dava dışı M... Şti. ile el ve işbirliği içerisinde alacaklı bankayı zarara uğratmak kastıyla hareket ettiklerine dair olguların kanıtlanamadığı, bu nedenle davacının tüzel kişilik zırhını aşarak doğrudan doğruya tüzel kişiyi oluşturan ortaklara ve bunların ortak olduğu tüzel kişilere karşı alacak talebinde bulunamayacağı, gerekçesiyle davanın reddine...³⁷⁸”.

Bu kararda Alman hukukçu *Serick* tarafından ortaya atılan sübjektif kötüye kullanma teorisini hatırlatır bir uygulama ortaya konulmuştur. Bu teoriye yönelik eleştirileri hatırlatarak özel kötüye kullanma ve zarar verme kastının aranmasının perdeyi kaldırma teorisinin uygulanabilirliğini imkânsız hale getireceğini belirtmek istiyoruz. Dolayısıyla bu kararda olduğu

³⁷⁸ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

gibi zarar verme kastından ziyade objektif olarak şirket tüzel kişiliğinin kanun koyucu tarafından öngörülen meşru amaçların aksine kullanılıp kullanılmadığına bakılmalıdır.

Bu anlamda mesela bir tacir ticari faaliyetlerini yürütmek üzere iki farklı şirket kursa ve işlerini bu şirketlerden biri vasıtasıyla aktif olarak yürütse diğerini de pasif olarak bekletse burada aldatıcı bir davranış olduğundan bahsedilemez. Ancak, aktif olarak faaliyet gösteren şirketin işleri kötüye gider ve borçlarını ödeme kabiliyetini kaybederse işleri devralan diğer şirketin varlık ve kuruluş amacı sorgulanabilir hale gelmelidir. Böyle bir durumda diğer şirketin işlerin kötüye gitmesi ihtimali düşünülerek devreye sokulmak üzere kurulduğu ve gerçekten de aktif olarak faaliyetleyken borca batık hale gelen şirketin faaliyetlerinin diğer şirkete yönlendirildiği durumlarda somut olarak birisini hedef almasa dahi *aldatıcı / hileli davranış* şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira burada objektif olarak şirket tüzel kişiliğinin kanun koyucu tarafından öngörülen meşru amaçların aksine kullanıldığı ortadadır³⁷⁹.

Bununla birlikte şirketle ortakların aşırı derecede iç içe geçtikleri yapılarda, bu ikisi arasındaki ayrılığın fiiliyatta ortadan kaldırıldığı açık bir şekilde görülebiliyorsa, şirketin ortaklarından ayrı bir kişilik olduğu yönündeki savunma veya iddialara karşı ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Böyle bir durumda ayrılık kuralının katı bir şekilde uygulanması hakkaniyet duygularımızı zedeleyecek sonuçlara yol açacaksa, aldatıcı / hileli davranışın yokluğundan bahisle perdenin kaldırılmasından sarfınazar edilmemelidir. Zira şirketin ayrı kişiliğine saygı göstermeyerek onu araçsallaştıran bu suretle türlü menfaatler elde eden ortakların iş sorumluluktan kaçmaya geldiğinde bunu ileri sürmeleri nimet – külfet dengesini bozan, adalet ve hakkaniyet duygularını zedeleyen bir savunma olacaktır. Şirketin ayrı kişiliğinin sadece görünüşte varolan bir faraziyeyle indirgendiği durumlarda şirketin borcu aslında onun aklı ve iradesi olan perde gerisindeki ortağın borcu olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda sıkı sıkıya kusurluluğa yönelik bir araştırma yapılması ve perde gerisindeki hâkim ortağın somut olarak hileli davranışının varlığının aranması şirket yapısının kötüye kullanılmasının müeyyidesiz kalması sonucunu doğurabilecektir.

³⁷⁹ Buna benzer bir davada YRG. 23. HD. E. 2018/349 K. 2020/3772 sayılı ve 24.11.2020 tarihli kararında aldatıcı / hileli davranış yönünde özel bir inceleme yapmaksızın perdenin kaldırılması yönünde bir karar vermiştir : “...Somut olayda, davalı şirketlerin yönetici ve ortaklarının aynı kişiler olması, davalı şirketler arasında organik bağ bulunması ve davalı müflis şirkete ait taşınmaz üzerine kurulacak petrol istasyonunda davalı X Madencilik A.Ş. nin de dava konusu alacaktan sorumlu tutulmasını gerektirdiğinden, mahkemenin aksi yöndeki gerekçesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”

1.4. Şirketler Topluluğu

İşletmelerin merkezileşmesi modern ekonomilerde 20. yüzyılın başından itibaren hızla artan bir eğilim olarak göze çarpmaktadır. İşletmeler – ve bunun hukuk dünyasındaki görünümü olan şirketler – çok farklı şekillerde birbirleriyle bağlanmaktadır. İlk akla gelen merkezileşme biçimi şirket birleşmeleri olmakla birlikte bu yöntemin detaylı ve masraflı prosedürler içermesi, birleşen unsurların hukuki bağımsızlıklarını kaybederek sona ermesi şeklinde esaslı sonuçlarının olması gibi sebeplerle başka yollar da kullanıma sokulmuştur³⁸⁰. Bu anlamda en sık başvuru merkezileşme yöntemi şirketler topluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle hukuki bağımsızlığını muhafaza eden şirketler arasında bir bağlılık ilişkisi kurularak ekonomik bütünlük sağlama amacıyla merkezi bir yönetim altında tutulmaları mümkün olmaktadır³⁸¹.

Bu kapsamda şirketler topluluğu, hukuken bağımsız muhtelif sayıda işletme veya şirketin ekonomik bir bütünlük sağlama amacıyla bir teşebbüsün sevk ve yönetimi altında toplanarak oluşturdukları yapılar olarak tanımlanabilir³⁸². Ekonomik hayat içerisinde hukuken ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketler etki, hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık ilişkileri gibi bir takım bağlar sonucunda yoğunlaşma ve gruplaşma yoluna gidebilirler³⁸³. Dilimizde şirketler topluluğu olarak terimleştirilen bu olgu artık şirketlerden bağımsız bir inceleme konusu haline gelmiştir³⁸⁴.

Şirketler topluluğu kavramının ilk olarak 1902 yılında Avusturyalı hukukçu *Landesberger* tarafından kullanıldığı belirtilmektedir³⁸⁵. Bu yapılar zaman içerisinde ekonominin esas aktörleri haline gelmiştir. Hatta bazı topluluklar ülkelerin milli gelirlerini dahi aşacak ekonomik büyüklüklere ulaşmıştır³⁸⁶. Çok uluslu toplulukların dünya ticaretinin yaklaşık 2/3'ünü kontrol eder hale geldiği ifade edilmektedir³⁸⁷.

Gündelik hayatta şirketler topluluğuyla eş anlamlı olarak, şirketler grubu (*group of companies*), holding gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Alman hukukunda *konzern*

³⁸⁰ Aytaç, Zühtü, “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, Aralık 1976, ss. 97-124, s. 97, 98.

³⁸¹ Aytaç, s. 98.

³⁸² Magnus, Frédéric, **Les Groupes De Sociétés et La Protection Des Intérêts Catégoriels**, 2011, s. 13; Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar zum Gesellschaftsrecht)**, Cilt. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, (Pulaşlı, Şerh C. I), sh. 515.

³⁸³ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 513.

³⁸⁴ Mehaz Alman hukukunda *Konzern* olarak adlandırılan yapının hukukumuzda şirketler topluluğu olarak tercüme edilerek aktarılması eleştirilmekte ve şirketler topluluğu yerine teşebbüsler veya işletmeler topluluğu teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Türkmen, Emre, **Şirketler Hukuku Şerhi** (Editör: Kemal Şenocak), Cilt I, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, sh. 666.

³⁸⁵ Antunes, Jose Engracia, “Enterprise Forms and Enterprise Liability: Is There A Paradox in Modern Corporation Law?”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, 2005, pp. 187 – 225, (Antunes, Enterprise), s. 265.

³⁸⁶ Avgitidis, s. 2.

³⁸⁷ Boyacıoğlu, Cumhur, **Konzern Kavramı**, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 31, dn. 15.

kavramıyla ifade edilen şirket kümeleşmelerini ifade etmek üzere TTK şirketler topluluğu kavramını kullanmaktadır³⁸⁸. Bu noktada zaman zaman yanlış anlaşılabilen “holding” kavramından da kısaca bahsetmek faydalı olabilecektir. TTK m. 519/4’te başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan şirketler holding şirketler olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda holding esasında başka şirketlere katılma şeklinde belirtilen bir şirket faaliyetine verilen isimdir. Söz konusu şirketin tek faaliyeti bu ise saf holdingden bahsedilebilir. Bunun yanında başka ticari faaliyetleri de söz konusuysa bu şirketin bir karma holding olduğu ifade edilebilir³⁸⁹.

Holdingin mutlaka bir şirketler topluluğuna vücut vermesi şart değildir³⁹⁰. Ancak TTK m. 195 gereğince kurulmuş bir hâkimiyet bağı söz konusuysa şirketler topluluğunun parçası olan bir holding şirketten bahsedilebilir. Her ne kadar gündelik konuşma dilinde holding bütün bir topluluğu ifade etmek için kullanılan bir tabirse de böyle bir durumda holding kavramı topluluğu bir arada tutan çatı şirketi ifade etmek üzere kullanılmalıdır³⁹¹. Bu çatı şirket TTK’da belirlenen şirket tiplerinden herhangi birinde olabilir. Yani holding diye ayrı bir şirket tipi bulunmamaktadır. Uygulamada genellikle holding şirketlerin anonim şirket olduğu görülmektedir³⁹².

1.4.1. Şirketler Topluluğunun Oluşumu

İktisadi ve ticari hayatta yaşanan gelişmeler yeni kurumsal form arayışlarına da yol açmıştır. Şirket gruplaşmaları da uygulamadaki ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkan yapılardır. Bu ihtiyaçlar iktisadi ve hukuki sebeplerden kaynaklanabilir. Bu ihtiyaçları gidermek için tacirler mevcut hukuki imkânlar dâhilinde çeşitli şekillerde çok şirketli yapıları hayata geçirerek kullanmışlardır. Bu kısımda şirketler topluluğunu ortaya çıkaran pratik nedenler ile bu yapıların hukuki olarak oluşumunu kısaca izah edeceğiz.

³⁸⁸ Misili, Sinan, Şirketler Topluluğu Hukuku “Tarihçe Ve Terminoloji”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 13 . Sayı 52 . Ekim 2022, ss. 159 – 194, s.159. Kullanılan diğer kavram ve terimlerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Boyacıoğlu**, s. 7-27.

³⁸⁹ **Misili**, s. 184; Akın, İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2014, s. 242. Buna karşılık *Tekinalp* başka işletmelere katılmaktan başka sınai veya ticari faaliyetlerde de bulunan şirketlerin holding şirket olarak değerlendirilemeyeceği; çünkü Türk hukuk sisteminin sadece saf holdingleri holding şirket olarak kabul ettiği görüşündedir. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye, s. 618.

³⁹⁰ **Pulaşlı**, Şerh C. I, s. 523.

³⁹¹ **Akın**, s. 43.

³⁹² **Yanlı**, s. 149.

1.4.1.1. Ortaya Çıkış Nedenleri

Şirketler topluluğunu ortaya çıkaran nedenler, genel olarak iktisadi ve hukuki nedenler olmak üzere ikiye ayrılabilir.

1.4.1.1.1. İktisadi Nedenler

İşletmeler arasında merkezi yoğunlaşma – diğer bir deyişle işletmelerin konsantrasyonu – hem ekonominin dayattığı bir olgu hem de makro düzeyde teşvik edilen bir eğilim olarak dikkati çekmektedir. İşletmelerin – ve dolayısıyla şirketlerin – bir araya gelerek koordineli bir şekilde güç birliği yapmaları ulusal ekonomilerin rekabet gücünü artıran bir faktör olarak değerlendirilmektedir³⁹³.

Şirket gruplaşmalarının mikro düzeyde de önemli avantajları bulunmaktadır. İşletmelerin büyüme yolunda izlediği stratejilerden belki de en yaygın olanı grup bünyesine yeni şirketleri eklemektir. Bu ya yeni kuruluş ya da devralma yoluyla olabilir. Şirketler topluluğunun sağladığı yapısal özelliklerin hızla büyümeye yardımcı olduğundan bahsedilebilir³⁹⁴. Özellikle büyüyerek uluslararası boyutta faaliyet göstermek isteyen girişimciler için çok uluslu topluluklar önemli bir imkândır. Faaliyette bulunulmak istenen ülkede kurulacak ya da kontrol altına alınacak bir şirket tabiyetten kaynaklanan pek çok engelin aşılmasında yardımcı olacaktır. Bu sayede topluluk gümrük, ithal sınırlamaları ve bürokratik engellerden kaynaklanan sorunları kolaylıkla aşabilecektir. Şirketler topluluğunu yöneten irade yabancı olsa da yerelde faaliyet gösteren şirket sayesinde bu yabancılıktan doğan dezavantajlarını aşacak ve neredeyse yeni bir tabiyet daha kazanmış gibi olacaktır³⁹⁵. Yine büyüme açısından konuya yaklaşırsak diğer bir büyüme stratejisi olan birleşmeye göre bir şirketin kontrolünü ele geçirerek hâkimiyet kurmak daha az maliyetli bir adım olacaktır. Zira ilkinde bir şirketi tamamen devralmak gerekirken diğerinde çoğunluk hisselerini iktisap etmek yeterlidir³⁹⁶.

Bu şekilde çok şirketli bir yapı altında faaliyet göstermenin yönetsel anlamda da önemli avantajları bulunmaktadır. Herşeyden önce işletme faaliyetinin merkezi bir strateji izlenerek yürütülüyor olması önemli bir avantajdır. Öncelikle bir üretim faaliyetinin birbirini tamamlayan farklı aşamalarını yürüten dikey yapılanmalarda üretim maliyetlerinden önemli oranda tasarruf edilebilecektir. Zira ara faaliyetler için bir kâr dağıtımı söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında

³⁹³ Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II), s. 699.

³⁹⁴ Misili, s. 176.

³⁹⁵ Boyacıoğlu, s. 31, 32.

³⁹⁶ Misili, s. 177; Boyacıoğlu, s. 33.

finansal kaynakların da topluluk şirketlerine ihtiyaç halinde tevzi mümkün hale gelmektedir. Bunun yanında topluluk şirketleri arasında know-how, teknik bilgi ve tecrübe aktarımı da fark yaratan bir sinerji sağlamaktadır³⁹⁷.

1.4.1.1.2. Hukuki Nedenler

Girişimi çok şirketli bir yapı altında şekillendirmenin hukuki anlamda da sağladığı önemli avantajlar vardır. Her şeyden önce şirket formunun sunduğu sınırlı sorumluluk bir girişimin çok şirketli bir yapı altında kurumsallaştırılması halinde daha da güçlendirilecektir. Topluluk şirketlerinden birisi ödeme güçlüğü içerisine düşerse diğer topluluk şirketleri bu durumdan etkilenmeksizin faaliyetlerine devam edebilecektir. İşletme faaliyeti tek şirket altında yürütülüyor olsaydı alacaklılar bu faaliyete tahsis edilen malvarlığının tamamı üzerinden sorumluluk iddialarını ileri sürebilecekti. Çok şirketli bir topluluk yapısı işletmeye ayrılan malvarlığını bölümlere ayırarak izole etme imkânı sağlamaktadır. Hâkimiyet bağı sayesinde topluluk tek şirket gibi yönetilip yönlendirilmekte; ancak, tek şirket gibi sorumlu tutulamamaktadır. Bu şekilde girişimin riskleri asgari seviyede tutularak işletme üzerinde azami seviyede etki kurulabilmektedir³⁹⁸. Esasında sermaye şirketlerine yatırımı teşvik amacıyla öngörülen sınırlı sorumluluk şeklindeki bir imkân ve imtiyazın uygulamada böyle bir sonuca da yol açması eleştirilen bir durumdur³⁹⁹. Bize göre de bir işletmenin ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarını boşa çıkarmak amacıyla aşırı derecede bölümlendirilerek bir şirketler topluluğu altında kurumsallaşması hukuki olarak olanaklı olmakla birlikte ahlaki açıdan sorunlu bir durumdur. Bu yapının bu şekilde kötüye kullanılmasına hukuk düzeni müsaade etmemelidir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ **Boyacıoğlu**, s. 33, 34; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 702.

³⁹⁸ **Boyacıoğlu**, s. 37.

³⁹⁹ *Blumberg* bunun bilinçli bir tercih olmadığını; ortaya çıkaracağı sonuçları öngörememeden kaynaklanan tarihi bir kaza olduğunu belirtmektedir **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 55, 56. *Vandekerckhove* tek bir şirket açısından bakıldığında sınırlı sorumluluğu destekleyen argümanların şirketler topluluğu söz konusu olduğunda aynı etkiyi doğurmadığını şu şekilde özetlemektedir: “Özellikle şirket grupları ile ilgili olarak, sınırlı sorumluluğu destekleyen ekonomik argümanların bireysel yatırımcıları olan tek bir şirket fikrine dayandığı sıklıkla dile getirilmektedir. Bu argümanlar, bir ana şirketin iştirakleriyle birlikte aktif olarak faaliyet gösterdiği bir durumda geçerli olmayacaktır. Böyle bir durumda korunması gereken pasif yatırımcılar yoktur, genellikle mülkiyet ve kontrol ayrımı yoktur, hisselerin tedavülünü teşvik etmeyi gerektiren bir durum da yoktur. Bilgi alma ve izleme maliyetleri de söz konusu değildir. Ana şirketler portföylerini çeşitlendirebilmekte ve riskleri kolaylıkla yayabilmektedir; ayrıca, bireysel yatırımcıların aksine, yatırımcı olarak finansal kurumlar da aynı çeşitlendirme yeteneğine sahiptir. Ayrıca, sermaye piyasalarının etkinliğine ilişkin argüman, bağlı ortaklığın hisselerinin tamamının ana ortaklığa ait olması durumunda daha az geçerlidir. Son olarak, kurumsal alacaklıların icra maliyetleri şirket gruplarında daha azdır; çünkü alacaklılar doğrudan çok sayıda hissedar yerine ana şirketi takip edebilirler. Sonuç olarak, tarihsel ve ekonomik perspektiften bakıldığında, sınırlı sorumluluk ve şirket grupları iyi bir birliktelik gibi görünmemektedir”. **Vandekerckhove**, s. 9.

⁴⁰⁰ Bkz. Aşa. s. 258 vd.

Sorumluluk konusunda sağladığı bu olanaklar dışında vergi hukukundan kaynaklanan avantajlar da şirketler topluluğunu teşvik eden hukuki sebeplerdendir. Şirketler topluluğunu birden fazla tüzel kişilikten oluşmasına rağmen vergi hukuku yönünden tek bir ekonomik bütünlük olarak değerlendiren yaklaşım Türk Vergi Hukuku'nda kabul görmemektedir. Her bir topluluk şirketi, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip vergi mükellefi olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla topluluğun genel olarak kâr ve zararını hesaplayarak konsolide olarak sonuca bağlama ve bu miktar üzerinden kurumlar vergisi ödeme şeklinde bir uygulama hukukumuzda yoktur⁴⁰¹. Bununla birlikte Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) m. 5/1'de öngörülen istisna benzer bir vergi avantajı sağlamaktadır. Bu istisnaya göre kurumların başka bir kuruma iştirakinden sağladıkları kazançlar kurumlar vergisi kapsamı dışında tutulabilir. Böylelikle çifte vergilendirmenin önüne geçilebilmektedir. Topluluk hâkimi teşebbüsün hâkimiyeti altındaki bağlı şirketler vasıtasıyla elde ettiği gelirlerin ikinci kez vergilendirilmemesi bu tip yapıların yaygınlaşmasında önemli bir pay sahibidir⁴⁰². Öte yandan şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketli bir yapı kurma olanağı yatırım çekmek amacıyla vergi teşvik ve avantajları sağlayan ülkeleri seçerek buralardan işletme faaliyetini idare etmeyi ve vergi kolaylıklarından yararlanmayı mümkün kılmaktadır. Buna göre topluluk hâkimi ana şirket böyle bir ülkede konuşlanırsa kural olarak topluluk hâkimine aktarılan topluluk gelirleri bu avantajlı vergi rejimi kapsamında vergilendirilecektir. Bu sayede topluluk vergi giderlerinden ciddi anlamda tasarruf edebilecektir⁴⁰³.

1.4.1.2. Hukuki Olarak Ortaya Çıkış Biçimleri

TTK hükümlerine göre şirketler topluluğu genel olarak iştirake dayalı olarak veya bir sözleşme temelinde hayata geçirilebilir. TTK'nın esas aldığı ve daha kapsamlı bir şekilde düzenlediği topluluklar iştirake dayalı olarak kurulabilen fiili topluluklardır.

1.4.1.2.1. Fiili Şirketler Topluluğu

Eğer hâkimiyet TTK m. 195/1'de bahsedildiği üzere oy hakkı çoğunluğu, yönetimde etkinlik gibi iştirake dayalı hususlara dayanıyorsa fiili bir şirketler topluluğu bulunmaktadır. Bu tarz kontrol araçları zorunlu olarak fiili bir hâkimiyetin ve dolayısıyla hâkim şirket tarafından

⁴⁰¹ Karataş Durmuş, Neslihan, "Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1 (2) , 2015, ss. 71-84, s. 77.

⁴⁰² Boyacıoğlu, s. 36.

⁴⁰³ Boyacıoğlu, s. 36.

idare edilen bir şirketler topluluğunun varlığı sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla bu şartların varlığına rağmen hâkimiyet bağının kurulmadığı şeklinde bir iddiada bulunulamaz⁴⁰⁴. Esasında fiili topluluk tabiri iştirake dayalı kontrol araçlarının varlığının hâkimiyet için yeterli olduğu; bunların eylemli olarak kullanılmasına gerek olmadığı düşünüldüğünde yanlış anlaşılmaya müsaittir. Yani fiili toplulukta hâkimiyeti sağlayan araçların fiili olarak kullanılması şart değildir. Bundan dolayı *Tekinalp* öğretinin Alman hukukundaki terminolojiye dayanarak yaygın olarak kullandığı bu kavram yerine “iştirake dayalı topluluk” tabirinin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁰⁵.

Türk Ticaret Kanunu’nun model olarak düzenleme altına aldığı topluluklar fiili topluluklardır. Bunun altında yatan sebep uygulamada sözleşmesel toplulukların kabul görmemiş olmasıdır. Bununla birlikte TTK hükümleri sözleşmesel topluluklar için de uygulanma kabiliyetini haizdir.

1.4.1.2.2. Sözleşmesel Şirketler Topluluğu

Sözleşmesel veya akdi topluluk olarak adlandırılan topluluklar bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak hayata geçirilen topluluklardır. Topluluğun temelini oluşturan bu sözleşme hâkimiyet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

Hâkimiyet sözleşmesinin hükümlerini TTK m. 195/1(b), 198/3 ve Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSYön) m. 106 hükümlerine dayanarak tespit etmek mümkündür⁴⁰⁶. Hâkimiyet sözleşmesi TSYön m. 106/1’de “*aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar buradaki tanım sadece sermaye şirketlerinden bahsetse de TTK hükümlerine uygun olarak bunu ticaret şirketi olarak anlamak uygun olacaktır. Zira tasarının ilk halinde topluluğu oluşturan şirketlerin sermaye şirketleri olması öngörülmüş; ancak komisyon aşamasında bu ticaret şirketi olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin yönetmeliğe aktarılmamasından kaynaklanan böyle bir çelişki oluşmuş olabilir. Hâkimiyet sözleşmesinin

⁴⁰⁴ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet, **Şirketler Hukuku: Genel Esaslar**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, sh. 668.

⁴⁰⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 619.

⁴⁰⁶ **Tekinalp**, Sermaye, s. 620.

geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması (adi yazılı şekil), bağlı şirketlerin genel kurulunca onaylanması ve sicile tescil ettirilmesi şarttır (TSYön 106/2)⁴⁰⁷.

Sözleşmenin tarafları olan şirketler, birinin diğerinin yönetim organına talimat verme yetkisine sahip olması konusunda anlaşmaktadır. Talimat alan konumundaki şirketin aynı zamanda bir topluluğun hâkimi olması gerekmektedir. *Tekinalp*'e göre sözleşme gereğince hâkimiyet altına girecek olan bu şirketin kendisine bağlı yavru şirketler üzerindeki hâkimiyetinin iştiraktan kaynaklanıyor olması gereklidir⁴⁰⁸. Dolayısıyla talimat veren konumundaki A şirketi talimat alan B şirketiyle, bu şirketin bağlı şirketler üzerindeki yönetimiyle ilgili olarak talimat verme yetkisine sahip olması konusunda anlaşmaktadır. A ve B arasındaki bu sözleşmenin B'ye bağlı yavru şirketlerin genel kurulunda onaylanması gerekmektedir. Bu sözleşme sayesinde A sözleşmenin diğer tarafı B üzerinde doğrudan, B'nin bağlı şirketleri üzerindeyse dolaylı olarak hâkimiyet kurmaktadır. *Tekinalp*'e göre ana şirket aynı zamanda iştirak sahibi olsa dahi hâkimiyetin kaynağı sözleşme olduğundan topluluk yine sözleşmesel bir topluluk olarak nitelendirilir⁴⁰⁹.

Sözleşmenin konusu olan talimat verme yetkisi mutlak olmalıdır. Yani bu yetki gereğince hâkim şirket bağlı şirket üzerinde TTK m. 203'te öngörüldüğü üzere tam hâkimiyet kurmuş olmalıdır. Bu anlamda bağlı şirketin yönetim organı hâkim şirket tarafından verilen talimatlara uymak zorunda olmalı; dolayısıyla verilen talimatlar bağlı şirketin yönetim organı ve genel kurulu üzerinde kayıtsız şartsız bağlayıcı bir etkiye sahip olmalıdır⁴¹⁰.

Bununla birlikte kısmi hâkimiyet sözleşmesi akdetmek de mümkündür. Bir topluluğun tepe noktasındaki hâkim şirket topluluk içerisindeki bir şirketle hâkimiyet sözleşmesi yaparak ona topluluk içerisindeki başka birtakım bağlı şirketlere talimat verme yetkisi tanıyabilir⁴¹¹.

Tekinalp hâkimiyet sözleşmesine uygulanacak maddeleri TTK m. 195, 198, 199, 200, 201,202, 207 ve 209 olarak sıralamakta; ancak şirketler topluluğuna ilişkin diğer birtakım kuralların neden uygulanamayacağıyla ilgili bir açıklamada bulunmamaktadır⁴¹².

⁴⁰⁷ Tescil şartı yerine getirilmemiş olsa dahi, hâkimiyet ilişkisi eldeki sözleşme gereği kurulmuşsa bu durum TTK m. 195/1 (b) kapsamında başka bir yolla ibaresi kapsamında değerlendirilmelidir. *Ayhan/Çağlar/Özdamar*, s. 673.

⁴⁰⁸ *Tekinalp*, Sermaye, s. 620.

⁴⁰⁹ *Tekinalp*, Sermaye, s. 620.

⁴¹⁰ *Tekinalp* talimat alan konumundaki şirketin aynı zamanda bir topluluğun hâkimi olması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre hâkimiyet altına girecek olan bu şirketin kendisine bağlı olan yavru şirketler üzerindeki hâkimiyeti iştiraktan kaynaklanıyor olmalıdır. Bkz. *Tekinalp*, Sermaye, s. 621.

⁴¹¹ *Tekinalp*, Sermaye, s. 620.

⁴¹² *Tekinalp*, Sermaye, s. 621.

TTK m. 195 ve devamı düzenlemeler ışığında şirketler topluluğunu oluşturan hâkimiyetin dayandığı esasın iştirak olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla pay sahipliği, oy hakkı çoğunluğu gibi iştirake taalluk eden unsurlara sahip olunmaksızın kurulan hâkimiyet TTK hükümlerine göre istisnai niteliktedir. Bu bağlamda TTK sisteminde sadece fiili toplulukların düzenlendiği, buna karşılık sözleşmesel toplulukların düzenlenmediği ama tanındığı ifade edilebilir⁴¹³. Kanunun bu tip toplulukları tanınmasının altında yatan sebep Almanya'yla olan yoğun ticari ilişkiler olarak gösterilmektedir⁴¹⁴.

1.4.2. Türleri

Mehaz Alman APOK m. 18 hâkimiyet ilişkisinin söz konusu olduğu konzern ile eşit düzeyde bulunan işletmeler arasında kurulan konzern arasında bir ayrıma gitmektedir. Bu madde hükmünün birinci fıkrasında hâkim şirket ve altında ona bağlı olarak bulunan işletmelerin oluşturduğu dikey topluluklar düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise eşit düzeydeki işletmelerin tek elden yönetim altına toplanmasıyla oluşturulmuş yatay topluluklar tarif edilmiştir⁴¹⁵.

1.4.2.1. Dikey Topluluk

Dikey olarak yapılanan şirketler topluluğunda (*Vertical Groups; Unterordnungskonzerne*) hâkim ve bağlı şirketler şeklinde belirlenmiş hiyerarşik bir düzen bulunmaktadır. Topluluğun tepesinde topluluk politikalarını belirleyen ve bağlı işletmelere bunu uygulatan bir topluluk hâkimi bulunmaktadır⁴¹⁶. Dolayısıyla dikey topluluklara karakterini veren en önemli unsur hâkimiyet ilişkisidir.

⁴¹³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 705.

⁴¹⁴ *Tekinalp* Alman konzern hukukuyla Türk şirketler topluluğu hukukunun ayrıştığı noktaları irdelerken Alman hukuku için hâkimiyeti sağlayan asli unsurların yönetim hakkı bahşeden sözleşmesel araçlar olduğunu belirtmektedir. Sistemin dayanak noktası hâkimiyet sözleşmesi ve bu temelde ortaya çıkan sözleşmesel konzerndir (*Vertragskonzern*). Bu sistemde iştirake ilişkin oy çokluğu, yönetimde çoğunluk gibi unsurlar da hâkimiyetin kurulmasını sağlayabilir ve bir fiili konzernin oluşmasını gündeme getirebilir. Türk hukukunda ise aslolan iştirake ilişkin hâkimiyet unsurlarının varlığıdır. Sözleşmeye dayalı olarak kurulan şirketler topluluğu bir istisna olarak görülmektedir. Hatta yazar kontrol ilkesini kabul eden TTK sisteminde sözleşmeye dayalı topluluğa hiç yer verilmemesinin dahi düşünülebileceğini ifade ederek bu tip toplulukların tanınmasına dahi soğuk bakmaktadır. Ancak eğer sözleşmesel topluluklar tanınmamış olsaydı Almanya'da hâkimiyet sözleşmesi gereğince kurulmuş bir topluluğa dâhil şirketler hakkında TTK hükümleri uygulanamazdı. **Tekinalp**, Sermaye, s. 610, 611, 620.

⁴¹⁵ Okutan Nilsson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, (**Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku), s. 68.

⁴¹⁶ **Yanlı**, s. 143

1.4.2.2. Yatay Topluluk

Dikey toplulukların aksine bu tarz şirketler topluluğunda, toplulukla bağlantılı işletmeler arasında hiyerarşik bir hâkimiyet ilişkisi bulunmamaktadır. Bu topluluklar eşit düzeyde birden fazla işletmenin sözleşme gibi kontrol dışında bir bağ sebebiyle ortak bir yönetim altında toplanmasıyla ortaya çıkan topluluklardır⁴¹⁷. Bunlarda hâkim şirket – bağlı şirket ilişkisi söz konusu değildir⁴¹⁸. Dolayısıyla daha çok tek elden yönetim sistemini benimseyen Alman konzern hukuku çerçevesinde kabul görebilecek nitelikte topluluklardır.

Görünüm olarak yatay toplulukların (*Vertical groups*) bağlılık ilişkisi olmaksızın daha çok işbirliği, sözleşme, akrabalık ilişkisi ve benzer tarzda esnek bağlarla ilişkilendirilmiş işletmeler arasında ortaya çıktığı görülebilmektedir⁴¹⁹. *Akın* bu tarz toplulukların özellikle uluslararası işbirliği çerçevesinde ve sigorta sektöründe yaygın olarak ortaya çıkabildiğini not etmektedir. Bu toplulukların tipik görünüm şekli arka planda bir şirket veya ailenin bulunduğu durumlardır. Geri planda bulunan bu şahıslar bağlı işletmeler üzerinde bağlılık ilişkisi niteliğinde olmayan etkinliklerini kullanarak ortak bir yönetim kurmaktadır⁴²⁰.

Bu tip topluluklar sözleşme temelinde veya fiili olarak meydana gelebilir. Fiili yatay topluluklarda bağlantılı işletmeler belli bir süre ortak yönetim altına girmektedir. Bu yönde bir anlaşmanın olup olmaması veya ortak bir yönetimin bilinçli olarak oluşturulmuş olması gerekli değildir. Fiili olarak bu durumun ortaya çıkması yeterli görülmektedir⁴²¹. Özellikle ortak yöneticiler, karşılıklı iştirak, personelin ortak kullanımı gibi unsurlar tek elden yönetimin meydana geldiğini ortaya koyan karineler olarak kabul görebilir.

Yatay topluluklar eşit düzeydeki işletmeler arasında kurulduğundan bunlar kardeş işletmeler (*schwesterengesellschaften*) olarak adlandırılmaktadır. Dikey topluluklarda olduğu gibi hâkim-bağlı şirket şeklinde bir hâkimiyet ilişkisi meydana gelmekteyse yatay topluluktan bahsedilemez. Bu anlamda yatay topluluklarda tüm işletmeler eşit olarak söz sahibidirler. İşletmelerin istedikleri zaman topluluktan ayrılma imkânları bulunmalıdır⁴²².

⁴¹⁷ Andenas, Mads/ Wooldridge, Frank, **European Comparative Company Law**, Cambridge, 2009, s. 448.

⁴¹⁸ Bu özelliği sebebiyle yatay topluluklar Alman hukukunda eşit düzey konzern (*Gleichordnungskonzerne*) olarak adlandırılmaktadır, bkz. **Yanlı**, s. 143; Wimmer-Leonhardt, Susanne, **Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, s. 455.

⁴¹⁹ Ayhan, Alanur, **Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirakın Sonuçları Ve Pay Sahipliği Haklarına Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 45.

⁴²⁰ **Akın**, s. 40, 41.

⁴²¹ **Akın**, s. 41.

⁴²² **Akın**, s. 42.

Her ne kadar kontrol sistemini benimseyen Türk şirketler topluluğu hukukunun yatay toplulukları tanımadığı, sadece dikey toplulukların şirketler topluluğu olarak nitelendirilebileceği belirtilse de TTK m. 195/1 (b)'de hâkimiyetin kurulması noktasında oldukça geniş bir çerçeve benimsemiştir. Dolayısıyla kanunun gerekçesinde hâkimiyetin kurulmasına hizmet edebilecek birtakım borçlar hukuku sözleşmelerine atıflar yapılmış olsa da kanun metninde geçen “veya başka bir yolla” ibaresi sözleşme dışı durumları da kapsamaya müsaittir. Bu hususa gerekçede de dikkat çekilmiş, çerçevenin çizilmesinde doktrin ve içtihatların işlevi vurgulanmıştır. Bu bağlamda her ne kadar doktrinde yatay toplulukların TTK kapsamında olmadığı ifade ediliyor olsa da kanaatimizce TTK m. 195/1 (b) bu toplulukların da kapsam altına alınmasını sağlayacak bir çerçeve sunmaktadır. Özellikle somut kıstaslara dayanmayan, daha çok akrabalık gibi manevi bağlara dayanan etki ve müdahalelerin söz konusu olabileceği topluluk yapıları açısından böyle bir açılımın olumlu sonuçlar doğuracağı muhakkaktır.

1.4.2.3. Muhtelif Topluluklar

Muhtelif topluluklar (*Conglomerate Groups*) ne dikey ne de yatay topluluk olarak nitelendirilmeleri mümkün olan topluluklardır. Bu her iki yapının özelliklerini de taşıyan bir topluluk hali söz konusudur. Özellikle birbiriyle çok da ilgili olmayan farklı sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerden müteşekkil topluluklar bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu topluluklarda dikey topluluklardakine benzer bir yapılanma olmakla birlikte bağlı şirketler dikey topluluklarda olduğu haliyle sıkı bir hâkimiyet altında değildir. Dikey topluluklara nazaran daha esnek bir bağlılık ilişkisi söz konusudur. Bağlı şirketler daha otonom şirketler olarak faaliyetlerini yürütmektedir. Bu özellikleri sebebiyle bunlar yatay topluluklara da benzemektedir.

1.5. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Topluluğu

Türk Ticaret Kanunu'na göre şirketler topluluğu kendisi de iktisadi bir faaliyet içerisinde bulunan bir teşebbüsün veya bir şirketin kontrolü altında en az iki ticaret şirketiyle birlikte oluşturduğu; ortak ekonomik hedefler etrafında şekillenen bir yapıdır.

Bir topluluğun TTK'ya göre şirketler topluluğu olarak tanınması için belirli şartların gerçekleşmesi ve topluluğun birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Kanunun aradığı nitelikleri haiz olmayan şirket kümeleşmeleri “*şirketler topluluğu*” olarak değerlendirilmez ve dolayısıyla TTK hükümlerine tabi olmaz.

Bu anlamda iki ana unsurun varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlar topluluk/kümeleşme ve topluluğu bir şirketler topluluğu haline getiren hâkimiyet unsurlarıdır. Topluluk kavramı

şirketler topluluğunun maddi olarak birden fazla bileşenden oluştuğuna vurgu yapmaktadır. Şirketler topluluğunu oluşturan bu bileşenlerin sahip olduğu özellikler ve üzerinde inşa edildikleri hukuki sebep önemlidir. Ancak TTK m. 195'e göre başlı başına bir kümeleşmenin varlığı şirketler topluluğunun oluşumu için yeterli değildir. Bu topluluğu şirketler topluluğu haline getiren unsur hâkimiyettir. Hâkimiyet kısaca topluluk üyelerini birbiriyle ilişkilendiren hukuki bağ olarak ifade edilebilir.

1.5.1. Topluluk

Bir şirketler topluluğunun varlığı için haliyle birden fazla şirkete ihtiyaç vardır. Dolayısıyla öncelikle fiziksel olarak bir topluluğun ortaya çıkmış olması gerekmektedir. TTK hükümlerinin uygulama yeri bulabilmesi için şirketler topluluğunun bu düzenlemeler çerçevesinde geçerli bir şekilde teşekkül etmiş olması icap eder. Şirketler topluluğu TTK'da açıkça tanımlanmamıştır; sadece hangi hallerde bir topluluğun oluştuğuyla ilgili hükümler TTK m. 195'te gösterilmiştir⁴²³. TTK m. 195/4 bu anlamda önemli bir göstergedir: *“Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır”*.

TTK m. 195/4 uygulamadaki gerçekliği esas alarak bir düzenleme getirmiş ve sadece şirketlerden müteşekkil bir şirketler topluluğu öngörmüştür. Bu bağlamda Almanya'da ve AT'nin 7. Yönergesinde belirlenen işletme esasından ayrılan TTK, şirketler topluluğunun teşekkülünde ticaret şirketi kavramını esas almıştır (TTK 195/1)⁴²⁴. Ancak TTK m. 195/5 bu kurala önemli bir istisna getirmektedir. Burada şirketler topluluğuna hâkim olan ortağın bir *“teşebbüs”* de olabileceği belirtilmiştir. Teşebbüs kavramsal olarak şirketi de içine olan oldukça geniş kapsama sahip bir terimdir. Dolayısıyla topluluğun hâkiminin mutlaka bir ticaret şirketi olması şart değildir. Diğer gerçek veya tüzel kişiler ile adi ortaklıklar da topluluk hâkimi olabilir⁴²⁵. Buna karşılık topluluk hâkimi yönünden kabul edilen bu istisna bağlı şirketler için geçerli değildir.

⁴²³ Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 658.

⁴²⁴ Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 659; Türkmen, s. 680.

⁴²⁵ Şirketler topluluğunun hâkiminin bir teşebbüs olması nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur. Kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin sebebi esasında şirketlerden oluşan bir yapının tepesine bir teşebbüs getirilerek TTK hükümlerinin etkisiz hale getirilmesinin önüne geçmektir. bkz. Tekinalp, Sermaye, s. 614. Buna karşılık *Pulaşlı* sermaye şirketleri esas alınarak düzenleme altına alınan şirketler topluluğunun tepesinde ömrü sınırlı bir gerçek kişinin olabileceği şeklindeki bir kabulün ekonomik gerçeklerle çatışacağını ve kurumsallaşmayı sekteye uğratacağını belirtmektedir. bkz. *Pulaşlı*, Şerh C. I, s. 529.

Yani teşebbüsler bağlı şirket pozisyonunda bulunamaz. Bağlı şirketin bir ticaret şirketi olması gerekmektedir⁴²⁶.

Bu bağlamda TTK m. 195/4'e göre bu yapıda ana veya ara hâkim şirketler ile bağlı yavru şirketler yer bulabilir. Azami şirket sayısı ile ilgili herhangi bir kısıtlama yoktur. Buna karşılıksız şirket sayısı ile ilgili bir görüş birliği bulunmamaktadır. *Tekinalp* şirketler topluluğunun varlığı için topluluk bünyesinde asgari üç şirketin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu en küçük topluluk modelinde en az bir hâkim şirket ve ona bağlı iki yavru şirket bulunmalıdır. Dolayısıyla Alman hukukunda olduğu gibi bir hâkim ve bir de bağlı yavru şirketten müteşekkil şirket toplulukları mümkün değildir. Yazara göre bir şirketler topluluğundan bahsedebilmek için hâkim şirketin bir topluluğunun olması gerekmektedir⁴²⁷. *Akın* da Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 105/1 maddesinde bulunan, şirketler topluluğunun biri hâkim diğer ikisi bağlı olmak üzere en az üç ticaret şirketiyle meydana geleceği yönündeki düzenlemesini hatırlatarak bu görüşe katılmaktadır⁴²⁸. Buna karşılık *Göktürk* Alman hukukundaki yaklaşımdan hareketle iki şirketten müteşekkil toplulukların Türk hukuku için de mümkün olabileceği düşüncesindedir. Yazara göre TTK m. 195/4'te çoğul olarak “şirketler” denilmesi asgari şirket sayısını belirlemeye yönelik bilinçli bir tercihin sonucu değildir. Yazar ayrıca ticaret sicili nizamnamesinin Kanuna şekil verecek düzeyde bir hukuki etkisinin olamayacağını ifade etmektedir⁴²⁹. *Ayhan/Çağlar/Özdamar* da bu görüşe katılmaktadır. Hatta TTK m. 195/5'teki istisna hükmüne dikkat çekerek topluluk hâkiminin bir teşebbüs – mesela bir gerçek kişi tacir bu kapsama girebilir – olması durumunda tek bağlı şirketten oluşan bir topluluk yapısının dahi söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu gerekçeyle şirketler topluluğu şeklindeki çoğul bir ifade kullanmanın doğru olmadığı kanaatindedir⁴³⁰. *Okutan Nilsson* da biri hâkim diğeri bağlı konumunda olan en az iki şirketten müteşekkil bir topluluk yapısına TTK m 195'in izin verdiği görüşündedir⁴³¹.

Bir şirketler topluluğundan bahsedebilmek için birden fazla şirketin varlığına ihtiyaç vardır. Tek şirketli bir topluluk fikri kapsamı oldukça genişleteceği için sorunlu

⁴²⁶ *Akın*, s. 51. Buna karşılık *Tekinalp* TTK m. 198 gereğince teşebbüslerin de bağlı olarak şirketler topluluğunda yer almasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. bkz. *Tekinalp*, Sermaye, s. 614.

⁴²⁷ *Tekinalp*, Sermaye, s. 611, 613.

⁴²⁸ *Akın*, s. 30.

⁴²⁹ *Göktürk, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları: Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 13, dn. 19.

⁴³⁰ *Ayhan/Çağlar/Özdamar*, s. 658 dn. 606, 661;

⁴³¹ *Okutan Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009. (*Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku*), s. 67.

görülmektedir⁴³². Mesela tek kişilik bir anonim şirketin gerçek kişi ortağı şahsi olarak da ticari faaliyetler de bulunsa bir şirketler topluluğu meydana gelecektir; çünkü bu şahıs bir teşebbüs olarak değerlendirilebilecek⁴³³ ve hâkimiyeti altında bulunan anonim şirketle birlikte bir şirketler topluluğu oluşturacaktır. Ancak en küçük topluluk yapısının hâkim veya bağlı şirket olmak üzere en az iki şirketten oluşması şirketler topluluğu kavramı dikkate alındığında daha doğru olacaktır. Dolayısıyla *Tekinalp*'in de ifade ettiği gibi hâkim teşebbüsün bir topluluğunun olmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu topluluğun en az üç şirketten oluşmasına da gerek yoktur. Tanımı gereği kendisi de ekonomik faaliyetlerde bulunan bir topluluk hâkimi teşebbüs dışında iki bağlı şirketin varlığı yeterli görülmelidir. Yani topluluk hâkimi bir şirket değil mesela gerçek kişi tacir ise kendisine bağlı iki şirketle birlikte bir topluluk oluşturduğu kabul edilmelidir. En az üç şirketin varlığı aranırsa böyle bir yapı kapsam dışında bırakılacaktır⁴³⁴. Hâlbuki böyle bir yapıda da bağlı şirketlerin menfaatlerinin birbiriyle ve topluluk hâkiminin menfaatiyle çatışma riski söz konusudur.

Hâkim ve bağlı şirket başlığını taşıyan TTK m. 195 bu kavramları tanımlamaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse şirketler topluluğunu oluşturan şirketler hâkimiyetin öznesi veya nesnesi olmalarına göre hâkim şirket veya bağlı şirket olarak topluluk içerisinde yer bulabilir.

1.5.1.1. Hâkim Şirket

Topluluk hâkimi şirketler topluluğunu doğrudan ve dolaylı olarak kontrol altında tutan hâkim pozisyonundaki teşebbüs veya ticaret şirkettir. Her ne kadar şirketler topluluğu adından da anlaşılacağı üzere şirketler üzerine bina edilen bir yapı olsa da TTK ticaret şirketi niteliğinde olmayan teşebbüslerin de topluluk hâkimi olabilmelerine cevaz vermiştir⁴³⁵. Hâkim teşebbüs kavramı TTK m. 195/5 ve 202/5'te açıkça kullanılmaktadır. Kanun koyucunun böyle bir istisna kabul etmesinin altında yatan sebep teşebbüs kavramının kapsayıcı bir çerçeveye sahip olmasıdır.

⁴³² Buna karşılık TTK hükümlerinin uygulama kapsamını daraltmaktan kaçınılması gerektiğinden bahisle tek şirketli topluluk yapısını savunan görüşler de vardır. Bkz. Daylık Yıldırım, Beste, **Anonim Şirketlerde Şirketler Topluluğuna Özgü Uygulamalar Ve Hukuka Aykırı Müdahaleden Doğan Sorumluluk**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 60, 61.

⁴³³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 76

⁴³⁴ *Tekinalp* en küçük topluluk yapısında teşebbüse yer olmadığını belirterek hâkim teşebbüs ve iki bağlı şirketten müteşekkil bir topluluk yapısının kapsam dışında olduğunu belirtmektedir. Teşebbüsün ancak ikiden fazla ticaret şirketinin olduğu bir yapıda mümkün olacağını belirten yazar, bu görüşünü açıkça belirtmese de TSYön m. 105 hükmüne dayandırmaktadır. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 710.

⁴³⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 615.

Böylece şirketler topluluğuyla ilgili kuralların kolaylıkla bertaraf edilmesinin önüne geçilebilecektir⁴³⁶.

Teşebbüs bir sermaye şirketine pay sahibi olabilme ehliyetine sahip gerçek kişi, kişi veya mal topluluğu olabilir. Teşebbüs sayılmada ekonomik amaca sahip olma veya olmama önemli değildir⁴³⁷. Dolayısıyla teşebbüsün bir dernek, vakıf veya kamu tüzel kişiliği veya hiç tüzel kişiliği olmayan bir adi ortaklık, miras ortaklığı yahut da bir gerçek kişi tacir hatta bir esnaf işletmesi olması mümkündür⁴³⁸. Bununla birlikte, bir hukuk süjesinin teşebbüs olarak değerlendirilebilmesi, onun hâkimiyeti altındaki şirketlerin faaliyetiyle çatışabilecek bir ekonomik faaliyette bulunuyor olmasına bağlıdır⁴³⁹. Şirketler topluluğu hukukunun esasında bir koruma hukuku olduğu dikkate alındığında ekonomik faaliyet kavramının geniş yorumlanması gerekir. Bu kavramın katı ve dar yorumlanması, bazı çok şirketli yapıların TTK kapsamı dışında kalmasına yol açabilir. Bu bağlamda teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetin belli bir büyüklükte olması; bağlı şirketlerin faaliyet alanlarıyla benzerlik göstermesi şart değildir⁴⁴⁰. Hâkim konumdaki teşebbüse TTK m. 195 – 206 hükümlerinde düzenlenen şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin tamamı uygulanabilir⁴⁴¹. Ülkemizde aile şirketlerinin ne derece yaygın bir uygulama olduğu düşünüldüğünde bu istisnanın önemli sonuçlara yol açabileceği ortadadır. Bu anlamda birden fazla şirket üzerinde hâkimiyet kurmuş olan aile büyüğünün hâkim teşebbüs sayılması mümkün hale gelmektedir⁴⁴².

Bu bağlamda teşebbüs şirket kavramını da kapsayan geniş bir anlama sahiptir. Ancak şirketler topluluğu uygulamada büyük oranda şirketlerden oluşmaktadır. Bu sebeple olsa gerek TTK m. 195/4 teşebbüs kavramını içermeyen bir terminoloji benimsemiştir. Bu madde hükmü ana ve yavru şirketlerden ne anlaşılması gereğini sarahaten ortaya koymuştur. Buna göre şirketler

⁴³⁶ Akın, s. 49.

⁴³⁷ Tekinalp, Sermaye, s. 616.

⁴³⁸ Susuz, Kağan, “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl 2012 Cilt: 18 Sayı: 2, 269 – 280, s. 272.

⁴³⁹ Bu bağlamda şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran fakat şirketin dışında bir işletmesi olmayan özel pay sahipleri şirketin karar alma sürecinde sırf kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettikleri için hâkim teşebbüs olarak değerlendirilemez. Böyle bir yorum, neredeyse hâkim konumda bulunan bütün özel pay sahiplerini ((*privataktionär*) aynı zamanda bir topluluğun hâkim teşebbüsü olarak nitelendirmek ve şirketler topluluğu bakımından da sorumlu kılmak gibi bir sonuca yol açabilir. Oysaki burada amaç özel pay sahibi ile işletmeciyi pay sahibini ayırt etmek olmalıdır. Bkz. **Susuz**, s. 273. Ayrıca topluluk tehlikesi kavramı için Bkz. Aşa. s. 156.

⁴⁴⁰ **Göktürk**, s. 22; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 76.

⁴⁴¹ Oldukça kapsayıcı bir kavram olmasına rağmen teşebbüs TTK ve İcra ve İflas Kanununu gibi bir takım düzenlemelerde öngörülen işlevsel kurulları kapsamaz. Bu anlamda imtiyazlı pay sahipleri kurulu, alacaklılar toplantısı gibi kurul veya topluluklar teşebbüs olarak değerlendirilemez. **Tekinalp**, Sermaye, s. 616.

⁴⁴² **Akın**, s. 46.

topluluğunda hâkimiyet sahibi şirketler ana şirket, hâkimiyet altında olan şirketler ise yavru veya bağlı şirketlerdir. Dolayısıyla ana şirket aynı zamanda topluluk hâkimi olarak da nitelendirilebilir. Bu sebeple ana şirket, topluluk hâkimi veya hâkim şirket/ortaklık gibi kavramlar birbiri yerine kullanılabilecek kavramlardır. Aralarında anlam olarak herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Özellikle büyük topluluklarda ara konumda bulunan hâkim şirketler de olabilir. Çoğunlukla birden fazla sektörde faaliyet gösteren veya çok sayıda bağlı ortaklığı barındıran büyük topluluklarda sektör başları veya alt grup başları olarak konumlandırılmış ara ana şirketler görülebilmektedir. Bu anlamda ana şirketleri tepede bulunan esas ana şirket ve ara ana şirket şeklinde nitelendirmek mümkündür. Esas ana şirket kavramıyla eş anlamlı olarak esas hâkim şirket/ortaklık, tepe şirket/ortaklık veya çatı şirket/ortaklık gibi kavramları kullanmak da mümkündür⁴⁴³.

Esas ana şirket olarak nitelendirilen tepe hâkim ortaklık bir holding şirketi olabilir. Holding şirket TTK m. 519/4’de “*başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan şirket*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁴. Ancak esas ana şirket ile holding şirket birbiriyle karıştırılmaması gereken ayrı kavramlardır. Bir holding şirketin mutlaka topluluk hâkimi olması şart değildir. Hâkimiyet kurmaksızın da başka şirketlere iştirak edilebilir⁴⁴⁵.

Topluluk hâkiminin sayısı birden fazla da olabilir. Hâkimiyetin mutlaka bir hâkim şirket veya teşebbüs tarafından kullanılması şart değildir. Dolayısıyla topluluk üzerinde birden fazla ticaret şirketi veya gerçek kişi tarafından da ortak hâkimiyet kurulması imkân dâhilindedir. Özellikle *joint venture* tarzı şirketler arası işbirliğine dayalı ortak girişimler bir şirketler topluluğunun ortaya çıkmasına yol açabilir. Bu durumda tek hâkimli, birkaç hâkimli ve çok hâkimli toplulukların varlığından bahsedilebilir. Dolayısıyla ana şirket veya teşebbüs sayısının birden fazla olması mümkündür⁴⁴⁶.

Topluluğun hâkimi konumundaki şirket veya teşebbüs yabancı olabilir. TTK m. 195/5’te öngörülen kanunlar ihtilafı kuralına göre böyle bir durumda dahi TTK hükümleri uygulama yeri bulacaktır.

⁴⁴³ Tekinalp, Sermaye, s. 617.

⁴⁴⁴ Tekinalp, Sermaye, s. 618.

⁴⁴⁵ Tekinalp, Sermaye, s. 618. Karş. Akın, s. 42 vd. Yazara göre başka şirketlere iştirak etme yanında başka faaliyet konularına da sahip karma holdingler mümkündür.

⁴⁴⁶ Tekinalp, Sermaye, s. 622.

1.5.1.2. Bağlı Şirketler

Bağlı şirket kavramsal olarak TTK m. 195'te öngörülen hâkimiyet araçlarından biriyle hâkim şirkete bağlı olan şirketi ifade eder. Hâkim şirket yönünden görülen istisna bağlı şirket için geçerli değildir. Bağlı şirketin bir teşebbüs olması mümkün değildir. Mutlaka bir ticaret şirketi olması gerekmektedir.

Bağlı şirketler de kendisine bağlı şirketler olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Kendisine bağlı başka şirketler olmayan bağlı şirketler saf bağlı şirket olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık kendisi topluluk hâkimine bağlı olmakla birlikte altında kendisine bağlı şirketleri de barındıran bağlı şirketler ara hâkim şirket olarak isimlendirilmektedir. Özellikle farklı sektörlerde faaliyet gösteren topluluklarda her sektörle ilgili faaliyetleri koordine eden ara konumda bir bağlı şirket olduğu görülebilmektedir⁴⁴⁷. Ara hâkim şirketler ancak topluluk hâkimini temsilen kendilerine bağlı şirketlere talimat verebilir. Yoksa topluluk hâkiminden bağımsız işletme politikaları benimseyerek bu kapsamda talimat verme yetkileri yoktur⁴⁴⁸.

1.5.2. Hâkimiyet

1.5.2.1. Genel Olarak

Hâkimiyet şirketler topluluğunu oluşturan hiyerarşiye dayalı bir bağ olarak düşünülebilir. TTK sistemine göre şirketler arası gruplaşmalar hâkimiyetin varlığı halinde bir şirketler topluluğu haline gelebilecektir⁴⁴⁹. Şirketler topluluğunu hayata geçiren, kurucu bir kavram olarak nitelendirilebilecek hâkimiyet, şirketler topluluğunun yönetilmesinde ve kararların alınmasında belirleyici olma yetkisi olarak tanımlanabilir⁴⁵⁰. Münferit şirketler esas alınarak yapılabilecek bir diğer tanıma göre de hâkimiyet, bir şirketin faaliyet ve finans politikalarını belirleme gücü olarak ifade edilebilir⁴⁵¹. Bu bölümde TTK hükümlerine göre hâkimiyetin dayandırıldığı esaslar, türleri ve kullanım şekilleri kısaca tanıtılacaktır.

⁴⁴⁷ Akın, s. 50 – 52.

⁴⁴⁸ Akın, s. 53.

⁴⁴⁹ Şener, Oruç Hami, **Teorik Ve Uygulamalı Olarak Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 172.

⁴⁵⁰ Avcı, Zehra, “Şirketler Topluluğunda Tam Hâkim Şirketin Talimat Verme Yetkisinin Sınırları”, **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, Editörler: Prof. Dr. Havva Karagöz, Dr. Öğr. Üyesi F. Beril Özcanlı, Arş. Gör. Seda Palanduz, İstanbul, 2021, s. 695; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 81.

⁴⁵¹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 17.

1.5.2.2. Hâkimiyetin Kaynağını Açıklayan Yaklaşımlar

Hâkimiyetin ne şekilde kurulacağıyla ilgili ileri sürülen yaklaşımlar hukuk sistemlerine göre farklılık göstermektedir. Bu yaklaşımlar genel olarak “kontrol sistemi” ve “tek elden yönetim yaklaşımı” olmak üzere ikiye ayrılabilir⁴⁵². Tek elden yönetim yaklaşımı Alman konzern hukukunun benimsediği yaklaşımdır. Türk şirketler topluluğu hukuku ise bu konuda Alman hukukundan ayrılmış ve kontrol yaklaşımını kabul etmiştir.

1.5.2.2.1. Tek Elden Yönetim

Tek elden yönetim kavramı meseleyi iktisadi bir bakış açısıyla ele almakta ve topluluğun bir iktisadi bütünlük oluşturup oluşturmadığını araştırmaktadır⁴⁵³. Tek elden yönetim yaklaşımı için yönetimi sağlayan unsurların ne olduğu önemli değildir. Hâkimiyet sistemi olarak da adlandırılan bu yaklaşım bir şirketin başka bir şirket üzerinde belirleyici etkide bulunma gücünün varlığını esas almaktadır. Bu bağlamda önemli olan bir şirketin diğerini yönetebilme kapasitesine sahip olması ve bunu fiilen gerçekleştirmesidir. Bu anlamda bu yaklaşım birtakım karinelere sonuç bağlamaktadır⁴⁵⁴.

Kontrol yaklaşımı ise pay sahipliği, oy hakkı gibi somut, matematiksel olarak ölçülebilir kıstasları esas almaktadır. Bunun sonucunda da sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi kontrol araçlarına sahip olmak, hâkimiyet kurulduğunun kabulü için yeterli görülmektedir. Yani hâkimiyetin fiili olarak kullanılıp kullanılmadığına bakılmaz; çünkü bu yaklaşıma göre kim hâkimse, hâkimiyeti de uyguluyordur. Dolayısıyla kontrol araçlarının varlığı şirketler topluluğunun varlığını kabul için yeterlidir⁴⁵⁵.

Daha da somutlaştırmak gerekirse Alman hukukunun benimsediği tek elden yönetim yaklaşımında hâkimiyeti sağlayan kontrol araçları bireyselleştirilmemiştir. Bir şirketin herhangi bir şekilde etki altına alınabiliyor olması tek elden yönetimin ve dolayısıyla hâkimiyetin

⁴⁵² Tekinalp, Sermaye, s. 608; Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 663.

⁴⁵³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 82.

⁴⁵⁴ TTK Gerekçe, sh 134. Gerekçe için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Erişim Tarihi: 20.02.2023); Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 82. Bununla birlikte hâkimiyet sisteminin tek elden yönetim kavramından daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu da ifade edilmektedir. Hâkimiyet sistemi kontrol sisteminde olduğu gibi oy çokluğu ve sair belirli bir hâkimiyet aracı belirtilmeksizin belirleyici derecede yönetime etki edebilme gücünü vurgu yapmaktadır. Bu gücün kullanımı sonucunda ortaya çıkabilecek tek elden yönetim ise şirketler topluluğunun oluşması için aranan bir şarttır. Bkz. Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 663, 664.

⁴⁵⁵ TTK Gerekçe, sh 141.

kurulması açısından yeterlidir⁴⁵⁶. Konzern'e yönetim yetkisi bahşeden - özellikle akdi nitelikteki - araçlar hâkimiyeti sağladığı ölçüde bir kontrol aracı olarak kabul görebilir⁴⁵⁷. Ancak bunların başlı başına varlığı yeterli değildir; sağladıkları hâkimiyetin fiilen kullanılıyor olması da gereklidir. Şirketler topluluğu kontrol araçlarının varlığına rağmen bunları kullanmıyorsa topluluğa dâhil oldukları varsayılan şirketler ana şirketin etkisi olmaksızın kendi işletme politikalarını belirliyor ve uyguluyorlarsa hâkimiyet ve dolayısıyla bir şirketler topluluğu da bulunmamaktadır. Tek elden yönetim yaklaşımında bağlı şirketlerin topluluk hâkimi tarafından idare edilip edilmedikleri esas olarak belirleyici kıstastır. Bu suretle topluluğun bir ekonomik bütünlük oluşturduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁸. Buna göre pay sahipliği ve sair suretle bir iştirak olmasa dahi eğer söz konusu şirket ve yahut işletme ortak yönetim altındaysa şirketler topluluğuna dâhildir⁴⁵⁹.

1.5.2.2.2. Kontrol Yaklaşımı

Gerekçede TTK'nın bu iki yaklaşım arasında kontrol yaklaşımını benimsediği belirtilmektedir⁴⁶⁰. Türk şirketler topluluğu hukuku açısından hâkimiyeti kurmaya yarayan araçların varlığı yeterlidir. Alman hukukunda olduğu gibi ayrıca tek elden yönetimin tesis edilmesi şeklinde ek bir unsurun varlığına ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla topluluğu bir ekonomik bütünlük haline getirecek nitelikte ortak bir yönetimin veya ortak politikaların olup olmadığı hususu ayrıca aranmaz. Hâkimiyetin ne suretle kurulacağı TTK m. 195/1 ve 2'de gösterilmiştir. Madde gerekçesinde TTK m. 195/1 ile aksi ispat edilemeyen bir kanunî varsayımın kabul edildiği belirtilmektedir. Bahsi geçen kontrol araçlarının varlığı zaten tek elden yönetimin de kurulduğu anlamına gelmektedir⁴⁶¹.

Bununla birlikte TTK m. 195/2 hâkimiyetin varlığına ilişkin aksi ispat edilebilir bir karine öngörmektedir. Diğer taraftan TTK m. 195/1(b)'de cevaz verilen “*başka bir yolla*” hâkimiyet altına alma ihtimali de dikkate alındığında TTK'nın hâkimiyet – veya tek elden yönetim –

⁴⁵⁶ Akın, s. 53. Bu muğlaklık sebebiyle olsa gerek Alman hukukunda, tek elden yönetim şartının sağlanması için aranması gereken merkezileşmenin seviyesi tartışmalı konulardan biridir. Bir görüşe göre bağlı işletmelerin tamamen veya en azından faaliyetlerinin esaslı unsurlarını içerecek derecede merkezden yönetilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Buna karşılık diğer bir görüş, işletmelerin finans, satın alma, dağıtım gibi esaslı faaliyetlerinden birisi dahi eşgüdüm içerisinde merkezden yürütülüyorsa tek elden yönetim şartının gerçekleşeceğini savunmaktadır. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 33.

⁴⁵⁷ **Tekinalp**, Sermaye, s. 611.

⁴⁵⁸ **Tekinalp**, Sermaye, s. 608;

⁴⁵⁹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 82.

⁴⁶⁰ TTK Gerekçe, 135, 136.

⁴⁶¹ **Pulaşlı**, Şerh C. I, s. 530.

sistemine de kapı araladığı; dolayısıyla, salt kontrol sisteminden ziyade karma bir sistem benimsediği yorumları da yapılmaktadır⁴⁶².

1.5.2.2.2.1. Hâkimiyetin Mutlak Olarak Varlığını Gösteren Haller

Burada belirtilen hallerde hâkimiyetin varlığı doğrudan doğruya kabul edilmektedir. Kanunun açıkça belirttiği bu kontrol araçlarının varlığı hâkimiyetin varsayılması için yeterlidir. Bu kabulün aksi iddia ve ispat edilemez⁴⁶³. Bu haller TTK m. 195/1(a) ve (b)'de sıralanmıştır. TTK m. 195/1(a)'da üç bent halinde belirtilen haller iştirak temelinde hâkimiyetin kurulmasını düzenlerken, TTK m. 195/1(b)'de özellikle sözleşmeye dayalı olarak hâkimiyet kurulmasına sonuç bağlamaktadır. Burada zikredilen hallerden birinin varlığı bağlı şirketin kontrol altında olduğunun kabulü için yeterlidir⁴⁶⁴.

1.5.2.2.2.1.1. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak (TTK m. 195(1)(a) – 1)

Bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak kontrolün kurulduğuna ilişkin aksi ispat edilemeyen bir hukuki varsayım teşkil etmektedir. Oyların çoğunluğu tespit edilirken iştirak edilen şirketteki imtiyazlı ve imtiyazsız paylardan kaynaklanan tüm oylar dikkate alınır⁴⁶⁵. Bunun yanı sıra dolaylı olarak oy hakkına sahip olunup olunmadığı da önem arz ettiğinden hâkim şirketin oy sözleşmeleri yoluyla etki altına aldığı oylar da hesaba katılır⁴⁶⁶.

Oy oranının hesaplanmasında TTK m. 196/2 hükmü esas alınacaktır. Buna göre oy hakkının yüzdesi hesaplanırken sahip olunan paylardan kaynaklanan oy haklarının toplamının, kullanılabilir tüm oy haklarına oranı tespit edilmelidir. Hesaplama, sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elinde bulunan paylardan doğan oy hakları düşülür⁴⁶⁷. Oy oranının hesaplanmasında varsa imtiyazlar da dikkate alınır. Ancak oyda imtiyazlı payların varlığı halinde azami oy sayısı onbeş olarak dikkate alınır; bu sayının üzerindeki oylar hesaba katılmaz (TTK m. 479/2)⁴⁶⁸. Bazı hallerle sınırlı olarak öngörülmüş olan oydan yoksunluk hallerinin varlığı bu hesaplamada bir farklılık yaratmayacaktır. Mesela, TTK m. 436'da belirtilen durumlar sürekli bir yoksunluk hali oluşturmadığından bu hallerin varlığı

⁴⁶² Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 666.

⁴⁶³ Tekinalp, Sermaye, s. 623.

⁴⁶⁴ TTK Gerekçe, sh. 136

⁴⁶⁵ Tekinalp, Sermaye, s. 623; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 107.

⁴⁶⁶ Tekinalp, Sermaye, s. 623.

⁴⁶⁷ Karşıt görüş için bkz Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 110 vd.

⁴⁶⁸ Tekinalp, Sermaye, s. 630.

dikkate alınmaz. Buna karşılık *Tekinalp*'e göre TTK m. 198, 201, 389, 612'de belirtilen donma halleri ile TTK m. 434/3'teki sınırlandırma ve TTK m. 435 gereğince oy hakkının hiç doğmadığı hallerde pay sahiplerinin oy hakları dikkate alınmamalıdır⁴⁶⁹. Diğer taraftan bir anonim şirket veya limited şirketin iktisap ettiği kendi hisselerinden kaynaklanan oy hakları hiçbir suretle oy çokluğunun tespitinde hesaba katılmaz. Yavru şirket kontrol altında olduğundan dolayı olarak aynı sonucu doğuracağı için yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar da donar (TTK m. 389)⁴⁷⁰. Esasında bu son halde TTK m. 197'deki şartlar dâhilinde bir karşılıklı iştirak hali de söz konusu olabilir.

Karşılıklı iştirak hâkimiyetin tespitinde dikkate alınması gereken önemli olgulardan birisidir. Şirketler topluluğuna dâhil şirketler arasında karşılıklı pay sahipliği halinin bulunmasıyla birlikte iştirak oranının belirli bir seviyeyi geçmesi hali karşılıklı iştirak olarak kavramlaştırılmıştır⁴⁷¹. Sermayenin sulandırılarak köpük sermaye yaratılması, bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması, yönetim dengesinin bozulması, sermayenin mükerrer kullanımı ve pay sahipsiz anonim şirketlerin oluşumuna yol açması gibi sebeplerle karşılıklı iştirake ihtiyatla yaklaşılmaktadır⁴⁷². Karşılıklı iştirak TTK hükümlerine göre sadece sermaye şirketleri arasında mümkündür. TTK m. 197 gereğince karşılıklı iştirakin söz konusu olabilmesi için iki sermaye şirketinin birbirlerine ait payların en az dörtte birine sahip olmaları gerekmektedir. Karşılıklı iştirak var olmakla birlikte şirketler arasında bir hâkimiyet ilişkisi bulunmamaktaysa basit karşılıklı iştiraktan bahsedilir⁴⁷³. Eğer karşılıklı iştirak halindeki sermaye şirketleri arasında ayrıca hâkimiyet ilişkisi de kurulmuşsa nitelikli karşılıklı iştirak söz konusudur. Burada hâkimiyetin tek taraflı veya çift taraflı kurulmuş olması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden birisi diğeri üzerinde hâkimiyet kurmuşsa “*tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak*”, eğer her iki şirket de birbirleri üzerinde hâkimiyet sahibiyse “*çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak*” hali bulunmaktadır⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 624. *Okutan Nilsson* ise TTK m. 198 ve 435'deki hallerde oy hakkının hesaba katılması gerektiğini ifade etmektedir bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 111, 112, 115.

⁴⁷⁰ **Tekinalp**, Sermaye, s. 625.

⁴⁷¹ Karşılıklı iştirak bazı hukuk sistemlerince sakıncalı bulunarak yasaklanmış bazılarınca ise çeşitli sınırlandırmalara tabi tutularak düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda TTK m. 197 ve 201 birlikte dikkate alındığında hukukumuzun ikinci yolu tercih ettiği ortadadır. Ancak karşılıklı iştiraktan kaynaklanabilecek sermayenin sulandırılması (köpük sermaye), bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması gibi sorunları önleyici tedbirler kabilinden hakların donması esas kabul edilmiştir. Bkz. TTK m. 197 ve 201 gerekçe. **Ayhan/Çağlar /Özdamar**, s. 687, 688.

⁴⁷² **Ayhan**, s. 56.

⁴⁷³ **Tekinalp**, Sermaye, s. 632.

⁴⁷⁴ **Tekinalp**, Sermaye, s. 634; **Ayhan/Çağlar /Özdamar**, s. 688; **Ayhan**, s. 91.

Karşılıklı iştirakin önemli sonuçlarından birisi hakların donmasına yol açmasıdır. TTK m. 201 hükmü bu noktada oldukça sarihtir: *“Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar.”* Görüldüğü üzere hakların donması karşılıklı iştirakin oluşacağını öngörerek yapılan pay iktisaplarına bağlanan bir sonuçtur. Hakların donması olarak adlandırılan bu müeyyide, bilerek karşılıklı iştirake yol açan şirkete uygulanacaktır. Karşılıklı iştirak İki şirket de buna yol açmışsa ikisine de hakların donması yaptırımı uygulanabilir⁴⁷⁵. Hakların donması sadece basit karşılıklı iştirak hali için öngörülmüştür. Nitelikli karşılıklı iştirak hali TTK m. 201/2’de öngörülen istisna gereğince hakların donmasına yol açmaz. Bununla birlikte TTK m. 201/1’de istisna tutulan TTK m. 389 ve 612 hükümleri uygulama yeri bulacak ve nihayetinde bu maddeler gereğince hakların donması sonucu ortaya çıkacaktır⁴⁷⁶.

Bazı kararların alınmasında ağırlaştırılmış nisap aranması veya azlığa veto hakkı tanınması gibi hususlar oy çokluğunun hesabında göz önünde bulundurulmaz. Önemli olan bağlı ortaklığın yönetimini sağlayacak bir çoğunluğun elde edilmiş olmasıdır. Bu anlamda *Tekinalp*’e göre iştirak edilen şirketin işletme konusunun gerekli kıldığı olağan iş ve işlemlerle ilgili kararların alınması, olağan genel kurul toplantılarında finansal tabloların onaylanması, yönetim kurulunun belirlenmesi, denetçilerin seçilmesi, ibra ve ücretlerin tespiti gibi konuları araştırmak gerekir. Bu bağlamda, oy çoğunluğuna sahip olmakla birlikte hâkim şirketin esas sözleşmeyi değiştirememesi, borçlanma senedi çıkaramaması, birleşme bölünme ve tür değiştirmeye, payın devrine, ortaklıktan çıkarmaya veya yeni ortak alınmasına karar verememesi gibi hususlar bağlı şirketin yönetilmesi açısından önemli olmadığından kontrolün sağlanmadığı anlamına gelmez⁴⁷⁷. Dolayısıyla esas alınacak olan husus oy çokluğunun yönetme gücü verip vermediğidir. Mesela yönetimle alakalı konuların ağırlaştırılmış nisaba bağlanmış olması gibi durumlarda salt çoğunluk yönetim kabiliyetine sahip olmak için yeterli gelmediğinden hâkimiyet de kurulmamış sayılacaktır⁴⁷⁸. Zira hâkimiyetin varlığı için üzerinde hâkimiyet kurulan şirketin genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının kontrol altında olması gerekmektedir⁴⁷⁹. Buna karşılık şirket

⁴⁷⁵ Ayhan, s. 80.

⁴⁷⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 2009: 208. Karşı görüş için bkz. Ayhan, s. 94 vd.

⁴⁷⁷ Tekinalp, Sermaye, s. 624; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 104.

⁴⁷⁸ Tekinalp, Sermaye, s. 624; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 104, 105.

⁴⁷⁹ Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt- 2, İstanbul, 2009, (Tekinalp, Kontrol İlkesi), s. 1551.

yönetimiyle doğrudan ilgili olmayan esas sözleşme değişikliği, pay devri, birleşme ve bölünme için öngörülen ağırlaştırılmış nisabın yokluğu hâkimiyetin kurulmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Eğer bağlı şirketin faaliyet konusuyla ilgili temel meselelere; bilhassa yönetim kurulu ve denetçilerin seçimi, bilançonun onaylanması gibi hususlara etki edecek, şirketin yönetimini etkileyecek konularla ilgili çoğunluğa sahip olmak hâkimiyetin varlığı için yeterli sayılmalıdır⁴⁸⁰.

1.5.2.2.1.2. Şirket Sözleşmesi Uyarınca, Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunluğu Oluşturan Sayıda Üyenin Seçimini Sağlayabilmek Hakkını Haiz Olmak (TTK m. 195/1(a) – 2)

Bağlı şirketin esas sözleşmesinde şirketin yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üyenin belirlenmesi başka bir şirkete bırakılmaktaysa bu iki şirket arasında hâkimiyet ilişkisinin kurulduğu mutlak olarak varsayılmaktadır. Madde metninde geçen şirket sözleşmesinden kasıt, şirketin kuruluşunda kurucular tarafından imzalanıp ticaret siciline tescil ve ilan ettirilen esas sözleşmedir⁴⁸¹. Esas sözleşme dışında genel kurul kararı, anlaşma veya teamül gibi yollarla bu hakkın tanınmış olması aynı sonucu doğurmaz⁴⁸². Türk şirketler topluluğu hukukuna hâkim olan kontrol prensibi gereğince bağlı şirketin esas sözleşmesinde tanınan bu hakkı hâkim şirketin kullanıp kullanmamasının herhangi bir önemi yoktur. Kullanmasa dahi hâkimiyet kurulmuş sayılır. Bu varsayımın aksi iddia ve ispat edilemez.

1.5.2.2.1.3 Kendi Oy Hakları Yanında, Bir Sözleşmeye Dayanarak, Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleri Ya Da Ortaklarla Birlikte, Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak (TTK m. 195/1(a) – 3)

Bir ortak oy çokluğuna sahip değilse yukarıda bahsi geçen TTK m. 195/1(a)-1 gereğince pay sahibi olduğu şirket üzerinde hâkimiyet kuramaz. Ancak bu eksikliğin oy sözleşmesi gibi birtakım hukuki işlemler yoluyla giderilmesi mümkündür. Bu suretle iştirakten kaynaklanan oy haklarıyla sözleşmeden kaynaklanan oy hakları birlikte dikkate alındığında oy haklarının çoğunluğu elde edilebiliyorsa hâkimiyetin kurulduğu varsayımı tahakkuk edecektir⁴⁸³. Böyle bir durumda sözleşmenin içeriğine göre iştirak sahibi ortak ya tek başına ya da sözleşme yaptığı

⁴⁸⁰ Akın, s. 91.

⁴⁸¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 126.

⁴⁸² Tekinalp, Sermaye, s. 625.

⁴⁸³ Tekinalp, Sermaye, s. 626.

diğer ortakla birlikte hâkim konuma erişebilir⁴⁸⁴. Bu yolla azınlık pay sahiplerinin bir araya gelerek oyların çoğunluğunu kontrol eder hale gelmeleri ve birlikte hâkimiyet kurmaları da mümkündür⁴⁸⁵.

1.5.2.2.1.4. Hâkimiyet Sözleşmesi veya Başka Bir Yolla Hâkimiyetin Kurulması (TTK m. 195/1(b))

TTK m. 195/1(b)'de sözleşmeye dayalı şirketler topluluğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa hâkimiyet ilişkisi söz konusu olmaktadır. Burada bahsi geçen sözleşme borçlar hukuku anlamında bir hâkimiyet sözleşmesi olabileceği gibi aynı sonucu doğurabilecek pay sahipleri sözleşmesi gibi bir sözleşme de olabilir⁴⁸⁶. Sözleşme dışında başka bir yolla hâkimiyet kurmanın mümkün olduğu da ifade edilerek bu hükmün uygulama kapsamı daha da genişletilmiştir. Mesela birleşme, bölünme, devralma tarzındaki yapısal değişiklikler de bu suretle bir hâkimiyet ilişkisine yol açabilir⁴⁸⁷. Madde gerekçesinde TTK m. 195/1 ile aksi ispat edilemeyen bir kanunî varsayımın kabul edildiği belirtilmektedir.

Madde kapsamında ilk bakışta öne çıkan hâkimiyet sözleşmesi ile bir şirket kendi yönetimini diğer bir şirkete bırakmaktadır⁴⁸⁸. Bunun dışında hâkimiyetin başka bir yolla kurulması ihtimali de kanun tarafından dikkate alınmıştır. TTK m. 195/1 (b)'de geçen “*başka bir yol*” tabiri iştirak ve sözleşme dışında hâkimiyet kurmaya elverişli her türlü aracı kapsayacak bir genişliktedir⁴⁸⁹. Bu kadar açık olmasa da mesela bağlı şirketin vazgeçemeyeceği bir teknolojik ürün veya bilginin varlığı onun bağımlılığına yol açabilir. Bu anlamda lisans sözleşmeleri, *know-how* sağlanması ve benzeri yollardan da bir şirket üzerinde hâkimiyet kurulabilir⁴⁹⁰. Bununla birlikte TTK m. 195/1 (b)'deki “*başka bir yol*” tabiri her yol olarak yorumlanmamalıdır. Mesela bir şirket başka bir şirkete aşırı derecede borçlanmışsa bu durum bir baskı aracı olarak

⁴⁸⁴ **Tekinalp**, Sermaye, s. 626.

⁴⁸⁵ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 129, 130.

⁴⁸⁶ TTK m. 195/1(b)'nin gerekçesi şu şekildedir: “...*Birinci fıkranın (b) bendinde ilk planda borçlar hukuku bağlamında hâkimiyet sözleşmeleri kastedilmiştir. Bu sözleşmeler temelinde sözleşmesel şirketler topluluğu kurulur. Hâkimiyet sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerle, meselâ pay sahipleri sözleşmeleriyle de hâkimiyet sağlanabilir. Hükümdeki “başka bir yolla” ibaresi geniş yoruma olanak sağlamaktadır. Birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları da bu ibare içine girerler.*” Buna rağmen **Tekinalp** hâkimiyet sözleşmesi dışında Alman Paylı Ortaklıklar Kanunun 291 ve 292 maddelerinde hükme bağlanan diğer işletme sözleşmelerine benzer sözleşmelerle topluluk kurulamayacağı görüşündedir. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye, s. 620.

⁴⁸⁷ TTK Gerekçe, 136.

⁴⁸⁸ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 135.

⁴⁸⁹ “...*“başka bir yolla” ibaresi geniş yoruma olanak sağlamaktadır. Birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları da bu ibare içine girebilirler.*” Bkz. Gerekçe sh. 136.

⁴⁹⁰ **Tekinalp**, Sermaye, s. 626.

kullanılabilir. Ancak bunun hâkimiyete yol açan bir bağıllık ilişkisine yol açtığı sonucuna varılmamalıdır. TTK m. 195/1(b)'de vurgulanmak istenen diğer yollar şirketler hukuku kapsamında mümkün olan müdahale yolları olarak yorumlanmalıdır⁴⁹¹.

Başka bir yolla hâkimiyet kurulduğunun kabulü için bu sonucu doğuran aracın başlıbaşına varlığı yeterli değildir. Bunun için söz konusu aracın fiilen kullanılıyor olması da şarttır⁴⁹². TTK m. 195/1 (b) hükmü kapsamında başka bir yolla hâkimiyet kurulduğuna iddia eden bunu ispatla yükümlüdür. Bu bağlamda her ne kadar hâkimiyet sözleşmeleriyle birlikte zikrediliyor olsa da bunlar gibi kesin bir hâkimiyet karinesinin varlığı sonucunu doğurmaz. TTK m. 195/2 'deki gibi kanuni bir karinenin varlığı da söz konusu değildir. TTK m. 195/1(b) hâkimiyet karinesinin varlığı yönünde bir iddiada bulunma imkânı sunmaktadır⁴⁹³.

1.5.2.2.2.2. Hâkimiyet Karinesi

Yukarıda belirtilen TTK m. 195/1'deki haller dışında TTK m. 195/2'ye göre bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunmak hâkimiyetin varlığına karinedir. Hâkimiyetin olmadığını iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekmektedir⁴⁹⁴. Bu bağlamda TTK m. 195/1'de hâkimiyetin mutlak olarak bulunduğu hallerin, TTK m. 195/2'de ise nisbi olarak varlığının kabul gördüğü hallerin düzenleme altına alındığı ifade edilebilir⁴⁹⁵. Mesela payların çoğunluğunu ifade eden sermaye çoğunluğuna sahip olunması oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması gibi güçlü bir kontrol aracı olarak görülmemiş; aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul görmüştür. Zira oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluk gibi faktörler sermaye – ve dolayısıyla payların – çoğunluğunu tamamen anlamsız hale getirebilir⁴⁹⁶.

Buna rağmen özellikle halka açık şirketlerde hisse oranların oldukça dağınık olduğu, pay sahipleri arasında iletişimin hiç olmadığı durumlarda birlikte hareket eden ortaklar düşük oranlarda pay sahipliği olsa bile etkin olabilmektedir. Bu suretle pay çokluğuna veya pay çokluğu olmasa bile şirketi yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara sahip olan ortakların

⁴⁹¹ Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 662.

⁴⁹² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 140.

⁴⁹³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 735, 736.

⁴⁹⁴ TTK Gerekeçe, 136.

⁴⁹⁵ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 533.

⁴⁹⁶ TTK Gerekeçe, 136.

hâkimiyet kurdukları karine olarak kabul edilebilir. Bu karinenin aksi her türlü delille ispat edilebilir⁴⁹⁷.

Pay oranlarının hesaplanması yöntemi TTK m. 196'da hükme bağlanmıştır. TTK m. 196/1'e göre bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibarî değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Pay oranının hesaplanmasında esas alınan değer sadece payların itibarî değeri olacağından pay bedellerinin ödenip ödenmediği, üzerlerinde haciz veya diğer bir suretle şahsi veya akdi bir takyidin bulunup bulunmadığı gibi hususlar dikkate alınmaz⁴⁹⁸. İştirak olunan şirketin elinde bulunan kendine ait hisselerle, onun hesabına alınmış olmakla birlikte üçüncü kişiler elinde bulunan hisseler iştirak olunan şirketin sermayesinden düşülür (TTK m. 196/1- son cümle). Örnek vermek gerekirse ana sermayesi 100.000 TL olan bir sermaye şirketine 20.000 TL'lik itibarî – veya nominal – değere sahip pay alarak ortak olan bir ticaret şirketinin pay sahipliği oranı %20'dir. Ancak bu şirketin 20.000 TL itibari değere sahip payları kendi uhdesinde veya onun hesabına üçüncü bir kişinin elinde bulunmaktaysa bu miktar ana sermaye miktarından düşülür. Dolayısıyla hesaplamada dikkate alınacak sermaye miktarı 80.000 TL olarak ortaya çıkmaktadır. Bu miktar üzerinden pay oranı hesaplandığında şirkete ortak olan ticaret şirketinin pay sahipliği oranı %25 olarak güncellenecektir.

1.5.2.2.3. Hâkimiyetin Türleri

1.5.2.2.3.1. Kurulma Şekline Göre

1.5.2.2.3.1.1. Doğrudan Hâkimiyet

Doğrudan hâkimiyette topluluk hâkimi TTK m. 195'te hükme bağlanan hâkimiyet araçlarının doğrudan sahibidir. Başka bir şirkete ihtiyaç duymaksızın hâkimiyetini kullanabilmektedir⁴⁹⁹. Temsil durumunda her ne kadar bir üçüncü kişi hâkimiyet ilişkisine dâhil olsa da ilişkinin doğrudan hâkimiyet niteliği ortadan kalkmaz; çünkü temsil eden temsil olunan hâkim şirketin iradesi üzerine hareket etmektedir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Tekinalp, Sermaye, s. 627.

⁴⁹⁸ Tekinalp, Sermaye, s. 630.

⁴⁹⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 143.

⁵⁰⁰ Akın, s. 58.

1.5.2.2.3.1.2. Dolaylı Hâkimiyet

Dolaylı hâkimiyette topluluk hâkimi bir üçüncü şirket vasıtasıyla hâkimiyetten kaynaklanan yetkileri kullanabilmektedir. Bu halde hâkimiyet araçlarına topluluk hâkimine bağlı olan bir başka şirket sahiptir (TTK m. 195/3). Tipik örneği ara hâkim şirketlerin yer bulduğu dikey topluluklardır. Burada topluluk hâkimi bağlı şirket üzerinde doğrudan hâkim olan ara hâkim şirket üzerinde hâkimiyet kurmuştur. Hâkimiyetini ara hâkim şirket üzerinden; yani ona verdiği talimatlar vasıtasıyla kullanıyorsa bağlı şirket üzerindeki hâkimiyeti dolaylı hâkimiyettir⁵⁰¹. Hâkimiyetin doğrudan ya da dolaylı olması sorumluluk noktasında herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.

1.5.2.2.3.2. Hâkim Şirket Sayısına Göre

1.5.2.2.3.2.1 Tek Başına Hâkimiyet

Hâkim şirketin hâkimiyet araçlarına tek başına sahip olması durumudur. Doğrudan hâkimiyet kavramıyla karıştırılmamalıdır. Tek başına hâkimiyet, hâkimiyet araçlarına sahip olmayla ilgili bir konu iken doğrudan hâkimiyet, hâkimiyet yetkisinin tek başına kullanılıp kullanılmamasıyla ilgili bir konudur. Dolayısıyla tek başına hâkim bir şirket, hâkimiyeti bir ara hâkim şirket vasıtasıyla kullanıyorsa aynı zamanda dolaylı hâkim olarak nitelendirilebilir⁵⁰². Örnek vermek gerekirse topluluk hâkimi A, ara hâkim konumunda bulunan B üzerinde hâkimiyet kurmuştur. B şirketi de C şirketi üzerinde % 40 oranında pay ve oy hakkı sahibidir. Topluluk hâkimi A da C üzerinde en az %11 oranında oy hakkına sahipse, doğrudan sahip olduğu bu oran ve B dolayısıyla kontrol ettiği oy oranı sebebiyle C üzerinde de hâkimiyet kurmuş sayılacaktır. A hâkimiyeti bir başka şirketle paylaşmadığı için tek başına hâkimdir. Aynı zamanda C üzerindeki hâkimiyetini B'yi vasıta kılarak kullanmak durumundaysa dolaylı, değilse doğrudan hâkim olarak nitelendirilecektir⁵⁰³.

1.5.2.2.3.2.2. Birlikte Hâkimiyet

Hâkimiyet araçlarından birisinin birden fazla şirketin veya teşebbüsün birlikteliğiyle gerçekleştiği durumlarda birlikte hâkimiyet söz konusudur. Mesela bir üçüncü şirket üzerindeki toplam oy oranları çoğunluğu sağlayan iki şirket oy sözleşmesi yaparak birlikte hareket etme

⁵⁰¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 144-146; Akın, s. 58, 59.

⁵⁰² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 148; Akın, s. 63.

⁵⁰³ Akın, s. 63.

konusunda anlaşmışlarsa birlikte hâkim konumuna gelirler. Birlikte hâkimiyeti ortaya koyan en önemli gösterge talimat verme yetkisini birlikte kullanmak zorunda olan birden fazla şirketin varlığıdır⁵⁰⁴. Hâkimiyeti birlikte kullanan taraflar karar alma süreçlerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Eğer şirketlerden biri diğerinin karar almasına etki edecek bir güce sahipse birlikte hâkimiyet halinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁰⁵.

Birlikte hâkimiyetin söz konusu olabilmesi için bu ilişkinin devamlılık arz eden bir karaktere sahip olması şarttır. Pay sahipleri arasındaki arızı stratejik ittifaklar veya geçici anlaşmalar bir hâkimiyet ilişkisi yaratmaz. Özellikle kontrol ilkesini benimseyen TTK sistemi açısından devamlılık unsurunun şüpheden uzak bir şekilde ortaya konmuş olması önemlidir. Bu anlamda birlikte hâkimiyetin varlığı için hâkimiyet yetkisinin devamlılık arz etmesi ve bir düzenlemeye dayanıyor olması şarttır⁵⁰⁶.

Birlikte hâkimiyetin dolaylı hâkimiyet kavramıyla karıştırılmaması gerekmektedir. Dolaylı hâkimiyette bir ikinci şirketin hâkim şirketin vermiş olduğu talimata aracılık etmesi söz konusu olmaktadır. Yoksa bu şirket hâkim şirketle birlikte karar almamakta; talimatın temelini oluşturan iradenin oluşumuna katkı sunmamaktadır⁵⁰⁷.

Birlikte hâkimiyet halinde gündeme TTK m. 202 ve devamı düzenlemelerde öngörülen denkleştirme yükümlülüğü ve sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması konusunda birtakım sorunlar ortaya çıkabilecektir. TTK kapsamında bu konu açıkça düzenleme altına alınmamıştır. TTK m. 195'in gerekçesinde denkleştirme ve tazminat talepleri bakımından nasıl bir uygulama benimseneceği ve birlikte hâkim olanlar arasında teselsül ilişkisinin bulunup bulunmayacağı gibi sorunların çözümünün öğreti ve içtihatlarla bırakıldığı belirtilmektedir⁵⁰⁸. *Akın* birlikte hâkimiyetin varlığı ve kullanımı için birlikte hâkim olanların ortak hareket etmelerinin zorunlu olduğunu ve bu anlamda eşit söz hakkına sahip olduklarını; bağlı şirket adına yapılacak talepler her iki şirkete karşı da yöneltilebileceğine dikkat çekerek birlikte hâkim olanların bağlı şirkete karşı sorumluluklarının müteselsil sorumluluk olarak kabul edilmesinin en uygun çözüm yolu olacağını ifade etmektedir⁵⁰⁹. *Okutan Nilsson* birlikte hâkimiyet kuranlar arasındaki ilişkiyi, amacı bağlı şirketi yönetmek üzere işbirliği yapmak olan bir adi ortaklık olarak nitelendirmektedir. Adi ortaklığın bir tüzel kişiliği olmadığından, bu yapıyı topluluk hâkimi

⁵⁰⁴ *Akın*, s. 64.

⁵⁰⁵ *Akın*, s. 64.

⁵⁰⁶ *Akın*, s. 65; *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 149.

⁵⁰⁷ *Akın*, s. 65; *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 149.

⁵⁰⁸ TTK Gerekçe, sh. 136.

⁵⁰⁹ *Akın*, s. 66.

olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu adi şirketin mensubu olan şahısların bağlı şirketin faaliyetiyle çatışma tehlikesi arz eden ayrı bir iktisadi faaliyetleri yoksa bu şahısların oluşturduğu iç ortaklığın teşebbüs olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Diğer taraftan birlikte hâkimiyetin varlığı mutlak bir menfaat birliğinin var olduğu anlamına gelmez. Birlikte hâkim olanlar kendi menfaatleri veya varsa ilişki içerisinde oldukları grup menfaatlerini dikkate alarak hareket etmektedirler. Dolayısıyla birlikte hâkimiyeti sağlayan şahıslar birbirinden ayrı unsurlar olarak görülmeli ve değerlendirilmelidir. Bağlı şirkete karşı sorumlulukları söz konusu olduğunda bu sorumluluk müteselsildir⁵¹⁰. *Okutan Nilsson*'un da ifade ettiği gibi birlikte hâkimlerin mutlak bir menfaat birliği içerisine girmeleri her zaman mümkün olmayabilir. Bu sebeple bunların birbirinden ayrı şahıslar olarak değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

1.5.2.2.3.3. Kapsamına Göre Hâkimiyet

1.5.2.2.3.3.1. Tam Hâkimiyet

Tam hâkimiyet TTK m. 203'de Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması şeklinde ifade edilmektedir. Kanunun 203 – 206 maddeleri bu duruma özgü kurallar içermektedir. Tam hâkimiyet halinde bağlı şirketin yönetim kurulu “bağlı” bir yönetim kurulu olmakla, hâkim şirketin veya şirketler topluluğunun talimatlarına uymak zorundadır. Dolayısıyla bağlı şirket yönetim kurulu topluluk menfaatlerini yönetmekte oldukları bağlı şirketin menfaatlerine tercih etmek zorundadır⁵¹¹.

Madde metninde de ifade edildiği gibi tam hâkimiyetin mutlaka doğrudan, tek ortaklı bir şirket şeklinde kurulması şart değildir. Dolaylı olarak kurulması da mümkündür. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus dolaylı hâkimiyete aracılık eden şirketlerin de bağlı şirket konumunda olmaları gerektiğidir. Bağlı şirket konumunda olmayan üçüncü kişilerin vasıta kılınması yoluyla kurulan dolaylı hâkimiyet tam hâkimiyeti sağlamaz; zira tam hâkimiyeti özellikli kılan temel husus bağlı şirkette topluluk dışı bir paysahibinin bulunmamasıdır. Bu sebeple topluluk hâkimine bağlayıcı talimatlar vererek bağlı şirketi doğrudan yönetme yetkisi

⁵¹⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 150 - 153.

⁵¹¹ TTK Gerekeçe, m. 203 “*Bu hükmü, 208 inci madde tamamlamaktadır. Çünkü hüküm, tek elden yönetim (m. 195) ilkesinin bir uygulamasıdır.*” 203 mad gerekçesindeki bu ifade kontrol ilkesini benimseyen TTK m. 195 ile çelişmektedir.

tanınmakta; buna mukabil bağı şirket yöneticilerinin şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır (TTK m. 205)⁵¹².

1.5.2.2.3.3.2. Kısmi Hâkimiyet

Kapsam itibariyle tam hâkimiyetin söz konusu olmadığı hâkimiyet hallerini kısmi hâkimiyet olarak nitelendirmek mümkündür. Bu anlamda doğrudan veya dolaylı olarak %100 paysahipliğine dayanan bir hâkimiyet şekli bulunmuyorsa kısmi hâkimiyetin varlığından söz edilebilir⁵¹³.

⁵¹² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 156, 157.

⁵¹³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 160.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HÜKÜMLER KAPSAMINDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK İLİŞKİLERİ

2.1. Genel Olarak

Şirket toplulukları günümüzde ekonomik ve ticari faaliyetlerin yürütülmesinde söz sahibi olan asıl aktörler haline gelmiştir. Öyle ki bazı topluluklar devletlerin bütçelerini dahi geride bırakacak ekonomik büyüklüğe ulaşmıştır. İktisat tarihi açısından bakıldığında bu gelişme tarihin hiçbir döneminde gözlenmemiş yeni bir olgudur. Belki de yeni yeni gelişiyor olması sebebiyle, pratikte sahip oldukları önem ve ağırlığa rağmen şirketler topluluğu hukuk düzenleri tarafından sistemli bir şekilde düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Hâlihazırda bu yapılar hukuk açısından ayrı bir aktör olmaktan ziyade ortaklık ilişkisi çerçevesinde; kanunun tanıdığı kurumsal yapıların bir araya gelmesinden müteşekkil oluşumlar olarak görülmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da şirketlerin bir türevi olarak görülen bu oluşumlar için özgün bir yapılandırma yoluna gidilmemiştir.

Şirket gruplaşmalarının ortaya çıkmasına ilk olarak şirket tüzel kişiliklerinin başka şirketler kurmasına ve onların ortağı olmalarına hukuk düzeninin ses çıkarmaması sebep olmuştur. Kurumsal ortaklara da (*corporate shareholders*) gerçek kişi ortaklar gibi bakılmıştır. *Blumberg* bunun bilinçli bir tercih olmadığını; sebep olacağı sonuçları öngöremeden kaynaklanan bir tarihi kaza olduğunu belirtmektedir⁵¹⁴. Esasında şirketler topluluğu söz konusu olduğunda topluluk hâkiminin bağlı şirketlerle kurduğu ilişki sıradan hâkim ortak-şirket ilişkisinden oldukça farklıdır. Bireysel hâkim ortak şirketin kârlılığı için elinden geleni yapmak ister. Zira şirketin kârı aynı zamanda kendi menfaatinedir. Şirketler topluluğunu yöneten topluluk hâkimi içinse bu her zaman geçerli değildir. Kimi zaman topluluk hâkimi kendi menfaatini ön plana alarak bağlı şirketlerin zarara uğramasını göze alabilir. Daha büyük bir yarar için bağlı

⁵¹⁴ İlk olarak 1888 yılında ABD'nin New Jersey eyaletinde yapılan kanunlaştırmalarla bu süreç başlamıştır. Zamanla diğer eyaletler de şirketlerin başka şirketler kurabilmelerine ve kurumsal olarak ortaklıklarına izin veren kanunlar çıkarmıştır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 55, 56.

şirket feda edilebilir. Bu tutum sadece bağlı şirketin değil onunla ilişki içerisinde olan alacaklılar, azınlık pay sahipleri gibi diğer paydaşların da zararına yol açabilir⁵¹⁵.

Bu durum aslında şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan bir risktir. Özellikle dışa kapalı küçük topluluk yapılarında her ne kadar hukuki boyut itibarıyla bir ayrılık olsa da iktisadi ilişki açısından bir birliktelik söz konusu olmaktadır. Hatta çoğu zaman şirketler topluluğu aynı teşebbüsün veya ekonomik faaliyetin birden fazla tüzel kişilik altında organize edilmesinden başka bir şey değildir⁵¹⁶. Hal böyleyken bir sermaye şirketi ve onun yatırımcı ortakları düşünülerek tasarlanan sınırsız sorumluluğun çok katmanlı veya bileşenli topluluk yapıları için de istisnasız uygulanması sorumluluğun bir kat daha sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır⁵¹⁷. Bu tek şirket ve onu hayata geçiren girişimci yatırımcılar (*ultimate investors*) modeli üzerinden geliştirilen sınırlı sorumluluk kavramının olduğu gibi şirketler topluluğuna da uygulanmasının öngörülemez bir sonucudur⁵¹⁸. *Blumberg* sermaye şirketleri için öngörülen sınırlı sorumluluğun şirketler topluluğuna uygulanmasının yaratacağı sonuçların hiçbir zaman yeterince tartışılmadığını ve dolayısıyla bilinçli bir tercihe konu edilmediğini vurgulamaktadır. Yazarın özellikle üzerinde durduğu husus mevcut sınırlı sorumluluk anlayışının şirketler topluluğunda uygulanmasının sorumluluğu bir kat daha artırıcı etkiye yol açtığıdır⁵¹⁹.

Şirketler topluluğu yapısının barındırdığı bu risklerden kaynaklanan sorumluluk meseleleri (*intragroup liability*) modern şirketler hukukunun en önemli, hala tam olarak çözüme kavuşturulamamış tartışmalı konularından birisidir⁵²⁰. Bu meseleyle ilgili olarak geliştirilen çözüme yönelik yaklaşımları *Antunes* üç başlık altında açıklamaktadır⁵²¹. Bunlardan ilki katı

⁵¹⁵ *Avgitidis*, s. 5.

⁵¹⁶ *Avgitidis*'in çalışmasının bir bölümünde sonuçları paylaşılan küçük çaplı bir anket toplulukların çalışma biçimini göstermesi açısından önemli veriler içermektedir. Topluluk yöneticileriyle yapılan görüşmeler topluluğun çoğu zaman tek bir yapı gibi yönetilip, faaliyet gösterdiğini; bağlı şirketlerin bu yapı içerisindeki bileşen parçalar için uygulanan hukuki bir kılıftan öte bir işleve sahip olmadığını ortaya koymaktadır. Bağlı şirketlerin genel yönetimi, yapacakları yatırımlar ve mali sonuçları olan işlemlerle ilgili önemli kararlar çoğunlukla topluluk hâkimi ana şirketin yönetim kurulu tarafından alınmaktadır. Bağlı şirket yöneticilerinden beklenenin daha çok alınan kararların uygulanması ve raporlanması olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Avgitidis*, s. 69 - 86.

⁵¹⁷ *Strasser*, s. 640.

⁵¹⁸ *Blumberg*, *Corporate Groups*, s. 56.

⁵¹⁹ *Blumberg*, *Corporate Groups*, s. 101.

⁵²⁰ Antunes Engrácia, José, "The Liability of Parent Corporations and their Directors", **Paper Presented at the Universidade Autonoma de Madrid**, February 27th 2004, (*Antunes*, Liability of Parent Corporations), s. 201.

⁵²¹ Antunes Engrácia, José, "New Avenues on Intragroup Liability (February 28, 2017). English Translation of "Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der "Amoco Cadiz"-Fall. In: "Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht", (*Antunes*, New Avenues), 995-1009, Verlag Otto Schmidt, Köln, 2000. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2925129>

ayrılık ilkesine dayanan klasik şirketler hukuku yaklaşımıdır (*entity law approach*). Burada şirketler topluluğu şirketlerin bir devamı gibi görülmektedir. Bu bağlamda da ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan ana şirketin kural olarak hâkimi olduğu bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Eğer bir sorun söz konusu olursa mesele tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilmeli ve bir çözüm yolu bulunmalıdır⁵²². Bu yaklaşım hala baskın olan yaklaşımdır.

Bunun tam karşısında bulunan yaklaşımsa işletme yaklaşımı (*enterprise approach*) olarak adlandırılmaktadır. *Antunes*'in ifadesiyle devrimci bir düzenleme stratejisi öngören bu yaklaşımın temel önerisi bağlı şirketleri kontrol eden hâkim durumdaki ana şirketin yavru şirketlerin ödenmeyen tüm borçlarından dolayı sorumlu tutulabilmesidir. Topluluk hâkimi kendisine bağlı şirketleri kontrol ederek bütünlükçü bir ekonomik yapı veya işletme oluşturmaktadır⁵²³. Bu yaklaşım ise 1970'li yıllardaki AB hukuku girişimlerinde kendisini göstermiştir⁵²⁴.

Bu iki uç yaklaşımı telif eden üçüncü bir yaklaşım ikili yaklaşım (*dualist approach*) olarak nitelendirilmektedir. Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda (APOK) bulunan düzenlemeler bu yaklaşıma örnek gösterilebilir. Burada şirketler topluluğu bir olgu olarak tanınmış ve grup içi sorumluluk meselesi düzenleme altına alınmıştır. Buradaki düzenlemelere göre topluluklar için bütünleşme yoluyla ortaya çıkan topluluklar, sözleşmesel topluluklar ve fiili topluluklar olmak üzere üç farklı tip topluluk yapısı öngörülmektedir. Kanunun anlayışına göre ismen düzenlenen bütünleşme ve sözleşmesel topluluklar asıl kabul gören topluluk modelidir. Buna karşılık fiili topluluklarsa diğer başlığı altında düzenleme altına alınan istisnai yapılardır. Bunlardan hukuka aykırı kabul edilen nitelikli fiili topluluklar sözleşmesel toplulukların sağladığı imkânların fiili olarak gerçekleştirilmesiyle oluşan yasaklı yapılardır⁵²⁵. Bu kabule göre bir hâkimiyet sözleşmesi (*Beherrschungsvertrag*) veya aynı sonucu doğuran başka bir sözleşme söz konusuysa şirketler hukukunun ayrılık ilkesine dair yerleşik kuralları bir kenara bırakılmakta ve hâkim konumdaki ortaklığın kendisine bağlı ortaklıklarla merkezileşmiş bir topluluk yapısı oluşturmaya cevaz verilmektedir. Yani kanunun tek elden yönetime imkân tanıdığı merkezileşmiş topluluk yapısı olarak tanıdığı topluluklar sözleşmesel topluluklardır. Fiili topluluklarla ilgili düzenlemelerse

⁵²² *Antunes*, New Avenues, s. 6.

⁵²³ *Antunes*, New Avenues, s. 7.

⁵²⁴ Şirketler topluluğuna ilişkin 9. Direktif taslağı ve Avrupa Şirketi Statüsüne ilişkin tüzük teklifi. (*Proposal for a Ninth Directive Based on article 54, 3 (g) of the EEC Treaty on Links between Undertakings and, in particular, on Groups of Companies* (EEC Doc. III – 1639/84-E). *Proposal for a Council Regulation on the Statute for European Companies*, in: O.J.E.C. 16/ 10/ 1989, n° C 263, 41ff. and O.J.C.E. 8/7/1991, n° C 176.)

⁵²⁵ Qu, Charles Zhen / Ahl, Björn, “Lowering the Corporate Veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (Trihotel)”, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2008, s.4

böyle bir sözleşmenin olmadığı yapılarda bağlı şirketlerin tek elden yönetilmelerine ve merkezi bir yapıya tabi tutularak bağımsızlıklarının – belki daha doğru bir ifadeyle özerkliklerinin – ortadan kaldırılmasına engel olmayı amaçlayan düzenlemelerdir. Böylelikle merkezileşmemiş topluluk yapılarının da kurulmasına imkân tanınmaktadır⁵²⁶. Sorumlulukla alakalı hükümler de bu ayrıma paralel olarak farklılık göstermektedir. Sözleşmesel topluluklarda daha geniş bir müdahale çerçevesine sahip olan topluluk hâkimi bağlı şirketlerin dönemsel bilanço zararını karşılamak ve dolayısıyla onları üçüncü kişilere olan taahhüdlerini yerine getirebilir bir durumda muhafaza etmekle yükümlü kılınmıştır. Bunun da ötesinde bazı durumlarda bağlı şirketle birlikte üçüncü kişi alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır. Merkezileşme yönünden daha zayıf bir yapı sunan meşru alandaki basit fiili topluluklarda ise topluluk hâkimi bağlı şirketleri kayba uğratacak müdahalelerde bulunamaz; aksi takdirde meydana gelen muayyen kayıpları denkleştirerek telafi etmekle yükümlü olacaktır⁵²⁷.

İngiliz yaklaşımı olarak da nitelendirilen şirket yaklaşımı (*entity approach*) şirketler topluluğunun şirketlerden ayrı bir rejime tabi tutulmasının şirketler hukukunun gelişimini engelleyeceğini savunmaktadır. Eğer somut olay özelliklerine göre şirket yapısı veya sınırlı sorumluluk kötüye kullanılıyorsa bunun bir perdeyi kaldırma meselesi olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Alman yaklaşımı olarak nitelendirilen karşı görüşe göreyse sahip olduğu hâkimiyeti kullanarak şirketler topluluğunu yönlendiren ve hatta fiilen yöneten hâkim ortaklığın bu pozisyonunu göz ardı eden, topluluk hâkimiyle bağlı şirket arasındaki münasebeti alelade bir ortak – şirket ilişkisi olarak nitelendiren klasik yaklaşımın karşılaşılabilecek sorunlara tatmin edici çözümler getirmesi mümkün değildir. Bu sebeple şirketler topluluğunun hukuken farklı bir rejime tabi tutulması gerekliliği iddia edilegelmiştir. Şirketler topluluğuyla ilgili dokuzuncu yönergenin kabulü tartışmalarına damga vuran bu ayrışma sebebiyle bu yönerge tasarısı kabul edilememiştir.

Aşağıda detaylı olarak görüleceği üzere önemli farklılıklar olmakla birlikte 2012 yılında kabul edilen TTK hükümleriyle birlikte bizim hukukumuzda da Alman APOK’a benzer düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerle topluluk hâkiminin sahip olduğu hâkimiyet gücünü kötü kullanmasına karşı etkin bir koruma sağlanıp sağlanmadığı meselesi önemli bir tartışma konusudur.

⁵²⁶ Antunes, New Avenues, s. 9.

⁵²⁷ Antunes, New Avenues, s. 9.

2.2. Sorumlulukla İlgili Merkezi Kavramlar: Topluluk Menfaati ve Topluluk Tehlikesi

Şirketler topluluğunda sorumluluk meselesiyle ilgili olarak farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Ülkemiz örneğinde de görüldüğü üzere bu meselenin çeşitli yönleriyle birlikte hukuk tarafından düzenleme altına alınması son zamanlarda git gide kabul gören bir yaklaşımdır. Bu kısımda kanunlaştırma çabaları ve sonuç olarak ortaya çıkan düzenlemeler hakkında kısaca bilgi verilecektir. Öncelikle neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ele alınmalıdır. Bu bağlamda ilk olarak tartışılması gereken konu topluluk tehlikesi kavramıdır. Bu kavram münferit şirketlerden farklı olarak şirketler topluluğuna özgü, onun yapısından kaynaklanan birtakım risklere vurgu yapmaktadır. Bu anlamda topluluk tehlikesi adı altında kavramsallaştırılan sorunun kaynağında topluluk yapısından kaynaklanan ona özgü riskler bulunmaktadır. Bu sebeple çözüm yolları da bu soruna özgü unsurlar içermelidir. Bu bağlamda TTK kapsamında getirilen sorumluluk rejimi detaylı bir şekilde ele alınmış ve topluluk tehlikesine karşı alınan önlemler izah edilmiştir. Son olarak da ortaya çıkan düzenlemelerin ne derece etkin bir koruma sistemi getirdiği tartışılmıştır.

2.2.1. Topluluk Menfaati

Topluluk menfaati kavramı bizzat şirketler topluluğunun varlığıyla alakalı bir kavramdır. Şirketler topluluğunu mümkün kılan hâkimiyetin meşru sınırlarını belirleyerek uygulanabilir kılan unsur topluluk menfaati kavramıdır. Esasında şirketler hukukuna hâkim olan klasik katı ayrılık ilkesi (*entity law*) hâkimiyet kavramıyla bağdaşabilen bir çerçeveye sahip değildir; zira geleneksel yaklaşım bir şirketin başka bir iradenin kontrolü altında faaliyet göstermesini kabul etmemektedir. Bu yaklaşım her bir şirketin pay sahiplerinden bağımsız bir tüzel kişilik olarak, hiçbir etki ve yönlendirmeye maruz bırakılmaksızın faaliyet gösterdikleri kabulüne dayanmaktadır. Aynı varsayıma dayalı olarak şirket yönetiminin devredilmezliği kuralı da benimsenmiştir (TTK. M. 375/1(a)). Bu kuralın tabi bir sonucu şirketin yönetimini yürüten organların bağımsızlığı ve dolayısıyla şirket yönetimiyle ilgili durumlardan dolayı yabancı etkiye dayalı bir istisna benimsenmeden sorumlu tutulmaları olacaktır.

Şirketler hukukunun yüzyıllardır devam eden gelişiminin bir sonucu olarak kabul edilen bu varsayım, şirketler topluluğunu ortaya çıkaran merkezileşme ve işletmelerin yoğunlaşması gibi dinamikler karşısında ciddi anlamda zorlanmaya başlamıştır. Uygulamanın dayattığı bu olguyu görmezden gelmek ve katı bir biçimde şirketlerin bağımsızlığı ve ayrılığını savunmak artık sürdürülebilir değildir. Hukuk düzenlerinin şirketler topluluğu açısından kurucu bir kavram

haline gelen hâkimiyeti yasal veya yargısal olarak tanınması kaçınılmaz hale gelmiştir. Bunu yaparken kullanılan kilit kavram topluluk menfaattir.

Şirketler gruplaşarak topluluklar meydana getirebilir; bu topluluğu sevk ve idare eden bir üst iradeye ihtiyaç vardır ama bu irade, yani topluluk hâkimi, topluluğa dâhil bağlı şirketlerin ayrı birer tüzel kişilik olduklarını da tamamen göz ardı edemez. Bu bağlamda, topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanarak bağlı şirketleri sevk ve idare edebilir; ancak bunu yaparken sorumlu davranmalıdır. Tamamen kendi menfaatlerini ön plana çıkararak bağlı şirketleri kendisine hizmet eden araçlar haline getirmemelidir. Topluluk hâkiminin ancak topluluğun menfaatini gözeterek yaptığı müdahaleler meşru sınırlar dâhilinde kabul edilmektedir⁵²⁸. Kısacası, topluluk menfaati ayrılık ilkesiyle hâkimiyet olgusunu bağdaştıran bir araç kavram olarak düşünülebilir. Bu sayede, bir yandan şirket yönetimine belirli sınırlar dâhilinde de olsa müdahale imkânı tanınarak şirketler topluluğunun temel prensiplerinden olan ayrılık ilkesiyle, şirketler topluluğunu mümkün kılan hâkimiyet olgusu biraraya gelebilmektedir⁵²⁹.

⁵²⁸ Bu yaklaşım TTK özel hükümleriyle çerçevesi çizilen Türk Şirketler Topluluğu Hukuku açısından da geçerlidir. Okutan Nilsson'un bu kapsamda vurgulanması gereken şu açıklamaları oldukça aydınlatıcıdır: "...bağlı şirkete kayıp verdiren ve hâkimiyetin uygulanması nedeniyle gerçekleştirilen işlem veya tedbirler, ya hâkim şirkete, ya başka bir bağlı şirkete, kısaca şirketler topluluğuna fayda sağlamaya yönelik işlemlerdir. Esasen denkleştirme yoluyla veya denkleştirme taahhüdüyle bağlı şirkete kayıp verdirilmesi, ancak şirketler topluluğunun yararına olacak iş ve işlemler nedeniyle mümkündür. Ne bağlı şirketin, ne de şirketler topluluğunun yararına olan, tamamen grup dışı üçüncü kişilerin menfaatleri için yapılan ve kayba yol açan işlemler kesin olarak hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, bağlı şirketin kaybına sebebiyet veren işlemler kural olarak hâkim şirketin veya şirketler topluluğunun yararına yapılacağına göre, bağlı şirkete kayıp verdirilse bile, hâkim şirket, şirketler topluluğuna bu yolla sağlanan başka bir menfaatle kendi payına düşen bu kaybı dengelemiş olabilir." Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 383. Aynı yaklaşım Alman hukukunda topluluk menfaati anlamında *Konzerninteresse*; topluluğun menfaatlerinin imtiyazlı olması anlamında tercüme edilebilecek *Konzernprivileg* kavramlarıyla ifade edilmektedir. *Konzerninteresse* kavramı bağlı şirkete verdirilecek kayıp ve zararın meşruiyet temelini belirtmektedir. Mesela sözleşmesel topluluklarda bağlı anonim şirketin zararına olacak talimatları dahi uygulama zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak böyle bir yönetim anlayışı topluluk menfaati söz konusuysa kabul edilebilir bir olgu olarak görülmekte; aksi durumda hukuka aykırı kabul edilmektedir (APOK m. 308/1,2). Topluluk menfaatini gözetmeyen yönetim uygulamaları hâkim işletmenin (BGB m. 280/1 veya kıyasen APOK m. 309; BGB m. 31, 278) ve yöneticilerinin (APOK m. 309) sorumluluğuna yol açabilir bkz. Altmeyen, Holger, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, 6. Auflage, Rn. 5, c. H. Beck, München, 2023, AktG § 309 Rn. 106 (**MüKoAktG/Altmeyen**). *Konzernprivileg* kavramıyla anlatılmak istenen ise bağlı şirketin malvarlığının muhafazasını temin etmek kaydıyla, topluluk hâkiminin topluluğu yönetmede serbest olduğudur. Ancak bu kavram sadece topluluk hâkiminin menfaatlerinin öncelikli veya ayrıcalıklı olması şeklinde anlaşılmamalıdır. Hiçbir şekilde bir zarar imtiyazı (*Schädigungsprivileg*) olarak görülmemelidir. Konzern imtiyazı (*Konzernprivileg*) kavramıyla ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz. **MüKoAktG/Altmeyen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 311 Rn. 31, 32.

⁵²⁹ Esasında topluluk hâkimi de bağlı şirket pay sahipleri veya alacaklıları gibi bir menfaat çevresi veya odağı olarak düşünülebilir. Bu manada topluluk hâkiminin menfaati işleyebilir, verimli bir topluluk yapısının tesisidir (Bkz. **Ayhan**, s. 46). Sağlıklı bir topluluk yapısı topluluğun etkin ve verimli işleyişi ile bağlı şirket paydaşlarının korunması gereken menfaatleri arasında bir dengenin kurulmasıyla mümkündür. Tamamen topluluk hâkiminin aracı konumuna düşen, bağlı şirketlerin tüzel kişiliklerinin kâğıt üzerinde kaldığı bir yapı bağlı şirket ve paydaşları açısından önemli riskler barındırmaktadır. Buna karşılık topluluk hâkiminin

Topluluk menfaati kavramının ortaya çıkışından ve mahiyetinden de kısaca bahsetmek konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Bu kavramdan ilk olarak 1974 tarihli *Willow-Saint Freres* olarak bilinen bir Fransız mahkeme kararında bahsedilmiştir. Bu karara göre, topluluk menfaati, topluluğa dâhil her bir şirketin menfaatinden daha üstündür. Yapılan işlemlerin topluluk menfaatinden bahisle hukuka uygunluğu ancak, gerçek bir şirketler topluluğunun bulunması; bağlı şirketin maruz kaldığı fedakârlığın yöneticilerin menfaatine değil, topluluğun menfaatine hizmet etmesi ve bağlı şirketin karşılıksız bir fedakârlıkta bulunmaması şartlarına bağlıdır⁵³⁰. Bu kavram özellikle Fransız Yargıtay'ının 1985 tarihli *Rozenblum* kararı sonrasında bilinir hale gelmiştir⁵³¹. Bu sebeple *Rozenblum* doktrini olarak da adlandırılmaktadır. Şirket mallarının istismarı (*l'abus de biens sociaux*) Fransız Ceza Kanunu'nda bir suç olarak düzenlenmiştir. Bağlı şirket yöneticisi olan sanıkların 30 ay ve 18 ay hapis cezası ve değişen miktarlarda para cezası almaları üzerine temyiz incelemesi sırasında Fransız Yargıtay'ı topluluk menfaati kavramının işleviyle ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur⁵³². *Rozenblum* doktrinine göre aşağıdaki şartların varlığı halinde hâkim veya bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu şartlar topluluk menfaati kavramının (*l'intérêt de groupe; group interest*) çerçevesini belirlemektedir⁵³³:

- 1) Ortak bir strateji veya maddi bağlantıların varlığı; aynı gruba mensubiyet,
- 2) Uyumlu bir topluluk politikasının varlığı; topluluk menfaatinin gözetilmesi sebebiyle taahhüt altına giren şirketin ekonomik varlığının tehlikeye atılmamış olması,
- 3) Yarar ve zararın dengeli dağılımı, kaybın tazmini olanağının bulunması.

hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini aşırı derecede kısıtlayan bir çerçeve de topluluk yapısının verimliliğini düşürecektir. Topluluk menfaati kavramı bu dengenin sağlanması açısından da önemlidir. Bu sayede topluluğun genel menfaatleriyle bağlı şirket paydaşlarının korunma ihtiyacı bağdaştırılabilir.

⁵³⁰ Sulu, Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 194.

⁵³¹ Karar metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064646> (Erişim tarihi : 13.11.2022). Rozenblum doktriniyle ilgili detaylı bir analiz için bkz. Atibeck, Aline, **L'abus de Biens Sociaux Dans le Groupe de Sociétés**, L'Harmattan, Paris, 2007.

⁵³² **Vandekerckhove**, s. 178 vd. Somut olayda ise topluluk inşaat, emlak alım-satım, kuaförlük, mobilya, seyahat acenteliği gibi çok farklı alanlarda faaliyet gösteren bir topluluktur. Kredi alması daha kolay olan inşaat ve emlak şirketlerinin elde ettikleri mali kaynaklar diğer şirketlere aktarılmıştır. Mahkeme çok farklı alanlarda faaliyet gösteren bu topluluğun yapısı itibarıyla topluluk yararı kavramının uygulanabilir olmadığını belirterek suçun meydana geldiği sonucuna varmıştır.

⁵³³ Report from the Club Des Juristes, Towards Recognition of the Group Interest in The European Union? Committee on Europe, June 2015, sh. 10. Rapor metni için bkz. http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ_Rapports_Group-interest_UK_June-2015_web.pdf (Erişim tarihi: 16.03.2023); **Misili**, s. 169.

Bu şartlar altında genel olarak topluluk menfaatinin bağılı şirketin menfaatinin önüne geçmesi kabul edilebilir bir olgu olarak görülmektedir. Bu bağlamda topluluk hâkiminin bağılı şirketleri yönlendirmesi ve yönetimlerine müdahalesi ancak topluluk politikası doğrultusunda ve topluluk yararına olduğu takdirde hukuka uygun kabul edilmiştir. Topluluk hâkiminin kendi özel amaçları doğrultusunda bağılı şirket yönetimine müdahalesi hukuka aykırıdır⁵³⁴.

Bu yaklaşımın yansımalarını TTK özel hükümleriyle çerçevesi çizilen Türk şirketler topluluğu hukukunda da görebiliriz. Kısmi hâkimiyet haliyle ilgili olarak hüküm öngören TTK m. 202'ye göre topluluk hâkimi yöneltme seviyesinin ötesinde bir müdahalede bulunamaz. Dahası müdahalenin topluluğun menfaati gözetilerek yapılıyor olması şarttır. Bu şartı karşılamayan, keyfi müdahaleler meşru kapsam dışında kalacaktır. Kısmi hâkimiyetten farklı olarak tam hâkimiyette müdahale yetkisi kapsam olarak geniş tutulmuştur. TTK m. 203'e göre tam hâkimiyet halinde topluluk hâkimi bağlayıcı talimat verme yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki de keyfi olarak kullanılamaz. Topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla kullanılabilir⁵³⁵. İhtilaf halinde verilen talimatın topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları kapsamında olduğuna yönelik ispat yükü hâkim şirket üzerindedir⁵³⁶. Bu şartı sadece tam hâkimiyet haliyle kısıtlı bir çerçevede değerlendirmek doğru olmaz. Esasında *Tekinalp*'in de dikkat çektiği gibi bu şart kurumsal yönetim ilkelerinin bir gereği olduğundan tam hâkimiyet haliyle sınırlı olmaksızın kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu gruplaşmalar için de kabul edilmelidir. Bu kavram sadece tam hâkimiyet haline özgü bir kavram değildir. Dolayısıyla kısmi hâkimiyet halinde de hâkim şirket hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanırken, daha doğru bir ifadeyle bağılı şirketlere müdahalelerde bulunurken topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartına uygun hareket etmelidir⁵³⁷. Tam hâkimiyet gibi en ileri düzeyde müdahale yetkisinin tanındığı topluluklarda dahi müsaade edilmeyen gelişigüzel, keyfi nitelikte veya kişisel menfaatler gereği verilen talimatlara, müdahalenin yöneltmeyle sınırlı tutulduğu kısmi hâkimiyet halinde haydi haydi müsaade edilemez.

Bununla birlikte TTK m. 204 bağılı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatların verilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse bağlayıcı

⁵³⁴ Özsu, Güray, **Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk (Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden)**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, sh. 68.

⁵³⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 668.

⁵³⁶ **Tekinalp**, Sermaye, s. 670.

⁵³⁷ **Tekinalp**, Sermaye, s. 668.

talimat verme yetkisi bağılı şirketin mahvına yol açacak bir şekilde kullanılamaz. Bu ilke de esasında bağılı şirketin ekonomik varlığının tehlikeye atılmamış olmasını şart koşan *Rozenblum* doktrininin bir yansımasıdır. Bu bağlamda bu kural sadece tam hâkimiyet değil, kısmi hâkimiyetin geçerli olduğu fiili topluluklar için de geçerli kabul edilmelidir.

2.2.2. Topluluk Tehlikesi

Teoride şirketler bir menfaat birliği fikrine dayanmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse şirketi kuranların, yönetim kurulunun, idarecilerin, pay sahiplerinin, şirket alacaklıları ve diğer tüm ilgililerin menfaati şirketin menfaatiyle paraleldir. Bunlardan hiçbirisi şirketle bir çıkar çatışması içerisinde değildir. Dolayısıyla bu çevrelerin hepsi şirketin varlığını devam ettirmesini, daha da büyümesini ve zenginleşmesini ister; çünkü bu onların da faydasına olan bir durumdur⁵³⁸.

Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ise durum farklılaşmaktadır. Çok şirketli bu yapıları idare eden topluluk hâkimi ana şirket ile ona bağılı şirketlerin menfaatleri her zaman çakışmayabilir. Ana şirket veya topluluk hâkimi konumundaki bir diğer işletme, kendi menfaatlerini bağılı şirketlerin menfaatleri önüne geçirebilir. Bunun dışında topluluğun genel menfaati bir bağılı şirketin menfaatinin önüne geçebilir. Böyle bir durumdan menfaatleri feda edilen bağılı şirket dışında onunla ilişkili azınlık pay sahipleri ve alacaklılar gibi paydaşların da olumsuz etkilenmesi kaçınılmaz olacaktır⁵³⁹. Topluluk hâkiminin veya genel olarak topluluğun çıkar ve menfaatleri için bağılı şirketlerin feda edilmesi riski genel olarak topluluk tehlikesi olarak nitelendirilebilir. Bu durum esasında yukarıda topluluk menfaati kavramını izah ederken değindiğimiz şirketin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmeme şartıyla yakından ilintilidir.

Şirketler topluluğunda sorumluluğun alışıldık sorumluluk meselelerinden farklı olarak ele alınmasını gerektiren temel sebep topluluk tehlikesi olarak adlandırılan bu risktir. Münferit şirketler için öngörülen kuralların topluluk yapısı söz konusu olduğunda ortaya çıkan menfaat çatışmalarına adil bir çözüm getirmekten uzak olması sebebiyle ayrı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmuştur. Bir şirketin kendine ait bir ticari faaliyeti bulunan bir başka teşebbüsün hâkimiyeti altında olması sıradan bir ortağın hâkimiyeti altında olmasından farklı tehlikeleri bünyesinde

⁵³⁸ **Türkmen**, s. 675.

⁵³⁹ **Manavgat**, s. 172, 173. *Manavgat*'ın da tespit ettiği gibi piramit topluluk yapılarında, topluluk hâkiminin dolaylı hâkimiyet yoluyla kontrol altında tuttuğu bağılı şirketlerin menfaatlerini çok daha rahatlıkla feda edebilme riski bulunmaktadır; zira bu yapılarda topluluk hâkimi ya çok düşük paysahipliği oranlarına sahiptir ya da hiç doğrudan paysahibi değildir.

barındırmaktadır⁵⁴⁰. Böyle bir durumda diğer ihtimalden farklı olarak hâkim işletmenin kendi faaliyetini gözeterek bağlı şirket menfaatlerini göz ardı etme tehlikesi vardır⁵⁴¹. Bir şirketler topluluğu hukukunun varoluş sebebi de daha çok bu tehlikeye karşı bir önlem alma ihtiyacından kaynaklanmaktadır⁵⁴². Dolayısıyla öncelikle bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyecek tedbirleri öngören kurallara ihtiyaç vardır. Bu kurallarla topluluk hâkiminin, hâkimiyetten kaynaklanan hak ve yetkilerini şeffaf bir şekilde, belirli sınırlar dâhilinde kullanması öngörülmektedir. Herşeye rağmen topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan hak ve yetkilerini bu kurallara aykırı bir şekilde kullanmışsa bu defa bunu müeyyideye bağlayan bir sorumluluk rejimine ihtiyaç bulunmaktadır. Dolayısıyla topluluk tehlikesini önleyen ve müeyyideye bağlayan ilke ve kurallar madalyonun iki yüzü gibidir. Bu çalışmanın konusu esas olarak sorumluluk meselesi olmakla birlikte önleyici tedbirler boyutuna da kısaca değinmekte fayda vardır.

2.2.2.1. Topluluk Tehlikesini Önleyici Tedbirler

Hâkim ortağın ve/veya genel olarak topluluğun, bağlı şirket tüzel kişiliğinin, bu şirketteki azınlık pay sahiplerinin ve alacaklıların arasında doğabilecek menfaat çatışmalarını öngörerek düzenleme altına alma ve koruyucu kurallar getirme şirketler topluluğu hukukunun başlıca düzenleme alanıdır⁵⁴³.

Özellikle topluluk hâkiminin kendi menfaatlerini bağlı şirket menfaatlerinin üzerinde tutması ve bu suretle bağlı şirketle birlikte azınlık pay sahipleri ve alacaklılar gibi paydaşların da zarara uğratılması riski doktrinde konzern tehlikesi veya konzern çatışması (*konzernkonflikt*) kavramlarıyla da ifade edilmektedir⁵⁴⁴. Bu tehlikenin ortaya çıkmasına sağlayan başlıca sebep bağlı şirketlerin teoride öngörüldüğünün aksine bağımsız tüzel kişiliğe sahip bir şirketten çok topluluğun menfaatlerine hizmet eden bir araç haline getirilmiş olmasıdır. Biz bu tehlikeyi ifade

⁵⁴⁰ **Türkmen**, s. 675, 676.

⁵⁴¹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 76.

⁵⁴² **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 26; **Pulaşlı**, Şerh C. I, s. 513; **Yanlı**, s. 209, 196. “...yargı organları, öğreti ve uygulama tarafından oluşturulan konzern hukuku, bir koruma hukuku (*Schutzrecht*) olarak gelişmiştir...konzern hukuku, önceleri konzern oluşum hukuku (*das Recht der Konzerngestaltung*) olarak belirmiş ve sonradan bir koruma hukukuna dönüşmüştür. Çünkü konzern içinde hâkim olan işletme, bağımlı işletme üzerindeki hâkimiyeti kullanmaya başlayınca, bunun karşısındaki kişilerin korunması ihtiyacı doğmuştur. Korunacak kişilerle ifade edilmek istenen, bağımlı işletmenin kendisi, azınlıkta kalan ortaklar ve de işletme alacaklılarıdır.”

⁵⁴³ Bkz. TTK genel gerekçe. **Altmeyen** şirketler topluluğu hukukunun çözmesi gereken en önemli sorunun çoğu zaman “dışarıdakiler” (*outsiders, Außenseiter*) olarak tanımlanan azınlık pay sahipleri ve alacaklıların korunması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **MüKoAktG/Altmeyen**, 6. Aufl. 2023, AktG. Vor § 311.

⁵⁴⁴ **MüKoAktG/Altmeyen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 311, Schutz der Außenseiter, (Rn. 3-19); **Göktürk**, s. 32; **Türkmen**, s. 677; **Vandekerckhove**, s. 244; **Susuz**, s. 272.

etmek üzere TTK'nın benimsediği terminolojiyle uyumlu bir şekilde topluluk tehlikesi kavramını tercih ediyoruz.

Topluluk tehlikesini önleyici kurallar bir yönüyle topluluk yönetiminde şeffaflığı sağlayan kurallardır. Bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleriyle ilgili TTK m. 198⁵⁴⁵, bağlı ve hâkim şirketlerin raporlarını düzenleyen TTK m. 199 ve bağlı şirketler hakkında bilgi alma konusunu hükme bağlayan TTK m. 200 hükümleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Önleyici kurallar diğer bir yönüyle de topluluğu sevk ve idare eden topluluk hâkiminin yetkilerini kullanırken sorumlu davranmasını sağlayan kurallardır. Hâkim teşebbüsün veya şirketin başka şirketleri hâkimiyeti altına alma iradesi ve bunun sonucunda onlar üzerinde etkide bulunabilme gücünü elde etmesi ona sorumlu hareket etme yükümlülüğünü de yükler⁵⁴⁶. TTK hükümleri kapsamında hâkimiyetin hangi sınırlar kapsamında kullanılabileceği, sorumluluğa ilişkin hükümlerden hareketle (TTK m. 202, 203 ve 204) daha da somutlaştırılabilir. Kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu fiili topluluklarda topluluk hâkiminin bağlı şirketleri talimat vererek doğrudan yönetme hakkı bulunmamaktadır. Kanun bu hakkı münhasıran tam hâkimiyet haline özgülemiştir. Kısmi hâkimiyette topluluk hâkimine tanınan hakkın kapsamı yöneltmeyle sınırlıdır. Bununla birlikte yöneltme tabiri sevk ve idare kavramlarını da kapsayacak bir anlama sahiptir. Dolayısıyla yöneltme bir yönüyle yönlendirme ve yönetme kavramlarını da içermektedir. Yalnız burada talimat vererek doğrudan müdahalede bulunmaktan ziyade, politika ve hedefler belirleyerek, strateji koyarak veya birtakım yönergeler yoluyla yönetme hali söz konusudur. Tam hâkimiyette izin verilen talimat verme yetkisinin de bir takım sınırları vardır. TTK m. 203'e göre hâkim şirketin yönetim kurulu, ancak topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla talimat verebilir. Dahası bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez (TTK m. 204)⁵⁴⁷. Kanun'un yöneltme ve talimat verme şeklinde somutlaştırdığı

⁵⁴⁵ Limited şirketlerde TTK m. 598 gereğince pay devirlerinin tescil ve ilanı zorunludur. Pay devrinin kolaylaştırılması amacıyla Kanun'da anonim şirketler için böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Ancak şirketler topluluğu söz konusuysa TTK m. 198 gereğince, belirli eşiklerin aşılması halinde anonim şirketler açısından da tescil ve ilan yükümlülükleri getirilmiştir. Şeffaflık açısından önemli bir düzenleme getiren bu hüküm özellikle dışa kapalı anonim şirketlerden oluşan topluluklar açısından önemlidir. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Baş, Kadir, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C..36, S.1, 57-97, 2020, s. 58.

⁵⁴⁶ *Tekinalp* topluluk hâkiminin topluluğu yönetmek gibi bir yükümlülük altında olduğunu ifade etmektedir. Bu yükümlülüğünü yerine getirirken iyi, basiretli ve kurumsal yönetim standartlarına göre bir yönetim göstermekle yükümlüdür. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 739, 740.

⁵⁴⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 739.

hâkimiyet uygulamaları bu sınırları aştığı takdirde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımı ve buna göre topluluk hâkiminin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

2.2.2.2. Topluluk Tehlikesinin Gerçekleşmesi ve Sorumluluk

Şirketler topluluğu hukukunun temel amacı, bağlı şirketlerin menfaatlerinin topluluk menfaatlerine feda edilmesi riski gerçekleşmişse bunun sonuçlarını ortadan kaldırmak veya hafifletmektir⁵⁴⁸. Topluluk hâkiminin bağlı şirketler üzerindeki hâkimiyetini kullanırken onların menfaatini gözardı etmesi ve bu suretle onları kayıp ve zarara uğratması topluluk tehlikesi olarak nitelendirilen riskin gerçekleşmesine yol açacağından bu durum bir sorumluluk meselesi olarak gündeme gelebilecektir. TTK hükümleri çerçevesinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması kapsamında bu durum bir sorumluluk sebebi olarak düzenleme altına alınmıştır.

Çalışmanın odağında bulunan bağlı şirket alacaklıları yönünden konuya yaklaşacak olursak, topluluk hâkiminin hukuka aykırı müdahaleleriyle borçlu konumundaki bir bağlı şirketi taahhüdlerini yerine getiremez bir hale getirmesinin alacaklılar açısından bir talep hakkı doğurup doğurmayacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle hâkim ortağın bağlı şirketi tamamen aracı haline getirdiği, kötü ve sorumsuz müdahaleleri sebebiyle onu borçlarını ifa edemez bir hale soktuğu durumlarda üçüncü şahıs alacaklıların bağlı şirketlerden alacaklarını elde edememeleri söz konusuysa ortaya çıkan bu sonuçta topluluk hâkiminin de bir payının olduğu ortadadır⁵⁴⁹. Bağlı şirketin üçüncü kişilere olan borçlarını ifa edemez hale gelmesini göz ardı ederek bu durumun sadece topluluk içerisinde çözülmesi gereken bir sorumluluk ilişkisi doğurduğunu (*innenhaftung*) kabul edersek bu ilişkinin dışında bulunan bağlı şirket alacaklılarının topluluk hâkimine yöneltebilecekleri bir talep hakkı doğmayacaktır. Bununla birlikte bu sonucun hakkaniyet duygularıyla bağdaşmadığı ortadadır zira kimi durumlarda hukuki görünüşe göre birbirinden farklı tüzel kişiliklerden müteşekkil bir topluluk bulunsa da esasında bütün bir topluluk tek bir şirket veya işletme gibi idare edilmektedir. Bu sebeple belirli şartlar dâhilinde bağlı şirketin taahhüdlerini yerine getirmemesinden veya getiremez hale gelmesinden dolayı topluluk hâkimi ve hatta duruma göre diğer topluluk şirketleri de alacaklılara karşı sorumlu tutulabilmelidir. Mevcut hukuki düzenlemelerin etkinliği değerlendirilirken öncelikle dikkate alınması gereken husus bu düzenlemelerin alacaklılar açısından böyle bir imkân sunup

⁵⁴⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 14.

⁵⁴⁹ Özsu, s. 257.

sunmadıkları olmalıdır. Alacaklılar yönünden bir çözüm imkânı getirilmemişse hukuki düzenlemelerin etkinliği şüpheli duruma düşecektir.

Tezin bundan sonraki kısımları tamamen bu konulara odaklanmıştır. Öncelikle mevcut TTK'nın özel hükümleri kapsamında getirilen sorumluluk rejiminin alacaklılar açısından etkin bir telafi mekanizması sunup sunmadığı araştırılmıştır. Bu düzenlemelere alternatif genel hükümler kapsamında müracaat edilebilecek yollar da ayrıca ele alınmıştır. Son olarak şirketler topluluğunun yapısal olarak sorunlu olmasının bir sorumluluk sebebi olarak ele alınıp alınamayacağı detaylı bir şekilde tetkik edilmiştir.

2.3. Sorumluluk Konusunun Pozitif Hukuk Tarafından Düzenlenmesi

2.3.1. Tarihi Arka Plan

Şirketler topluluğunun serbest piyasa ekonomilerinde yaygınlaşması ve ticari faaliyetlerin önemli aktörleri haline gelmesiyle birlikte hukuki olarak alınması gereken tavır noktasında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Özellikle şirketler topluluğunun ortaya çıkardığı kendine özgü sorunlar, bilhassa da yukarıda değinilen topluluk tehlikesi karşısında bir çözüm yolu arayışı belirgin hale gelmiştir. Bazı ülkeler bu yapıyı şirketlerden ayrı bir olgu olarak ele alma ve özel kurallar benimseyerek düzenlenme cihetine gitmiş; bazılarıysa detaylı düzenleme yapmaksızın kısmen birtakım konuları düzenlemiş, bazıları da hiçbir yasal düzenleme yapmamış veya meseleyi içtihat hukuku çerçevesinde ele almakla yetinmiştir⁵⁵⁰.

2.3.1.1. Yasayla Düzenleme Yaklaşımı

Bu yaklaşımın öncüsü olan Almanya'da şirketler topluluğu çeşitli yönleri itibariyle şirketlerden ayrı bir olgu olarak ele alınmış ve bu kapsamda genel ve özgün kurallar çerçevesinde düzenlenme cihetine gidilmiştir. İlk olarak 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (*Aktiengesetz*) kabul edilen tek maddelik bir düzenleme ile şirketler topluluğu pozitif hukukun konusu yapılmıştır⁵⁵¹. Şu an yürürlükte olan 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) içerisindeki düzenlemeler (APOK 15-22 ve 291-328 maddeleri) çok daha detaylıdır. Bu kurallar Alman şirketler topluluğu hukukunun (*Konzernrecht*) temelini oluşturmuştur. Kanun şirketler topluluğu olgusunu tanıyarak topluluk hâkimine sebep olduğu kayıp ve zararları giderim yükümlülüğü getirmekte ve buna karşılık belirli bir çerçeve kapsamında kalmak kaydıyla bağlı

⁵⁵⁰ European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2929348> (Erişim tarihi: 02/10/2023).

⁵⁵¹ Misili, s. 172.

şirketlere müdahale hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla hukuk düzeni iktisadi hayatın bir gerçekliği olan topluluk hâkiminin ayrı bir tüzel kişilik olsa da hâkimiyeti altındaki şirketlere müdahale edebileceği fikrini kabul etmiş ve hâkimiyetin kötüye kullanılması ve onun sonuçları üzerinde yoğunlaşmıştır⁵⁵².

Alman modeli olarak anılan bu yaklaşım Portekiz (1986), Macaristan (1988-2012), Çek Cumhuriyeti (1991-2012) Slovenya (1993), Hırvatistan (1993) ve Arnavutluk (2008) gibi bazı Avrupa ülkelerinde ve Brezilya (1976) gibi Avrupa kıtası dışında bulunan ülkelerde de kabul görerek adapte edilmeye çalışılmıştır⁵⁵³. Alman hukuk sistemiyle olan yakın münasebetlerine rağmen Polonya ve Avusturya gibi bazı ülkeler bu yaklaşımı benimsememiştir⁵⁵⁴. Türkiye de 2012 yılında kabul edilen Türk Ticaret Kanunu'yla birlikte şirketler topluluğunu yasal olarak tanıyan ve çeşitli yönleriyle düzenleyen ülkeler arasına katılmıştır.

Öncülüğünü Almanya'nın yaptığı şirketler topluluğunun şirketler için öngörülen kurallardan ayrı bir hukuki çerçeveye ele alınması şeklindeki yaklaşım birtakım ülkeler tarafından kabul görmekle birlikte uzun zamandır tartışma konusudur.

2.3.1.2. Avrupa Birliği'nin Mevzuat Çalışmaları

Şirketler topluluğunu yazılı kurallarla düzenleme altına alma yaklaşımıyla ilgili olarak AB şirketler hukukunun gelişimi kapsamında yaşanan süreç oldukça ilgi çekicidir⁵⁵⁵. Şirketler topluluğuyla ilgili topluluk düzeyinde yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi fikri ilk olarak bir Avrupa Şirketi İçin Statü (*Societas Europea*) ile ilgili çalışmalar kapsamında gündeme gelmiştir. Bu kapsamda hazırlanan taslaklardan 1970 ve 1975 tarihli olanlarında şirketler topluluğuna da bir

⁵⁵² Karsten Schmidt, birlikte ortak çalışmalara imza attığı diğer bir ünlü hukukçu Lutter ile fikir ayrılığına düştükleri en önemli konunun Alman konzern hukukunun varlık sebebi ve amacı olduğunu ifade etmektedir. Lutter'e göre Alman konzern hukuku tutarlı bir bütünlük içerisinde şirketler topluluğunu düzenleme girişiminde başarılı olamamıştır. Schmidt bu görüşe katılmamaktadır. Ona göre kanunun bütüncül bir düzenleme yapmak gibi bir amacı ve işlevi olmamalıdır. Nasıl aile hukukuyla ilgili kurallar belirli hukuki durumlara özgü düzenlemeler getiriyor ve aile müessesesini tüm yönleriyle ele almıyorsa, konzern hukukunun da böyle bir görevi yoktur. Benzer şekilde hukuk sadece ilgili çevreler arasındaki ilişkileri bir düzenleme altına almalıdır. Bkz. Schmidt, Karsten, "Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku", **80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı** (Editör: Gül Okutan Nilsson), İstanbul, 2018, pp. 55-70, (Schmidt, Evaluation), s. 56.

⁵⁵³ Andenas/Wooldridge, s. 449.

⁵⁵⁴ EMCA First Edition, 2017: 371

⁵⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, Ayşe Elif, **Avrupa Birliği Müktesebatı Ve Türk Hukuku'nda Şirketler Topluluğu**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 65 – 80.

bölüm ayrıldığı görülmektedir (Title VII, 223 – 240 maddeler). Ancak bu düzenlemeler 2004 yılında yürürlüğe giren nihai Statüde yer almamaktadır⁵⁵⁶.

Aynı yaklaşımın izlerini şirketler topluluğuyla ilgili topluluk genelinde bir yeknesaklık sağlama hedefiyle ortaya çıkan Dokuzuncu Şirketler Hukuku Yönergesi taslağında da görmek mümkündür. İki bölümden oluşan bu taslağın ilk bölümü 1974, şirketler topluluğuyla ilgili esaslı düzenlemeler öngören ikinci bölümü ise 1975 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanmıştır. Bu taslak daha sonra 1977, 1980 ve 1984 yıllarında tadil edilerek son halini almıştır⁵⁵⁷. Ancak *Würdinger* ve *Gleichmann* gibi Alman hukukçuların etkisi altında hazırlanan bu taslak şu 1990 yılında geri çekilmiştir⁵⁵⁸.

Bu çalışmalar şirketler topluluğunu şirketlerle bağlantılı yapılar olarak değerlendiren ve çeşitli hükümleriyle birlikte kısmen düzenleme altına alan Alman yaklaşımından esaslı bir şekilde ayrılmaktadır. Ayrıntılı olarak aşağıda da görüleceği üzere AB mevzuat çalışmaları sorumluluk noktasında şirketler topluluğunu neredeyse ayrı bir hukuk süjesi olarak ele almıştır⁵⁵⁹.

2.3.1.3. Diğer Gelişmeler

Avrupa ölçeğinde şirketler topluluğunu düzenleme çabaları bir sonuca varmasa da tamamen sona ermemiştir. Hâlihazırda AB şirketler hukuku bağlamında tartışmanın devam etmektedir. 1990'lı yıllarda Avrupa'nın çeşitli ülkelerinden akademisyenlerin oluşturduğu *Forum Europaeum* isimli çalışma grubu 2000 yılında yayınladığı Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku (*Konzernrecht für Europa*) isimli çalışmasında pek çok alanda yerel düzeydeki düzenlemelerin uyumsuzluğuna işaret ederek, *Rozenblum* doktrini temelinde topluluk menfaati kavramını esas alan bir düzenleme çerçevesi hazırlamıştır. Bununla birlikte hâkim şirket tarafından sebep olunan kaybın denkleştirilmesi ilkesi üzerinde temellendirilen Alman yaklaşımı da bu çerçeveye dâhil edilmiş ve bu suretle meselenin sorumluluk boyutu da kapsama alınmıştır.

⁵⁵⁶ Avrupa Şirketi Statüsü için bkz. Statute for a European Company (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/statute-for-a-european-company.html>, Erişim tarihi 17/12/2022). Antunes, José Engrácia, **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law : An international and comperative perspective**, Kluwer, Daventer, 1994, (Antunes, Liability of Corporate Groups), s. 279.

⁵⁵⁷ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 286. Orjinal adı *Draft Proposal for a Ninth Council Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty relating to links between undertakings and in particular to groups* olan taslağın nihai metni için bkz. http://www.mhc.ie/uploads/9th_proposal.pdf (Erişim tarihi : 17.12.2022).

⁵⁵⁸ Andenas/Wooldridge, s. 449.

⁵⁵⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 347 vd.

Teorik olarak önemli bir çalışma olmasına rağmen bu raporda ileri sürülen teklifler halen Avrupa Birliği tarafından bağlayıcı bir niteliğe büründürülemediği⁵⁶⁰.

Sonrasında, Avrupa Komisyonu tarafından yapılan talep üzerine oluşturulan yüksek düzeyli uzmanlar grubu 2002 yılında açıkladığı Avrupa’da Şirketler Hukuku İçin Modern Düzenleyici Çerçeve isimli raporunda (*Report Of The High Level Group Of Company Law Experts On A Modern Regulatory Framework For Company Law In Europe*)⁵⁶¹ yukarıda bahsi geçen taslak dokuzuncu yönergenin yasalaştırılmasına ihtiyaç olmadığı; ancak bazı konularda önlem alınmasının gerekli olduğu yönünde tavsiyede bulunmuştur. Son olarak 2010 yılında yine AB Komisyonunun isteği üzerine AB şirketler hukukunun modernizasyonu ile ilgili görüş bildirmek üzere kurulan Yansıma Grubu (*Reflection Group*) 2011 yılında raporunu sunmuştur. Uzmanların dikkat çektiği önemli bir husus şirketler topluluğunun genelde halka açık topluluklar dikkate alınarak düzenlemeye tabi tutulduğudur. Bu yaklaşımın eksik olduğuna işaret edilerek halka açık olmayan gruplara da dikkat edilmesi gerektiği hatırlatılmaktadır. Raporda öncelikle bir AB tavsiye kararı hazırlanarak (*EU recommendation*)⁵⁶² şirketler topluluğunun daha esnek yönetimini sağlayacak “topluluk menfaati” (“*interest of the group*”; “*Konzerninteresse*”, “*intérêt du groupe*”) kavramının merkeze alınması tavsiyesinde bulunmaktadır⁵⁶³. Bu kavramın hangi tip topluluklar için öngörüleceği konusunda ise görüş birliğine varılamadığı belirtilmektedir⁵⁶⁴. Bu kavramın tanınmasıyla bağlı şirketlerin dâhil olduğu sorumluluk ilişkilerine daha adil çözümler getirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu rapor üzerine AB komisyonu kamuoyundan görüş istemiş, gelen 496 görüş üzerine 2012 yılında Avrupa Şirketler Hukuku’nun geleceği konulu gelen görüşleri özetleyen bir rapor yayınlamıştır⁵⁶⁵. Şirketler topluluğuyla ilgili görüş bildirenlerin üçte ikisi bu meseleye AB’nin müdahil olması gerektiğini belirtmiş; ancak katılımcıların büyük bir kısmı kapsamlı bir hukuki düzenleme yapılmasına kuşkuyla bakmıştır⁵⁶⁶. Yansıma grubunun görüşleri ve kamuoyunun buna ilişkin düşünceleri üzerine Avrupa Komisyonu “*Avrupa şirketler hukuku ve kurumsal yönetim – daha katılımcı pay sahipleri ve*

⁵⁶⁰ 2012 yılında kabul edilen mevcut Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler topluluğuyla ilgili düzenlemeleri hazırlanırken *Forum Europaeum* tarafından ortaya atılan görüşlerden de faydalanılmıştır.

⁵⁶¹ Rapor metni için bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf

⁵⁶² AB tavsiye kararları (*EU recommendation*) Lizbon Antlaşmasının 288 maddesine göre AB hukukunun bağlayıcı olmayan tali kaynakları arasındadır.

⁵⁶³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 748, 749.

⁵⁶⁴ Bazı uzmanlar bu kavramın tam hâkimiyetin söz konusu olduğu gruplarda, bazıları hisseleri borsada işlem gören halka açık gruplarda, bazıları istisnasız bütün gruplarda uygulanması görüşündedir. Bkz. Rapor sh. 60, 61.

⁵⁶⁵ Feedback Statement Summary Of Responses To The Public Consultation On The Future Of European Company Law, July 2012.

⁵⁶⁶ Rapor dn. 138 sh. 12.

sürdürülebilir şirketler” isimli bir eylem planı hazırlamıştır⁵⁶⁷. Bu planın şirketler topluluğuyla ilgili kısmında Avrupa Komisyonu’nun 2014 yılında “topluluk menfaati” kavramının tanınması için bir inisiyatif başlatacağı belirtilmiştir⁵⁶⁸. Ancak hâlihazırda herhangi bir gelişme gözlenmemektedir.

Kanunlaştırma çalışmalarıyla ilgili olarak bahsetmeye değer diğer bir gelişme Avrupa ülkeleri için Model Şirketler Kanunu (*European Model Company Act – EMCA*) hazırlanması amacıyla 2007 yılında profesörler *Paul Krüger Andersen* ve *Theodor Baums* öncülüğünde toplanan bağımsız çalışma grubunun çalışmalarıdır. Bu amaçla kurulan komisyonda AB üyesi ülkelerden bilim insanları bir araya gelerek ulusal düzeyde kanun koyucuların şirketler hukukuyla ilgili mevzuat hazırlıklarında yararlanabilecekleri bir model kanun oluşturmaya çalışmaktadırlar. Bu şekilde birlik içerisinde ulusal düzeyde benzer yasal düzenlemelerin ortaya çıkmasına ve dolayısıyla birlik seviyesinde değil yerel düzeyde bir uyumlaştırma hedefine katkıda bulunmayı amaçlamaktadırlar. Şu ana kadar 16 bölümden müteşekkil bir metin hazırlanmış ve ilk taslak 2017 yılında yayımlanmıştır⁵⁶⁹. Bu taslağın 15. bölümü şirketler topluluğuna ayrılmıştır.

Şirketler topluluğunu sistemli hukuki düzenlemelerle hüküm altına almaya yönelik bu yaklaşımlara karşın bazı ülkeler ihtiyaç duyulan birtakım konularla sınırlı kısmi düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Bu gruba İskandinav ülkeleri ve İtalya örnek gösterilebilir. İtalyan kanunu (2003) topluluk menfaati kavramını tanımaktadır. Alman yaklaşımına benzemekle birlikte ondan daha esnek olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁰. Benzer şekilde bazı ülkeler şirketler topluluğunu belirli hukuk alanlarıyla sınırlı olarak düzenlemişlerdir. Mesela Fransa iş hukukuyla sınırlı olmak üzere şirketler topluluğunu kısmen yasal düzenleme altına almıştır. Bunun gibi, İtalya’da sadece iflas hukuku, İngiltere’de *take-over* önerisiyle ilgili olarak uygulanabilir istisnai kurallar mevcuttur⁵⁷¹. Genel bir şirketler topluluğu hukuku vazetmeyen bazı ülkeler bu konunun gelişimini mahkemeler eliyle yaratılacak içtihat hukukuna bırakmıştır. Fransız Yargıtay’ının

⁵⁶⁷ Eylem planının metni için bkz. Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN> (Erişim tarihi: 20.02.2023).

⁵⁶⁸ Bkz. Eylem planı dn. 140. Sh. 15.

⁵⁶⁹ 2017 tarihli EMCA taslak metni için bkz. <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=737027111000006077123079089110094064016020050037028066000080078074127006086092089026061120060015055036110006008112100074113095108059078076004067004065088118019116080089030047003030091118115082124087069001100103089075120073064126086065106098067019116089&EXT=pdf&INDEX=TRUE> (Erişim tarihi: 02/10/2023)

⁵⁷⁰ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, sh. 59. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654 (Erişim tarihi: 20.02.2023); EMCA First Edition, 2017: 371

⁵⁷¹ TTK Gerekçe, sh. 134.

1985 yılında verdiği *Rozenblum* kararından dolayı bu yaklaşım Fransız yaklaşımı olarak da bilinmektedir. Bu kararda yüksek mahkeme topluluk menfaati kavramını kabul etmiş ve sınırlarını düzenlemiştir. Buna göre, bağlı şirket yöneticileri bağlı şirket açısından sakıncalı olsa dahi belirli şartlar altında şirketler topluluğunun genel menfaatini düşünerek karar alabilirler. Bu esnek yaklaşım, Belçika, Hollanda, Lüksemburg gibi ülkelerde de kabul görmüştür⁵⁷².

Son olarak şirketler topluluğunu yasa hükümleriyle düzenleme yoluna gitmeyen ülkeler kategorisine de Birleşik Krallık örnek gösterilebilir. Yine de İngiliz hukukuna göre bağlı şirket yöneticilerinin genel topluluk menfaatini düşünerek hareket edebilmelerine cevaz verilmiştir. Ancak, hukuka aykırı şekilde ana şirket menfaatlerinin ön plana alınması yavru şirket yöneticilerinin sorumluluğuna yol açabilir. Sonuç itibariyle buradaki yaklaşım Fransız yaklaşımına benzemektedir⁵⁷³.

Türk kanun koyucusu Alman *Konzernrecht*’iyle birlikte başlayan eğilime ayak uydurmuş; 2012’de kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla⁵⁷⁴ (TTK) birlikte ilk kez şirketler topluluğuna özgü birtakım kurallar benimsemiştir (TTK m 195 – 206). Bu kurallar dâhilinde yeni sorumluluk halleri de öngörülmüştür. Bu düzenlemelere girmeden önce şirketler topluluğunu bazı sorumluluk hükümleriyle birlikte düzenleme yaklaşımının öncülüğünü yapan Alman şirketler topluluğu hukukunu biraz daha detaylı bir şekilde ele almak faydalı olacaktır.

2.3.2. Alman Şirketler Topluluğu (*Konzern*) Hukuku

Alman şirketler topluluğu hukuku 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz*- APOK) içerisinde kabul edilen hükümler çerçevesinde düzenlemiştir. APOK m. 18’de, hukuken bağımsız, birden fazla işletmenin tek elden yönetim altına alınmasıyla oluşan kümeleşmeler *Konzern* olarak nitelendirilmektedir⁵⁷⁵. Kanunda belirtilen bu unsurlar dışında gerekçede ayrıca, *Konzern*’in tek elden yönetilen iktisadi bir bütünlük olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁶.

APOK *Konzern*’i meydana getiren üç farklı yöntem arasında bir ayrıma giderek çeşitli düzenlemeler kabul etmiştir. Bunlar sözleşme temelli topluluklar (*Vertragskonzern*), Bütünleşme (*Eingliederung*) ve artık fiili topluluk olarak anılan diğer bağlar yoluyla meydana getirilen

⁵⁷² EMCA First Edition, 2017: 371

⁵⁷³ EMCA First Edition, 2017: 371; **Pulaşlı**, Şerh C. I, s. 519.

⁵⁷⁴ Kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>

⁵⁷⁵ **Türkmen**, s. 666.

⁵⁷⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 32.

topluluklar (*sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse*) olarak ifade edilebilir⁵⁷⁷. Bu bağlamda topluluklar genel olarak düzenli (*formal*) topluluklar ve düzensiz (*informal*) topluluklar olarak ikiye ayrılabilir. Düzenli topluluklar hukuki işlem temelinde oluşturulan sözleşmesel topluluklar (*Vertragskonzerne*) ve bütünleşme (*Eingliederung*) toplulukları olarak belirtilebilir. Düzensiz topluluklar olarak ifade edilebilecek informal topluluklar ise topluluk hâkiminin pay sahipliğine dayanan fiili topluluklardır. Bu ikinci tip topluluklar Alman hukukunda istisnai topluluklar olarak görülmekle birlikte hukukumuzda esas olarak düzenleme altına alınan yapılarıdır.

2.3.2.1. Bütünleşme (*Eingliederung*)

APOK m. 319 – 327 hükümleriyle düzenleme altına alınan bütünleşme (*Eingliederung*), topluluk hâkiminin bağlı şirketin hisselerinin en az %95'ine sahip olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda bağlı şirket genel kurulu ana şirketle bir entegrasyon içerisine girerek bütünleşmeye karar verebilir. Bütünleşilen ana şirketin (*Hauptgesellschaft*) genel kurulu da bu işleme onay verirse bütünleşme gerçekleşecektir. Her iki şirket de anonim şirket olmalı ve merkezi Almanya'da bulunmalıdır⁵⁷⁸.

Bütünleştirme işlemi sonucunda iki işletme ekonomik anlamda bütünleşmiş olmakla birlikte hukuki olarak bağımsız tüzel kişilikler olarak kalmaya devam etmektedir. Bu özelliğiyle bütünleştirme şirket birleşmelerinden ayrılmaktadır⁵⁷⁹. Bütünleştirmenin en önemli sonuçlarından birisi azınlığın paylarını topluluk hâkimine devretme zorunluluğu altına girmesidir (*buy-out*). Böylece topluluk hâkimi tek pay sahibi olarak bağlı ortaklık üzerinde bir hâkimiyet kurma imkânına kavuşmaktadır. Bu şekilde meydana gelen toplulukta, topluluk hâkiminin bağlayıcı talimat verme yetkisi bulunmaktadır. Bağlı şirket yöneticileri şirketin zararına olsa dahi verilen talimatı uygulamak zorundadır (APOK m. 323)⁵⁸⁰. Bütünleşme sonucunda bütünleşen şirket hukukî bağımsız şirket bölümü (*rechtlich selbständigen Betriebsabteilung*) konumuna geçmektedir⁵⁸¹. APOK m. 321 alacaklıların korunması yönünde önemli bir hüküm içermektedir. Bütünleşme halinde bütünleşen ortaklığın alacaklıları bütünleşmenin ilanından itibaren altı ay

⁵⁷⁷ Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen, **Konzernrecht : Das recht der verbundenen unternehmen bei aktiengesellschaft GmbH personengesellschaften und genossenschaft**, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 1993, s. 366.

⁵⁷⁸ Emmerich, Volker/Habersack, Mathias, **Aktien – und GmbH – Konzernrecht**, 9. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, s. 827 vd.

⁵⁷⁹ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 143.

⁵⁸⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 58.

⁵⁸¹ **Emmerich / Habersack**, s. 827.

içerisinde elde edemedikleri alacaklarının ana şirket tarafından teminat altına alınmasını talep edebilir.

Diğer taraftan bütünleşmede ana şirketin sorumluluğu APOK m. 322’de özel olarak düzenlenmiştir. APOK m. 319 gereğince bütünleşmenin gerçekleştiği an itibariyle kendisiyle bütünleşilen hâkim ortaklık bütünleşen bağlı ortaklığın mevcut ve gelecek bütün borçlarından birlikte ve müteselsil olarak sorumlu hale gelmektedir (APOK m. 322)⁵⁸². Hâkim ortaklığın yönetim yetkisini APOK m. 309 gereğince sorumlu ve özenli bir şekilde kullanması ve bütünleşen şirketin kaybına yol açacak bir uygulamadan kaçınması gerekmektedir⁵⁸³.

2.3.2.2 Sözleşmesel Topluluklar

Bu topluluklar hususi olarak kanun tarafından düzenleme altına alınan sözleşmeler üzerine bina edilen topluluklardır. İşletme sözleşmeleri (*Unternehmensverträge*) olarak adlandırılan bu sözleşmeler APOK m. 291’de “hâkimiyet sözleşmesi” (*Beherrschungsvertrag*) ve “kârın devri sözleşmesi” (*Gewinnabführungsvertrag*) olarak ismen zikredilmiş, ayrıca APOK m. 292’de diğer işletme sözleşmelerinin hükümleri gösterilmiştir. Bu sözleşmelerin akdedilmesiyle birlikte sözleşmesel nitelikte bir şirketler topluluğunun ortaya çıktığı yönünde aksi ispat edilemeyen bir karinenin varlığı kabul görmektedir⁵⁸⁴.

Sözleşmesel topluluğun oluşmasında en önemli araç olarak kullanılan hâkimiyet sözleşmesi kapsamında hâkim şirket topluluk yararına olmak kaydıyla ortak yönetim altına giren bağlı şirketleri yönlendirme ve onların zararına olsa dahi bağlayıcı nitelikte talimat verme yetkisini haiz olmaktadır (*Leitungsmacht*, APOK m. 308). Bu bağlamda, bağlı şirketler kendi menfaatlerini gözeterek bağımsız bir şekilde hareket edebilme kabiliyetini kaybetmektedir⁵⁸⁵. Buna karşılık topluluk hâkimi bağlı şirket bünyesinde meydana gelen yılsonu bilanço zararını gidermekle yükümlüdür (*Verlustübernahme*, APOK m. 302). Buna göre, sözleşmesel topluluklarda, topluluk hâkimi bağlı şirket konumundaki şirketin doğrudan sorumluluk iddialarıyla muhatap olmasına izin vermemektedir⁵⁸⁶. Dolayısıyla hâkimiyet sözleşmesi, bağlı şirketin bilanço zararını üstlenmeyi kabul eden topluluk hâkimi açısından dolaylı olarak bir gönüllü perdeyi kaldırma hali olarak da nitelendirilebilir⁵⁸⁷. Bağlı ortaklık alacaklılarının

⁵⁸² Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 58.

⁵⁸³ Emmerich / Habersack, s. 831.

⁵⁸⁴ Emmerich / Habersack, s. 196.

⁵⁸⁵ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 39.

⁵⁸⁶ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, AktG § 303 Rn. 5.1

⁵⁸⁷ Vandekerckhove, s. 51.

haklarını temin eden bu emredici hükme göre topluluk hâkimi sözleşme süresince bağlı işletmede zuhur eden zararı gidermekle yükümlüdür. Kanun koyucunun hareket noktası sözleşme gereğince bir bağlı şirketin kaderini belirleyebilme kabiliyetine sahip olan ve onun kazancını kullanabilen bir hâkimin zararları da karşılaması gerektiği fikridir⁵⁸⁸. Zararın ne sebeple ortaya çıktığı önemli değildir. Bu sebeple topluluk hâkimi zarar veya kaybın kendinden kaynaklanmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁵⁸⁹.

Sözleşmesel topluluklarda, sözleşme yapıldığı sırada bağlı şirketin sahip olduğu malvarlığını koruma amacı taşıyan hükümlerin bir diğer işlevi alacaklıların korunmasıdır (APOK 300, 301, 302). Bu hükümler içerisinde, hangi sebeple olursa olsun, bağlı şirketin yılsonu bilanço zararını karşılama yükümlülüğü öngören APOK m. 302 özel bir yere sahiptir. Bu madde hükmü sayesinde bağlı şirketin aciz haline düşmesi engellenecek ve dolayısıyla alacaklılar açısından bir güvence olan malvarlığının korunması sağlanacaktır⁵⁹⁰. Bunun dışında somut olarak doğrudan alacaklıyı koruyan hükümlere de yer verilmiştir. Bu anlamda bizim açımızdan altı çizilmesi gereken düzenlemeler özel olarak alacaklının korunmasını konu alan APOK m. 303 ve 309/4 hükümleridir.

APOK m. 302’de öngörülen yıllık kaybın denkleştirilmesi yönündeki düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikteki APOK m. 303’e göre bir hâkimiyet veya kârın devri sözleşmesi sona erdiğinde, bu hususun tescili ve ilanından itibaren altı ay içerisinde bağlı şirket alacaklısı alacağının hâkim şirket tarafından teminat altına alınmasını talep edebilir⁵⁹¹. Sözleşmenin diğer tarafında bulunan hâkim şirket sayısı birden fazla olabilir. Bu durumda bu hâkimler birlikte teminat verme yükümlülüğü altındadır. Zaman içerisinde yeni sözleşmecilerin dâhil olması, bazılarının sözleşme ilişkisini sona erdirerek hâkim konumunu terk etmesi veya başka bir şirketin hakim konumdaki bir şirketin yerini alarak sözleşme ilişkisine dahil olması birlikte sorumluluk açısından bir değişikliğe yol açmaz⁵⁹². Teminat sonucunda alacaklı, bağlı şirketten elde edemediği alacağını doğrudan topluluk hâkimine yöneltme imkânına kavuşacaktır⁵⁹³. Ancak dikkat edilmesi gereken önemli bir husus bu düzenlemenin sadece sözleşme tarafları açısından

⁵⁸⁸ Yanlı, s. 199.

⁵⁸⁹ Yanlı, s. 199

⁵⁹⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 43; **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 303 Rn. 5.1.

⁵⁹¹ **Emmerich/Sonnenschein**, s. 302.

⁵⁹² **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 303 Rn. 6-11.

⁵⁹³ **Emmerich/Sonnenschein**, s. 303; Müller, Klaus, “Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeitender Tochtergesellschaft im Aktienrecht”, **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, Volume 6 Issue 1, 1977, pp. 1 – 34, s. 2.

uygulanma kabiliyetinin olduğudur. Daha açık ifade etmek gerekirse çok katmanlı topluluklarda (*mehrstaffige konzernen*) topluluk hâkimiyiyle ara hâkim arasındaki sözleşmenin ortadan kalkması sebebiyle ara hâkime bağlı torun ortaklığın (*enkel gesellschaft*) alacaklısı topluluk hâkimine APOK m. 303 mucibince müracaat edemez⁵⁹⁴. Bağlı şirket borç ödemekten acze düşmüşse diğer bir deyişle malvarlığı kalmamış ve dolayısıyla iflas yoluyla takibi mümkün değilse alacaklıların APOK m. 303'ten kaynaklanan teminat isteme hakkı doğrudan alacağı talep hakkına dönüşecektir. Bu talebin hukuki dayanağını yukarıda incelediğimiz bütünleşmede ana şirketin sorumluluğu konusunu hükme bağlayan APOK m. 322'nin kıyas yoluyla uygulanması oluşturacaktır. Kısacası böyle bir durumda acz halindeki bağlı şirket alacaklısı doğrudan topluluk hâkimine müracaat edebilecektir⁵⁹⁵.

Dikkat çeken diğer bir düzenleme APOK m. 309 hükmüdür. Bu hükme göre, topluluk hâkiminin yönetim organının, hâkimiyet sözleşmesi hükümleriyle bağdaşmaz nitelikte talimatlar vererek bağlı şirket üzerindeki etkinliğini kötüye kullanmasından dolayı topluluk hâkiminin kanuni temsilcilerinin (*der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmen*) sorumluluğuna müracaat edilebilir. Bunun için öncelikle subjektif özen yükümüne aykırı bir harekette bulunulmuş olması şarttır. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılık teşkil eden talimatın verilmesi dürüst ve sorumluluk sahibi bir yöneticiden beklenen özen yükümünü ihlal eder nitelikte olmalıdır⁵⁹⁶. Alacağını kendi borçlusu bağlı şirketten elde edememek kaydıyla alacaklı da yöneticinin sorumluluğu davasını açabilir (APOK m. 309/4). Aynı maddede dava açma hakkı düzenlenen pay sahiplerinden farklı olarak alacaklı hükmedilecek tazminatın şirkete değil bizzat kendisine ödenmesini talep edebilir⁵⁹⁷.

2.3.2.3 Fiili Topluluklar (*Faktische Konzerne*)

İşletme sözleşmeleri söz konusu olmaksızın pay sahipliği gibi fiili unsurlardan kaynaklanan topluluklardır. Bu nitelikteki topluluklarda, topluluk hâkiminin hâkimiyetini kötüye kullanarak bağlı işletmenin kaybına sebep olması halinde gündeme gelebilecek düzenlemeler

⁵⁹⁴ Emmerich/Sonnenschein, s. 281

⁵⁹⁵ Yanlı, s. 201.

⁵⁹⁶ Müller, s. 3. Müller kârın devri sözleşmesi üzerine kurulu sözleşmesel topluluklarda topluluk hâkiminin sözleşmeden kaynaklanan bir yönetim hakkı bulunmadığından bunun kötüye kullanılmasını müeyyideye bağlayan APOK m. 309'un uygulama yeri bulmayacağı görüşündedir. Bu sözleşmeler gereğince kurulan topluluklarda topluluk hâkiminin yönlendirmede bulunarak bağlı işletmeye verdirdiği zararlar için esasında fiili topluluklar açısından uygulama yeri bulan APOK m. 317 gereğince talepte bulunulabilir. Bkz. Müller, s. 9.

⁵⁹⁷ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, AktG § 309 Rn. 138-140; Emmerich / Habersack, s. 577; Göktürk, s. 219, dn. 649.

APOK'un 311-318 maddeleri arasında hükme bağlanmıştır (*Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags*)⁵⁹⁸.

Alman konzern hukuku topluluk hâkiminin müdahale yetkisini sözleşmesel topluluklar ile bütünleştirme sonucu ortaya çıkan topluluklarda açıkça tanıyarak düzenleme altına almıştır. Paysahipliği gibi fiili unsurlar üzerine kurulu topluluklar ise daha çok her halükârda hukuka aykırı sayılmayan, hatta hoşgörülen veya başka bir bakış açısına göre tahammül gösterilen yapılar olarak nitelendirilmektedir⁵⁹⁹. Buna göre APOK, fiili toplulukları ve dolayısıyla topluluk hâkiminin topluluk yararına olacak müdahalelerde bulunma yetkisini bir gerçeklik olarak kabullenmiş; ancak özel bir rejim (*Sonderregime*) belirleyerek çeşitli sınırlayıcı kurallara tabi kılmıştır. Bu bağlamda sözleşmesel topluluklarda olduğu gibi Kanun tarafından sağlanan bir yönetim yetkisinden bahsedilemez. Dolayısıyla burada Kanun'a dayalı tek elden yönetim yerine fiili olgulara dayalı bağlılık ilişkisinden bahsetmek gerekir⁶⁰⁰.

APOK m 311/1'e göre bir işletme, hâkim pozisyonunda olsa dahi bir diğerine onun kaybına yol açacak bir şekilde müdahalede bulunamaz. Aksi durumda, topluluk hâkiminin bağlı işletmeye verdirdiği kayıpları en geç o iş yılı sonuna kadar telafi etmesi gerekir⁶⁰¹. APOK m 311'de öngörülen bu telafi yükümlülüğü yerine getirilmezse hâkim işletmenin bundan kaynaklanan zararı tazmin borcu söz konusu olabilecektir (APOK m. 317). Bu bağlamda hâkim işletmenin yanı sıra onun yasal temsilcileri ve idarecilerinin bağlı şirkette sebep oldukları zararın tazmininden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları düzenleme altına alınmıştır (APOK m. 311, 317/3)⁶⁰². Bir bakıma telafi veya denkleştirme topluluk hâkiminin sermayenin korunması yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunu engelleyici bir özelliğe de sahiptir. Bunun da ötesinde denkleştirmeyle birlikte genel hükümlerden kaynaklanan sorumluluk da ortadan kalkmaktadır⁶⁰³. Ayrıca APOK m. 317/2'de kayba yola açan talimatı bağımsız bir şirketin özenli ve sorumluluk sahibi bir yöneticisinin de verebileceğinin ispatı halinde sorumluluğun söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Sorumluluğun sözleşmeye aykırılığa dayandırıldığı sözleşmesel

⁵⁹⁸ İşletmelerin ortak bir yönetim altında toplanmadığı adi bağlılık ilişkilerinde bir konzernin varlığından söz edilemez. Ancak bu hükümler bu tip ilişkiler açısından da uygulanma kabiliyetini haizdir. **Yanlı**, s. 202.

⁵⁹⁹ *Altmeppen* Alman kanun koyucusunun fiili toplulukları onayladığı mı yoksa sadece tolere mi ettiği sorusunun her ikisi de anlamına gelebilecek gri bir teori olduğunu belirtmektedir. Yazar kanunlaştırma sürecindeki tartışmalara atıfla kanun koyucunun fiili toplulukları, ekonomi için faydalı olduğundan savunulması gereken bir gerçeklik olarak gördüğünü ifade etmektedir. Bkz. **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 311 Rn. 26 - 31.

⁶⁰⁰ **Türkmen**, s. 670.

⁶⁰¹ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 311 Rn. 31; **Yanlı**, s. 202.

⁶⁰² **Yanlı**, s. 202; **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) (Rn. 5-8).

⁶⁰³ **Akın**, s. 182.

topluluklardan farklı olarak fiili topluluklarda topluluk hâkiminin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur⁶⁰⁴.

Sözleşmesel topluluklar için yılsonu zararının toplu halde giderilmesi şeklinde bir önlem benimseyen Alman konzern hukuku, fiili topluluklar için böyle bir telafi mekanizması kabul etmemiştir. Bununla birlikte fiili topluluklarda da yaygın bir şekilde görülen topluluk şirketlerinin birbirleriyle olan ekonomik bağımlılığı (*wirtschaftliche Verflechtung*) ve bunun ortaya çıkarabileceği menfaat çatışmalarının bağlı şirketlere ve topluluk dışı paydaşlara zarar vermesi mümkündür. Topluluk hâkiminin fiili unsurlardan kaynaklanan etkisiyle bağlı şirkette yol açtığı her bir kaybı gidermesi esası kabul edilmiştir. Dolayısıyla fiili topluluklarda APOK'un benimsediği çözüm yolu sözleşmesel topluluklarda olduğu gibi bir toplu giderim değil, bireysel olarak her bir kaybın giderimi şeklindedir⁶⁰⁵.

Fiili topluluklar hâkimiyetin kullanılış tarzı ve buna bağlı olarak bağlı şirket nezdinde meydana gelen kaybın denkleştirilebilme kabiliyetine göre basit (*einfache faktische Konzerne*) ve nitelikli fiili topluluklar (*qualifizierte faktische Konzerne*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.3.2.3.1. Basit Fiili Topluluklar

Topluluğun yapısal organizasyonu dikkate alındığında basit topluluklar nispeten daha bağımsız sayılabilecek bağlı işletmelerden meydana gelmektedir. Bu bağlamda topluluk hâkiminin müdahalesi daha seyrek aralıklarla olmaktadır⁶⁰⁶. Topluluk hâkiminin müdahalelerde bulunması kabul edilmekle birlikte bu müdahalelerin bağlı şirketlere bir kayıp, zarar verilmeyecek bir şekilde kullanılması şartı getirilmiştir. Dolayısıyla topluluk hâkimi topluluğu yönetirken ölçülü olmalı ve bağlı şirketlerin tüzel kişiliklerine saygı göstermelidir⁶⁰⁷.

Bu kabule dayalı olarak bu tip topluluklarda kayba yol açan işlem veya eylemin bireysel olarak takibi ve tespiti mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumda yukarıda bahsi geçen APOK m. 311 ve 317 hükümleri uygulama yeri bulacaktır. Dolayısıyla topluluk hâkimi sebep olduğu kayıpları denkleştirmekle yükümlüdür (APOK m. 311). Bu yükümlülüğünü yerine getirmese, bu sebeple ortaya çıkan zararı bağlı şirkete tazmin borcu doğacaktır (APOK m. 317)⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Akın, s. 182.

⁶⁰⁵ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) (Rn. 5-8).

⁶⁰⁶ Yanlı, s. 144.

⁶⁰⁷ Emmerich/Sonnenschein, s. 376.

⁶⁰⁸ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 Rn. 1-4. Doğrudan tazmin borcunun doğmasını engelleyen böyle bir telafi yolunun kanun tarafından öngörülmüş olması, kanun koyucunun basit fiili konzerni hukuka uygun bir yapı olarak gördüğünü göstermektedir. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 49.

Sözleşmesel topluluklardan farklı olarak fiili topluluklarda alacaklıların ve topluluk dışı pay sahiplerinin korunmasıyla alakalı özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece bağlı şirketten alacaklılarını tahsil edemeyen alacaklıların da APOK m. 317/4 gereğince bu maddede hükme bağlanan tazminat davasını açabilecekleri hususuna dikkat çekilebilir. Ancak, alacaklı bağlı şirketin zararının yine bu şirkete ödenmesini talep ve dava edebilir. Kendi alacağının tahsili için doğrudan topluluk hâkimine müracaat edemez⁶⁰⁹.

2.3.2.3.2. Nitelikli Fiili Topluluklar

Hâkim olan işletmenin bağlı işletme üzerindeki etkisi uzun süreli ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) bir hâkimiyet ilişkisine dönüşmüşse talimatların bireyselleştirilmesi ve sonuçlarının takibi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda APOK m. 311 – 318 hükümleri tarafından şekillendirilen hukuki çerçevenin uygulanma kabiliyeti bulunmayacaktır; zira topluluk hâkiminin sebep olduğu kaybın hesaplanması ve telafisi mümkün değildir. Böyle bir kayıp nitelikli kayıp olarak değerlendirilir⁶¹⁰. Diğer taraftan kaybın tespiti ve hesaplanması konusu bir yerde organizasyon yapısıyla da alakalıdır. Nitelikli fiili topluluklarda topluluk hâkiminin müdahalesi o derece sık ve yoğundur ki bağlı işletmenin bağımsız hareket alanından söz etmek neredeyse imkânsızdır. Hatta *Yanlı*'nın da dikkat çektiği gibi *Lutter*'in ifadesiyle nitelikli konzern ilişkisinde bağlı işletmeler topluluk hâkiminin neredeyse kölesi haline gelmektedir⁶¹¹. Dolayısıyla topluluğun yönetim yapısından (*Struktur der Konzernführung*) veya verdirilen kaybın niteliğinden kaynaklanan sebeplerle telafi mümkün değilse nitelikli fiili topluluğun varlığından bahsedilebilir⁶¹².

Nitelikli fiili konzernlerde, kanunun sözleşmesel konzernler için meşru gördüğü yoğun müdahale uygulamaları fiili olarak gerçekleştirilmektedir. Böyle bir yapıda müdahalelerin bireyselleştirilmesi ve sebep oldukları sonuçların hesaplanması mümkün değildir. Bu sebeple

⁶⁰⁹ **Yanlı**, s. 206

⁶¹⁰ **Akın**, s. 182.

⁶¹¹ **Yanlı**, s. 145. Nitelikli müdahale dışında bağlı şirket menfaatlerini gözardı etme şeklinde bir unsura da ihtiyaç olduğunu belirten görüşler de vardır. TBB gibi bazı kararlarında BGH bu anlayışa yakın bir uygulama benimsemiştir. Buna göre sadece devamlı ve kapsamlı müdahalelerde bulunulması değil bu müdahalelerin bağlı şirket menfaatlerine zarar verebilecek nitelikte olması da nitelikli fiili topluluğun varlığı için aranmıştır. Bkz. **Emmerich / Sonnenschein**, s. 393, 394.

⁶¹² **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) (Rn. 5-8). *Altmeppen* nitelikli fiili topluluk kavramının anonim şirketlerden oluşan topluluklar açısından bir etki doğurmadığını; esas olarak limited şirketlerden oluşan topluluklarla ilgili olarak gündeme geldiğini, 2001 yılından itibaren yok edici müdahale (*existenzvernichtenden Eingriff*) doktrini çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bu topluluklarla ilgili olarak uygulandığını belirtmektedir (bkz. **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 311, Schutz der Außenseiter, (Rn. 3-19)). (Yok edici müdahale yaklaşımıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 331).

APOK'un fiili konzerne için öngördüğü denkleştirme sisteminin uygulanma imkân ve kabiliyeti bulunmamaktadır. Hâkim işletme, sadece sözleşmesel topluluklara tanınan hakları kullanabildiği bir topluluk yapısı oluşturmak istiyorsa Kanun'un öngördüğü usulleri uygulayarak buna imkân tanıyan sözleşmesel konzerne hayata geçirmelidir⁶¹³. Bu bağlamda nitelikli fiili konzerne aslında yasaklanan ve müeyyideye bağlanması gereken bir çarpıklık olduğu üzerinde mutabakat vardır. Dolayısıyla bu tip topluluklar bir şirketler topluluğu türünden ziyade kaçınılması gereken bir duruma işaret etmektedir⁶¹⁴. Azınlıkta kalan görüş ise nitelikli fiili topluluğu ayrı bir topluluk türü olarak değerlendirmekte ve hâkim şirketin genel kurulunda alınacak bir kararla fiili topluluğun nitelikli fiili topluluğa dönüşebileceğini ifade etmektedir. Kanunun tanıyıp düzenleme altına almadığı böyle bir türün varlığı kabul edilecek olursa asıl topluluk türü olarak düzenlenen sözleşmesel topluluğun anlamsız hale geleceği haklı olarak ileri sürülmektedir. Zira böyle bir durumda bir girişimci ağır sonuçları olan bir sözleşmeye imza atarak bir topluluk oluşturmak yerine genel kurul kararıyla kanunda tam olarak hükme bağlanmayan bir yapıya geçmeyi tercih edecektir⁶¹⁵. Bu sebeple nitelikli fiili topluluklar hukuk dışı çarpık yapılar olarak görülmeli ve bunlara karşı etkin koruma önlemleri alınmalıdır. Ancak böyle bir topluluk yapısında kaybın bireyselleştirilerek tespiti ve dolayısıyla denkleştirilmesi ya imkânsızdır ya da hesaplanabilir değildir⁶¹⁶. Bu sebeple basit fiili topluluklar düşünülerek getirilen APOK m. 311 ve 317 hükümleri gereğince soruna bir çözüm bulmak mümkün değildir. Kanunun nitelikli fiili topluluk sorunuyla ilgili olarak sessiz kaldığı ifade edilebilir⁶¹⁷. Bu sorunun nasıl çözüleceği konusu uzun yıllardır devam eden tartışmalı bir konudur. Öğreti ve uygulamada baskın olan görüş sözleşmesel konzernele ilgili hukuki çerçevenin nitelikli fiili konzernele de uygulanması yönündedir⁶¹⁸.

2.3.2.4. Eleştiriler

Genel olarak ifade etmek gerekirse APOK sistemine göre şirketler topluluğu hukuki işlem temelli topluluklar ve fiili topluluklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu çerçevede asıl olarak düzenleme altına alınan ve meşru görülen yapılar bütünleştirme yoluyla kurulan topluluklar ve

⁶¹³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 50.

⁶¹⁴ Bkz. **Göktürk**, s. 125, dn. 342.

⁶¹⁵ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 404 - 407.

⁶¹⁶ **Vandekerckhove**, s. 54.; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 51.

⁶¹⁷ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 389.

⁶¹⁸ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 405, 407; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 51

sözleşmesel topluluklardır⁶¹⁹. Fiili topluluklarsa tahammül gösterilen ve bir ekonomik gerçeklik olarak kabul edilmek zorunda kalınan yapılar olarak görülmüştür⁶²⁰.

Sözleşmesel topluluklarda topluluk hâkiminin tek elden yönetim hakkı ve her türlü talimat verme yetkisi kanun hükmüyle tanınmıştır. Bağlı işletme yöneticilerinin verilen talimata itiraz etme yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık kanun emredici hüküm öngörerek hâkimiyetin kaynağını oluşturan sözleşmenin devamı süresince hâkim ortaklığa bağlı ortaklık zararını karşılama yükümlülüğü öngörmüştür (APOK m. 302). Bu yükümlülük esasında bağlı şirketin başlangıç malvarlığını koruma amacını taşımaktadır. Bu sebeple bu hükmün bağlı şirket alacaklıları yönünden etkin bir koruma sağlamadığı bir eleştiri olarak dile getirilmektedir⁶²¹.

Mübah görülen veya muntazam topluluklar olarak nitelendirilen sözleşmesel topluluklarla ilgili hükümler noktasında eleştirilen hususlardan birisi topluluk hâkiminin bağlayıcı talimat verme yetkisinin meşruiyetidir. Bağlı şirkete verdirilen kayıp topluluğa sağlanan bir yarar ile tolere edilebiliyorsa konzern sorumluluk hükümleri uygulama yeri bulmayacaktır. Ancak, her zaman neyin bağlı şirkete zarar verirken buna karşılık topluluğa telafi edici bir yarar sağladığını net bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Mesela topluluk hâkiminin bir bağlı şirketin satış birimini kapatarak bütün satış işlerini başka bir bağlı şirkete tahsis etmesi bu kapsamda düşünülebilecek bir müdahale midir? Bir yandan satış işlemlerini merkezileştirerek verimliliğin artırılması ve bundan tüm topluluğun fayda görmesi olumlu bir sonuç iken diğer taraftan bağlı şirketlerin başka bir bağlı şirkete bağımlı kılınması bir olumsuzluk olarak göze çarpmaktadır⁶²².

Sistemin yetersiz olduğu veya boş bıraktığı alanlardan bir diğeri de bağlı şirket yönetiminin şirket menfaatlerini korumada bulunduğu elverişsiz durumdur. Bağlı şirket yönetim kurulu APOK m. 308/2 gereğince topluluk hâkiminin açıkça topluluğun veya bağlı şirketlerin menfaatini ihlal edenler hariç vermiş olduğu bütün talimatları uygulamakla yükümlüdür. Ancak

⁶¹⁹ Schmidt, Evaluation, s. 61; Pulaşlı, Şerh C. I, s. 535. Her ne kadar Alman kanun koyucusu detaylı düzenlemeler yaparak sözleşmesel toplulukları teşvik etmeyi amaçlamışsa da uygulamanın pek de bu yönde şekillenmediği ifade edilmektedir. Uygulamada tercih edilen yapılar fiili topluluklar olmuştur. Bkz. Andenas/Wooldridge, s. 454, 458; Emmerich / Habersack, s. 202. Pulaşlı, Şerh C. I, s. 535. Aşağıda detaylı olarak görüleceği üzere TTK düzenlemelerinde ise şirketler topluluğu hükümlerinin asıl olarak düzenleme altına aldığı model fiili topluluk yapılarıdır.

⁶²⁰ Bununla birlikte APOK 311 ve 317 kapsamında sınırlı olan basit fiili konzernlerin hukuka uygun olduğu görüşü hâkim olan görüştür Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 49.

⁶²¹ Yanlı, s. 201.

⁶²² Vandekerckhove, s. 248. Bu hususla ilgili olarak Lutter de idareye ilişkin bazı servislerde merkezileşmenin önemli avantajları olmakla birlikte ciddi riskleri olduğuna da dikkat çekmektedir. Yazar bu tespitiyle ilgili olarak topluluğun nakit yönetiminin ana şirkette merkezileştiği; bundan dolayı ana şirketin iflasıyla birlikte bütün topluluk şirketlerinin de iflas ettiği AEG davasını örnek göstermektedir. Bkz. Lutter, Marcus, "Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa", Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, (ZGR), Vol. 16, Issue:3, 1987, pp. 324 – 369, (Lutter, Stand).

bağlı şirket yönetiminin bütün topluluk içi ilişkiler, işlemler ve diğer önemli olgulara ilişkin bilgilere tam olarak vâkıf olması mümkün olmadığından bu değerlendirmeyi yapabilecek bir konumda olmadığı ortadadır. Bundan dolayı da genelde topluluk hâkiminden gelen her türlü talimat veya yönlendirmeyi olduğu gibi uygulama yönünde bir eğilim gelişmiştir⁶²³.

Sözleşmesel topluluklarla ilgili olarak getirilen bir diğer önemli eleştiri, yasal düzenlemelerin bağlı şirket malvarlığını yeterince korumadığı yönündedir. Mesela *Lutter* bir bağlı şirketin, görünüşte tamamen hukuki olacak bir şekilde, mali tablolarda herhangi bir belirti olmaksızın, kan kaybından ölüme terk edilebileceğini ifade etmektedir⁶²⁴. Bu anlamda topluluk hukuku kurallarının değerli bir taşınmazın kâğıt üstünde kâr gösterilerek satımı yoluyla kaynak aktarımı veya teknik bir know-how yahut kârlı bir pazarın devri gibi yöntemlerle bağlı şirket malvarlığının azaltılmasını veya transferini önlemede yeterince koruma sağlamadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmesel topluluğu hayata geçiren sözleşmenin sonunda mali ve iktisadi olarak kendi ayakları üstünde duramayacak bir şirket tablosuyla karşılaşılabilir⁶²⁵.

Fiili topluluklar açısından da eleştiri konusu yapılan birtakım hususlar vardır. Kanun koyucu aslında prensip olarak topluluk hâkiminin bağlı işletmeyi yönetmesine ve yönlendirmesine cevaz vermemektedir. Buna rağmen topluluk hâkimi kendisine tanınmayan bu yetkiyi fiili olarak elde eder ve kullanırsa ortaya çıkan kayıp ve zararı telafi ettiği sürece sorun yoktur. Ancak bağlı şirket malvarlığında meydana gelen bir kaybın topluluk hâkiminin müdahalesi sonucunda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir. Bu bağlamda gündeme gelen sorulardan birisi bağlı şirket tarafından alınan bir kararın oluşumuyla ilgili sürecin hangi aşamaya kadar geriye doğru takip edilmesi gerektiğidir. Topluluk şirketleri arasında çok farklı şekillerde işbirliği yolları geliştirilmiş olabilir. Mesela, planlama, üretim, finansman ve dağıtım aşamalarının birinde karşılıklı eşgüdüm ve destek tarzında bir işbirliği olabileceği gibi; kontrol, veri işleme, hukuki destek gibi merkezi hizmetlerde de işbirliği yoluna gidilmiş olabilir. Böyle bir tavsiye ve yönlendirme ağının benimsendiği topluluklarda, bağlı şirket tarafından atılan bir adımın topluluğun yönlendirmesiyle mi yoksa kendi iradesiyle mi hayata geçirildiği her zaman açıkça anlaşılamayabilir⁶²⁶.

APOK'un yaklaşımına göre fiili topluluklarda kaybın denkleştirilmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Bu bağlamda sistem topluluk hâkiminin fiili olarak birlikte bir topluluk

⁶²³ Vandekerckhove, s. 248.

⁶²⁴ Vandekerckhove, s. 248.

⁶²⁵ Müller, s. 8.

⁶²⁶ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) (Rn. 23-27).

oluşturduğu bağlı şirketlere verdirdiği kayıpları telafi etmesi fikri üzerine dayandırılmıştır. Ancak bu izole, bireyselleştirilip tespit edilebilir kayıp ve zararlar açısından yürütülebilecek bir mekanizmadır. Bu mekanizmanın işlerliği hâkim şirketin yapmış olduğu her türlü müdahalenin doğru ve eksiksiz bir şekilde kayıtlara girmesine bağlıdır. Uygulamada buna ne kadar dikkat edileceği hususunda şüpheler vardır. Bu bağlamda kaybın ve zararın varlığı ve miktarı hususunda ihtilaflar ortaya çıkmaktadır⁶²⁷. Şeffaflığı sağlama ve bu suretle bağlı şirketi, azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları koruma amacı taşıyan bağlılık raporuyla ilgili hükümlerin (APOK m. 312 – 315) uygulamada beklenen sonucu doğurmadığı ifade edilmektedir. Alacaklıların ve çalışanların bu raporları inceletme yetkilerinin olmaması özellikle eleştirilen konulardandır⁶²⁸.

Topluluk hâkimi kaybı telafi yükümlülüğünü yerine getirmezse bağlı şirketten alacağını tahsil edemeyen alacaklı da APOK m. 317/4 gereğince şirket zararının tazminini talep edebilir. Bağlı şirket malvarlığının muhafazasını hedefleyen bu düzenleme alacaklılar için dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Zira alacaklılar kendi alacaklarını doğrudan hâkim işletmeden talep edemezler. Onların açacağı davanın konusu da bağlı şirket zararının yine bu şirkete ödenmesi olacaktır. Öte yandan alacaklıların bu dava yolunu etkin bir şekilde kullanabilmeleri için topluluk içi ilişkiler hakkında detaylı bilgi sahibi olmaları gerekir. Bu yapının dışında olan birisi için bu pek de mümkün görünmemektedir. Kaldı ki bu bilgilendirmeyi bir nebze sağlayabilecek bağlılık raporunun yayınlanması yönünde bir düzenleme bu konuyla ilgili APOK m. 312’de yer almamaktadır. Dolayısıyla bağlı şirket alacaklılarının bilinçli bir şekilde APOK m. 317’de hükme bağlanan tazminat davasını açabilecekleri hususu şüphelidir⁶²⁹. Diğer taraftan bu raporun şirketin muhasebecileri tarafından hazırlanıyor olması kâr, zarar ve diğer mali hareketlerin ne derece objektif bir şekilde rapora yansıtılacağı noktasında şüphelere yol açmaktadır⁶³⁰. Kısacası bu hukuki çerçevenin alacaklı yönünden yeterince etkin bir koruma sağlamadığı ifade edilebilir.

Diğer taraftan topluluk hâkiminin sistematik olarak bağlı şirketi kayba uğratması durumunda kanunun öngördüğü bu önlemin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira böyle bir durumda hangi müdahalenin hangi kayba yol açtığını tespit etmek ve telafi etmek mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda mevcut hukuki düzenlemelerin nitelikli fiili topluluklarla ilgili etkin bir koruma mekanizması sunmadığı ileri sürülmektedir⁶³¹.

⁶²⁷ Emmerich / Sonnenschein, s. 367, 368.

⁶²⁸ Andenas/Wooldridge, s. 459.

⁶²⁹ Yanlı, s. 206.

⁶³⁰ Vandekerckhove, s. 250; Emmerich / Sonnenschein, s. 368.

⁶³¹ Vandekerckhove, s. 250; Emmerich / Sonnenschein, s. 368.

Dikkat çekilen diğer bir husus yöneticilerin sorumluluğuyla alakalıdır. Sözleşmesel toplulukların aksine fiili topluluklarda bağlı şirket yönetim kurulunun topluluk hâkimince verilen talimatlara sorgusuz uymak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu anlamda daha fazla sorumlulukları olduğu ifade edilebilir. Ancak uygulamada bunların bağlı şirket menfaatlerini ön plana çıkararak topluluk hâkiminin talimat ve yönlendirmelerini geri çevirmeleri mümkün görünmemektedir⁶³².

2.3.3. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Sorumluluk Halleri

Almanya'dakine benzer bir Türk şirketler topluluğu hukukunun ortaya çıkışı ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 2012 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte gerçekleşmiştir. Kanun'un genel gerekçesinde bu yenilikle birlikte "*şirketler topluluğu*" terimi altında bağlı işletmeler hukukunun düzenlendiği; ana ve yavru ortaklıklar arasındaki ilişkilerin, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesi temelinde, kurallara bağlandığı ifade edilmektedir⁶³³. Kanun koyucu bu düzenlemelerin neden gerekli olduğunu izah ederken şirketler topluluğunun bireysel şirketlerden farklı yönlerinin bulunduğu ve topluluk içerisinde bulunan şirketlerin bağımsız hareket ettikleri varsayımının gerçeklikle çeliştiği hususuna vurgu yapmıştır. Özellikle ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği yönündeki yaklaşıma ağırlık tanındığı ve bu sebeple şirketler topluluğunun bazı temel kurallara bağlandığı ifade edilmiştir⁶³⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuyla ilgili özel hükümlerinin (TTK. m. 195 – 206) hazırlanmasında büyük oranda Alman hukukundan ve yukarıda bahsi geçen *Forum Europaeum*'un tespitlerinden faydalanılmıştır. Buna karşılık sorumlulukla ilgili düzenlemelerin özgün nitelikte olduğu ileri sürülmektedir⁶³⁵. Sorumluluk konusuyla ilgili düzenlemeler iki temel sebebe dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasıdır (TTK m. 202 ve devamı). Diğer bir sorumluluk sebebiyse TTK m. 209'da hükme bağlanan topluluk

⁶³² Vandekerckhove, s. 250.

⁶³³ TTK Gerekeçe, sh 41.

⁶³⁴ Tasarıda "195 ilâ 216 ncı maddelerle ilgili genel açıklamalar" başlığı altında yapılan şu açıklamalar özellikle dikkat çekicidir: *Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsu bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulunsu, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasalar bile uygulasa, talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır. Bu varsayım gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelmektedir.*

⁶³⁵ TTK Gerekeçe, sh. 38, 70. Bu iddiaya karşılık Alman fiili topluluklarıyla ilgili sorumluluk hükümlerinin büyük oranda iltibas edildiği görülmektedir.

itibarına güvenden doğan sorumluluktur. TTK'nın getirdiği özel hükümler ancak Kanun'un öngördüğü üzere bir hâkimiyet ilişkisi söz konusuysa uygulanabilir olacaktır. Bu bağlamda hâkimiyetin varlığı şirketler topluluğunun varlığı ve özel hükümlerin uygulanabilirliğini sağlayan bir işleve sahiptir. Hâkimiyet tesis edilmemişse şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanamaz⁶³⁶. Bu hallerde belirli şartlar altında ana şirket veya hâkim ortağa bağlı şirketlerin borçlarından veya eylemlerinden dolayı sorumluluk ithaf edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla genel kural olan ayrılık ilkesine kanun hükmüyle bir istisna getirildiği ifade edilebilir. Ancak bu sorumluluk hallerinin birer yasal perdeyi kaldırma hali olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği meselesi tartışmaya açıktır.

Giriş kısmında da belirtildiği üzere tezin odak noktasını bağlı şirket alacaklısı üçüncü kişiler oluşturmaktadır. Daha da somutlaştırmak gerekirse bağlı şirketlerle bir borç ilişkisi içerisine giren alacaklıların, kendi borçlusu bağlı şirketten elde edemedikleri ifa sebebiyle uğradıkları zararı topluluk hâkimi ve diğer topluluk şirketlerinden talep edip edemeyecekleri; eğer edebilirlerse bunun şart ve hükümleri temel inceleme konusudur. Bu kapsamda mevcut hukuki düzenlemelerin ne gibi çareler sunduğu öncelikle ele alınmalıdır. Bu kısımda TTK hükümleriyle getirilen özel düzenlemeler bu bağlamda kısaca incelenecektir.

2.3.3.1. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması

TTK şirketler topluluğunu tanıyarak bir teşebbüs veya şirketin başka şirketler üzerinde hâkimiyet kurmasına cevaz vermektedir. Ancak bu hâkim şirketin hâkimiyetini hiçbir sınır olmaksızın kullanabileceği anlamına gelmemektedir⁶³⁷.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılıp kullanılmadığı tespit edilirken esas alınacak ölçüt bağımsız bir şirketin bulunabileceği durum olacaktır. Daha açık ifade etmek gerekirse söz konusu hâkimiyet hali söz konusu olmasaydı, şirketin bulunacağı durumla, hâkimiyet altındaki bağlı şirketin bulunduğu durum kıyaslandığında olumsuz bir tabloyla karşılaşıyorsa bu durum hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığına işaret eder⁶³⁸.

Her şeyden önce topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini bağlı şirketin menfaatlerini göz ardı ederek, onu kayba uğratacak bir şekilde kullanmamalıdır. Aksi takdirde bağlı şirketin uğramış olduğu kaybı telafi etme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalır. Bu kuralın istisnası tam hâkimiyet halidir. Bu durumda hâkim şirketin bağlı şirketin kaybına sebebiyet

⁶³⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 99.

⁶³⁷ Pulaşlı, Şerh C. I, s. 557.

⁶³⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 225.

verebilecek talimat ve yönlendirmelerde bulunabilmesine belirli şartlar altında müsaade edilmektedir. Ancak bu halde dahi bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek müdahalelerde bulunamaz. Diğer taraftan Kanun, hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini kullanarak haklı sebeplere dayanmayan yapısal değişiklikler yapmasına da cevaz vermemektedir. Konuyu izah ederken Kanun'daki tasnife uygun olarak kısmi hâkimiyet ve tam hâkimiyet arasında bir ayrıma gitmek uygun olacaktır.

2.3.3.1.1. Kısmi Hâkimiyet Halinde Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması ve Sonuçları

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını hüküm altına alan düzenleme TTK m. 202'dir. Bu madde hükmüne göre iki halin varlığı durumunda hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini hukuka aykırı bir şekilde kullandığı kabul edilecektir. Bunlar:

- 1- Bağlı şirketin birtakım işlemler yapmaya zorlanarak kayba uğratılması (TTK m. 202(1));
- 2- Haklı sebep olmaksızın birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi yapısal değişikliklerde bulunulması ve menkul kıymet çıkarılmasıdır (TTK m. 202(2)).

Bu hallerden birinin varlığı başlı başına hâkimiyetin hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığının kabulü için yeterlidir⁶³⁹.

2.3.3.1.1.1. Bağlı Şirketin Yönetimine Müdahalede Bulunularak Kayba Uğratılması

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasıyla ilgili sorumluluk doğurabilecek sebeplerden birisi bağlı şirketin bir takım işlemler yaptırılmak suretiyle kayba uğratılmasıdır. Bu sorumluluk haliyle ilgili kavramlar kısaca izah edilecektir.

2.3.3.1.1.1.1. Hukuka Aykırılık

Şirketler topluluğunu tanıyarak birtakım yönleriyle düzenleme altına alan TTK hükümleri açısından şirketler üzerinde hâkimiyet kurulması hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olan belirli sınırları aşan hâkimiyet uygulamalarıdır⁶⁴⁰. Bu bağlamda TTK m 202/1 (a)'da verilen örneklere benzer bir şekilde, topluluk hâkiminin bağlı şirket yönetimine müdahalede bulunarak

⁶³⁹ Tekinalp, Sermaye, s. 642.

⁶⁴⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 224.

kaybına yol açması hukuka aykırıdır. Ancak kayba uğratmama şartı başlı başına sorumluluğa yol açan bir husus değildir. Bunun dışında kaybın özen yükümlülüğüne aykırı sayılabilecek bir hâkimiyet uygulaması sonucunda ortaya çıkmış olması gerekir (TTK m. 202/1 (d))⁶⁴¹. Daha da somutlaştırmak gerekirse şirketin menfaatini gözeten, özen yükümüne riayet eden bağımsız bir şirket yönetim kurulu, benzer koşullar altında yapmayacağı işlemleri topluluk hâkiminin yönlendirmesiyle yapıyorsa yönetime müdahalenin hukuka aykırılığı sonucuna varılabilir⁶⁴².

Hâkimiyet uygulamalarının niteliğinden bahsedecek olursak; kısmi hâkimiyette topluluk hâkimine tanınan müdahale yetkisinin kapsamı yöneltmeyle sınırlıdır. Bununla birlikte yöneltme tabiri sevk ve idare kavramlarını da kapsayacak bir anlama sahiptir. Dolayısıyla yöneltme bir yönüyle yönlendirme ve yönetme kavramlarını da içermektedir. Yalnız burada talimat vererek doğrudan müdahalede bulunmaktan ziyade, politika ve hedefler belirleyerek, strateji koyarak veya birtakım yönergeler yoluyla yönetme hali söz konusudur⁶⁴³. Bu sınırı aşan müdahaleler hukuka aykırı müdahaleler olarak değerlendirilecektir. TTK m. 202/1 bu kapsamda değerlendirilebilecek yöneltme hallerini örnek kabilinden göstermiştir. Yani hâkimiyetin bu suretle hukuka aykırı kullanımı, TTK m. 202/1’de belirtilenlerle sınırlı değildir. Burada işaret edilen hususlar en fazla karşılaşılabilecek durumlar olarak vurgulanmaktadır.

Hukuka aykırılığı belirleyen diğer bir husus bağlı şirketin kayba uğratılmış olmasıdır. Kaybın ortaya çıkmasında hâkim ortaklığın kusurlu olması şart değildir. Kaybın varlığı başlı başına hukuka aykırılığı doğurur. Bu sebeple kaybın ispatı hukuka aykırılığın da ispatı sonucunu doğurur⁶⁴⁴. TTK m. 202 gereğince kayıp sebebiyle meydana gelen hukuka aykırılığın sorumluluğa yol açması belirli bir süre için askıya alınmıştır. Bu süre zarfında hâkim şirket kaybın giderilmesini sağlarsa hukuka aykırılık da ortadan kalkar ve dolayısıyla bir sorumluluk doğmaz⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 223, 327.

⁶⁴² **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 327.

⁶⁴³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 739. TTK’nın yaptığı bu ayrımın çok da anlamlı olmadığını düşünüyorum. Kısmi hâkimiyetteki yöneltme yoluyla yönlendirme ve yönetme ile tam hâkimiyette izin verilen talimat yoluyla yönetme arasında net sınırlar çekmek imkân dâhilinde değildir. Dolayısıyla bu ayrım yapay bir ayrımdır. Uygulamada, özellikle kapalı topluluklarda, çoğunlukla yöneticiler ortaktır veya topluluk hâkiminin güdümü altındadır. Dolayısıyla kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu bir fiili toplulukta bağlı şirket yöneticilerinin kendilerine verilen talimatları değerlendirme ve yöneltmenin ötesinde olduğundan bahisle reddetme imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple, uygulamadaki gerçekliği tanıyarak düzenleme altına alma iddiasıyla hayata geçirilen şirketler topluluğu hükümlerinin böyle bir ayrıma gitmesi kanunun genel ruhuyla uyumlu görünmemektedir.

⁶⁴⁴ **Tekinalp** hukuka aykırılığın temelinde bir kişinin diğeri üzerindeki etkin konumunu haksız bir şekilde onu zarara uğratacak bir şekilde kullanmama ödevinin bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre hâkimiyet bir hak değil bazı haklardan doğan bir konumdur. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye, s. 643.

⁶⁴⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 644.

2.3.3.1.1.2. Kayıp Kavramı

Kayıp kavramı şirketler topluluğu hukukunun düzenleme altına alınmasıyla birlikte hukukumuzda giren yeni bir kavramdır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken hususlardan birisi “*kayıp*” kavramının “*zarar*” kavramından farklı olduğudur. *Kayıp* kavramsal olarak *zarar*’a göre onu da kapsayacak daha genel ve esnek bir anlama sahiptir⁶⁴⁶. Hâkimiyetin kötüye kullanılması suretiyle bağlı şirkete verdirilen kayıp, 202/1(a)’da belirtildiği gibi varlık, fon, alacak devri, kârın nakli, teminat verilmesi gibi hukukî işlemlerden veya tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi maddi olgulardan kaynaklanabilir⁶⁴⁷. Kayıp kavramının zarar kavramından farkıyla ilgili olarak altı çizilmesi gereken en önemli husus, kaybın tespitinde dikkate alınacak zaman aralığıdır. Kayıp, kayba yol açan işlemin yapıldığı tarih esas alınarak geleceğe yönelik bir bakış açısıyla yapılır. Buna karşılık zarar, tazminata hükmedilen an esas alınarak işlemin yapıldığı ana kadar yapılacak geçmişe yönelik bir değerlendirmeye tespit edilir⁶⁴⁸. Kayıp her zaman bir tazminat alacağının ortaya çıkmasına yol açmayabilir⁶⁴⁹. Kaybın süresi içerisinde denkleştirilmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır⁶⁵⁰.

Kayıp TTK hükümleriyle tanımlanan bir kavram değildir. Örnekler gösterilmek suretiyle bu kavram tanıtılma yoluna gidilmiştir. TTK m. 202/1’de kayba yol açabilecek durumlar örnek olarak gösterilmiştir. Burada sıralanan işlem ve eylemlerden hareketle sebepler daha genel kategoriler halinde tespit edilebilir. Buna göre ilk olarak bağlı şirketin malvarlığı değerlerinin diğer topluluk şirketlerine aktarılması söz konusu olabilir⁶⁵¹. Madde gerekçesinde örnek olarak gösterilen işlemlerin yapılmasının sonuç doğurup doğurmadığının önemli olmadığı belirtilmektedir. Mesela bağlı şirket topluluk içerisindeki bir başka şirket lehine bir ihaleye girmekten vazgeçer veya bilinçli olarak ihaleyi kazanmaktan imtina ederse, bu ihale amaçlandığı şekilde diğer topluluk şirketi lehine sonuçlanmasa bile bir iş devri olarak değerlendirilmelidir.

⁶⁴⁶ TTK Gerekçe: “...“*kayıp*” kelimesi borçlar hukuku anlamında “*zarar*”dan farklı ve onu da kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir mal varlığı eksilmesi veya mal varlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitilmesi tarzında da görülebilir. Mehz Kanunda kayıp için “*Nachteil*” kelimesi kullanılmış bu kelime Alman Kanununun İngilizce çevirisinde “*disadvantage*” kelimesi ile karşılanmıştır.”

⁶⁴⁷ Çamoğlu, Ersin, “Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 19 – 35, (Çamoğlu, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması), s. 22.

⁶⁴⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 233.

⁶⁴⁹ Tekinalp, Sermaye, s. 644.

⁶⁵⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 232.

⁶⁵¹ TTK Gerekçe: “...Birinci grupta bağlı şirketin bir işinin, bazı varlıklarının veya fonlarının, personelinin başka bir topluluk şirketine aktarılması, alacak temlik ve ya borç devri gibi işlemlerin yapılması söz konusudur.”

Zira bağlı şirket açısından bir iş kaybı söz konusudur⁶⁵². Diğer bir kategori hâkim şirketin, bağlı şirketi kayba yol açabilecek bir şekilde yükümlülük altına girmeye veya borçlanmaya sevk etmesidir⁶⁵³. Son olarak TTK m. 202/1’de örneklenen diğer bir kayıp hali ise hâkim şirketin makro planlarına ve politikalarına öncelik verilerek bağlı şirketin menfaatlerinin geri plana itilmesi şeklinde özetlenebilir⁶⁵⁴.

Bu açıklamalardan hareketle “*kayıp*” kavramı için topluluk menfaati gözetilerek, hâkimiyetin kullanılması suretiyle, sonucu öngörülerek bağlı ortaklığın malvarlığının eksiltilmesi veya bunu artırıcı imkânlardan alıkonulması şeklinde çok genel bir tanımlama getirilebilir⁶⁵⁵. Bu bağlamda hangi hallerde kaybın oluştuğunun tek tek tespit edilmesi mümkün değildir. Her bir olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak uygun olacaktır. Mesela hâkim şirket, kârlı bir bağlı şirketin kaynaklarını zarar eden başka bir bağlı şirketin faaliyetlerinin finansmanında kullanıyor olabilir. Yahut bağlı şirketin başarılı bir şekilde yürüttüğü bir işi genel topluluk menfaati açısından daha uygun gördüğü başka bir topluluk şirketine veya topluluk dışı herhangi bir teşebbüse yönlendirmiş olabilir. Benzer şekilde bağlı şirketin genel olarak topluluğun rekabet gücünü artırmak için topluluk şirketlerinden birisine zararına hammadde tedariki veya genel olarak piyasaya rekabet fiyatlarının altında mal ve hizmet sunulması gibi pratikler de kayıp olarak değerlendirilebilir⁶⁵⁶. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus kayıp ile hâkimiyetin kullanımı arasında bir illiyet bağının olması gerekliliğidir. Yani kayıp hâkimiyetin aykırı kullanılması sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır⁶⁵⁷. Bu anlamda kayıp gerçekleşmiş olmalı ve somut olarak hesaplanabilmelidir. Dolayısıyla sadece kayıp tehlikesinin varlığı, kuvvetle muhtemel olarak bekleniyor olması gibi durumlar hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucunu doğurmaz⁶⁵⁸.

Görüldüğü üzere TTK m 202/1’de belirtilen durumlarda topluluk menfaati lehine bağlı şirket menfaatlerinin göz ardı edilmesi olgusu dikkati çekmektedir. Açıkça belirtildiği üzere hâkim şirket bağlı şirketi onun kaybına yol açacak işlemler yapmaya yönelmez. Kanun

⁶⁵² TTK Gerekeçe, 141.

⁶⁵³ Bu bağlamda hâkim şirket bağlı şirketi malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya yönelmişse hâkimiyetini hukuka aykırı bir şekilde kullanmıştır (TTK m. 202/1).

⁶⁵⁴ Bu cümleden hâkim şirket haklı bir sebep olmaksızın bağlı şirketi tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez (TTK m. 202/1).

⁶⁵⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 644, 645; **Türkmen**, s. 731.

⁶⁵⁶ **Tekinalp**, Sermaye, s. 647.

⁶⁵⁷ **Tekinalp**, Sermaye, s.; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 231.

⁶⁵⁸ **Tekinalp**, Sermaye, s. 645. Buna karşılık **Okutan Nilsson** kaybın bağlı şirketin malvarlığını veya kârlılığını azaltan veya böyle bir tehlike altına sokan her türlü iş ve işleminden doğabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 228, 230.

metnindeki “*yönelme*” tabiri bilinçli olarak seçilmiştir. Yönelme sahip olunan oy gücünün kullanılması vasıtasıyla olabileceği gibi bağlı şirket yönetim kurulunda bulunan topluluk tarafından görevlendirilmiş yöneticiler vasıtasıyla veya diğer baskı unsurlarının kullanılması şeklinde gerçekleşebilir⁶⁵⁹. Bu konudaki ispat yükü iddiada bulunan davacıdadır. İddia sahibinin TTK m. 202/1’de sıralanan hususlardan birini veya aynı etkiyi doğuracak diğer bir girişimde bulunulduğunu ispat etmesi yeterlidir⁶⁶⁰.

Kaybın hesaplanmasıyla ilgili bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır. Kayıp işletme ekonomisinin genel kabul gören usullerine göre gerçekçi bir şekilde tespit edilip hesaplanmalıdır. Bağlı şirketin TTK m. 199 gereğince hazırlaması gereken bağlılık raporunda ayrıca kaybı göstermesi gerekmektedir. Ancak kaybın faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirilmesi gerekliliği dikkate alındığında bu raporun amaca hizmet etmediği ayrıca bildirim yapılmasının zorunlu olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira TTK m. 199 gereğince hazırlanacak bağlılık raporu bir önceki yılın faaliyetlerini konu almaktadır⁶⁶¹.

Sonuç olarak kaybın özellikleri şu şekilde sıralanabilir⁶⁶²: 1) kaybın kusurdan kaynaklanması şart değildir; 2) kayba yol açan yönelmenin haklı bir gerekçesinin olması veya kaybın belirlenmiş bir politika gereği ortaya çıkması denkleştirme talebine engel değildir; 3) kayba yol açan eylemin tamamlanmış olması şarttır; kayıp tehlikesi denkleştirme talebine haklılık kazandırmaz; 4) kayıp TL veya yabancı para cinsinden olabilir; 5) kaybın kabulü için bir başka tarafın bundan yarar elde etmesi şart değildir; kaybın karşılığında bir yararın varlığı şeklinde bir şart öne sürülemez; 6) kaybı doğuran hukuki işlemin mutlaka topluluk hâkimi veya diğer bir topluluk şirketine bir yarar sağlaması beklenmemelidir. Bir üçüncü şahsa da yarar sağlıyor olabilir; 7) kayıp önceden topluluk yönergesi gibi bir belgede tanımlanmış ve sınırlandırılmış olabilir.

2.3.3.1.1.1.3. Denkleştirme

TTK m. 202 kapsamında öngörülen sorumluluk sistemi esasında topluluk menfaati kavramını göz ardı eden bir sistem değildir. Bu özgün yaklaşımda topluluğun menfaatine öncelik verilmesi sebebiyle zarar görebilecek bağlı şirket paydaşlarının menfaatleriyle topluluk menfaati arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır. Bunu yaparken kanun koyucu bağlı şirketin

⁶⁵⁹ TTK Gerekeçe, 141.

⁶⁶⁰ **Tekinalp**, Sermaye, s. 645.

⁶⁶¹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 645.

⁶⁶² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 782, 783.

malvarlığının korunmasını esas alarak bir uzlaşa sağlamaya çalışmaktadır. Bağlı şirketin ayakta kalması ve sağlıklı bir şekilde ticari hayatına devam etmesinde hem genel olarak topluluğun hem de bağlı şirket ortak ve alacaklılarının yararı vardır. Dolayısıyla TTK m. 202'nin odağında bağlı şirketin alacaklıları veya ortaklarını değil bizzat bağlı şirketin varlığını koruma düşüncesi bulunmaktadır. Bu anlamda TTK m. 202 ile getirilen sistem koruyucu niteliği ağır basan bir sistemdir. Kanun koyucunun vermek istediği mesaj telafi etmek şartıyla bağlı şirkete kayıp verme pahasına olsa dahi topluluk kendi menfaatlerini önceleyebilir şeklinde özetlenebilir.

Buradan topluluğun menfaati adına bağlı şirketlerin aleyhine iş veya işlemler yapılabileceği anlamı çıkmamalıdır⁶⁶³. Topluluk menfaati, hâkim şirketin bağlı şirkete verdirdiği kaybı telafi etmesi esasına dayanan topluluk hükümlerini uygulanabilir kılmaktadır⁶⁶⁴. TTK m. 202/1 (a) gereğince hâkim şirket sebep olduğu kaybı o faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirmek zorundadır. Bu zorunluluğa alternatif olarak topluluk hâkimine nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek kaydıyla en geç o faaliyet yılı sonuna kadar denk değerde bir istem hakkını bağlı şirkete tanıma imkânı da verilmiştir. Görüleceği üzere denkleştirme fiilen veya denk bir talep hakkı tanıma suretiyle iki şekilde yapılabilir⁶⁶⁵. Denkleştirme şeklinde bir önlemin öngörülmesinin amacı, kaybın yol açtığı olumsuz sonuçların giderilmesi için topluluk hâkimine bir fırsat vermek ve şirket bağımsız olsaydı içinde bulunacağı durumun tesisini sağlamaktır⁶⁶⁶.

Fiili denkleştirme kaybın nakden karşılanması şeklinde olabileceği gibi başka şekillerde de gerçekleştirilebilir. Örnek vermek gerekirse bağlı ortaklığın borcunun devralınması veya taahhütte bulunulması, bağlı ortaklığa kaybı giderecek nitelikte bir lisans hakkı tanınması veya diğer bir suretle fikri mülkiyet hakkı ihdası, bağlı ortaklığa yeni iş olanakları sağlanmasında

⁶⁶³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 227.

⁶⁶⁴ TTK ile benimsenen sorumluluk rejimi genel hükümlere kıyasla daha avantajlı bir çerçeveye sahiptir. Bu sebeple TTK özel hükümleriyle getirilen sorumluluk rejiminin topluluk hâkimi için daha imtiyazlı bir çerçeve sunduğu ifade edilebilir. Bu rejimin imtiyazlı olarak nitelendirilmesini sağlayan unsur kaybın denkleştirilmesi imkânıdır. Böyle bir sorumluluk rejimi olmasaydı normalde zarar olarak nitelendirilebilecek malvarlığı eksilmeleri genel hükümler kapsamında doğrudan talep edilebilecekken buna engel olan bir imkân sağlanmıştır. *Okutan Nilsson*'un da altını çizdiği gibi kaybın denkleştirilmesi hâkimiyetin kullanım tarzındaki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Ancak yazarın ifadesiyle aktarmak gerekirse "...hukuka aykırılığın giderilmesi, ancak bu iş veya işlemin hâkim şirketin veya bir bağlı şirketin veya topluca şirketler topluluğunun menfaatine olması durumunda mümkündür. Zira hükümle amaçlanan, şirketler topluluğunun idaresinde bir esneklik sağlanması, bu yolla şirketler topluluğunun makro politikalarının uygulanmasına kolaylık getirilmesidir. Yoksa ortakların şahsi menfaatleri veya topluluk dışı üçüncü kişilerin menfaati, şirket malvarlığının korunması ilkesine istisna getirmek için haklı bir temel oluşturmaz." Bu bağlamda ortakların veya üçüncü şahısların şahsi menfaati için bağlı şirkete verdirilen kayıplar denkleştirilmiş olsa bile hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 232; 284.

⁶⁶⁵ **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 22.

⁶⁶⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 268.

yardımcı olunması gibi alternatif imkânlar yoluyla da denkleştirme mümkündür⁶⁶⁷. Denkleştirme yapılırken şirketler topluluğuna dâhil olmanın sağladığı avantajlar da hesaba katılmalıdır. Mesela kayba uğrayan bağlı şirket, söz konusu topluluğa dâhil olduğu için hammadde tedarikini daha uygun şartlarda elde edebiliyorsa bu husus da kaybın denkleştirilmesinde dikkate alınmalıdır⁶⁶⁸.

Kaybın bağlı ortaklığa bahşedilecek bir talep hakkı vasıtasıyla denkleştirilmesine de imkân tanınmıştır. Taahhüde konu edimin mutlaka hâkim şirket tarafından yerine getirilmesi şart değildir. Topluluk içinden ve dışından bir veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişiye karşı birlikte veya ayrı yöneltilebilecek bir talep hakkı sağlanabilir. Önemli olan husus taahhüdün kaybı tam olarak karşılayabilmesidir⁶⁶⁹. Fiili denkleştirmede olduğu gibi taahhüdün de aynı faaliyet yılı sonuna kadar yapılması gerekmektedir. Ancak taahhüdün konusu olan edimin de aynı faaliyet yılı içerisinde gerçekleştirilmiş olması şart değildir. Daha sonraki bir tarihte de taahhüdün yerine getirilmesi mümkündür. Ancak bir kayıp denkleştirilmeden tekrar aynı bağlı şirkete ikinci bir kayıp verdirilemez⁶⁷⁰. Bununla birlikte denkleştirmenin kısmen fiilen kısmen de taahhütte bulunulmak suretiyle gerçekleştirilmesinin önünde bir engel yoktur⁶⁷¹. Mehaz Alman Kanunu'nda taahhüdün bir sözleşmeye konu edilmesi gerektiği hâkim görüş olarak kabul görmektedir. Aynı yaklaşım Türk hukuku açısından da makul görünmektedir. Böyle bir durumda sözleşme hâkim şirket ile bağlı şirket arasında akdedilecektir. Madde gerekçesinde Alman doktrininde tarihi sebeplerden dolayı şüpheyile yaklaşılmakla birlikte sözleşme yerine hâkim şirketin tek taraflı bir taahhüdünün de denkleştirme amacıyla kullanılabilceği ifade edilmiştir⁶⁷².

Denkleştirme süresinde ve kaybı telafi edecek bir şekilde yapılırsa askıda olan hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır. Aksi takdirde, askı hali ortadan kalkacak ve hukuka aykırılık sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda denkleştirme yükümlülüğünün yerini tazminat borcu alır⁶⁷³.

2.3.3.1.1.4. Tazminat Davası

Denkleştirmenin süresi içerisinde yapılmaması halinde kayıp TTK m. 202/1(b) gereğince açılacak bir tazminat davasıyla talep edilebilir⁶⁷⁴. Bununla birlikte sorumluluğun sebebi başlı

⁶⁶⁷ Tekinalp, Sermaye, s. 648; Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 695.

⁶⁶⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 252.

⁶⁶⁹ Tekinalp, Sermaye, s. 649.

⁶⁷⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 786.

⁶⁷¹ Tekinalp, Sermaye, s. 649.

⁶⁷² TTK Gereke, 141.

⁶⁷³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 787; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 281, 331

⁶⁷⁴ Tekinalp, Sermaye, s. 652.

başına denkleştirmenin yapılmamış olması değildir. Sorumluluk bizzat hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımından kaynaklanmaktadır. Denkleştirme için öngörülen süre zarfında hâkimiyetin hukuka aykırılığı askı halinde beklemektedir. Denkleştirmeyle birlikte hukuka aykırılık da ortadan kalkar. Dolayısıyla topluluk hâkimine tanınan denkleştirme imkânı adeta hukuka aykırılığın sonuçlarını askıya alan bir geciktirici şart gibidir. Bu şartın gerçekleşmesiyle birlikte; yani denkleştirmenin süresi içinde yapılmaması durumunda, hukuka aykırılık kesinleşir ve sonuç doğurmaya başlar⁶⁷⁵. Diğer taraftan kaybın ölçülememesi, bireyselleştirilip somut bir müdahaleyle ilişkilendirilememesi veya diğer başka bir sebeple denkleştirilmesinin imkânsız olduğu öngörülebiliyorsa doğrudan tazminat davası açılabilir⁶⁷⁶. Bu görüş teorik olarak doğru olmakla birlikte pratikte etkin bir çözüm sunmamaktadır. Bağlı şirket topluluk hâkiminin sistematik hale gelen aşırı ve devamlı müdahaleleri sonucunda bireyselleştirilip tespiti mümkün olmayan bir kayba uğramış ve bunun sonucunda borçlarını ifa edemez hale gelmişse her şeyden önce şirket zararının tespiti önemli bir sorun olarak gündeme gelecektir. Bununla birlikte, bağlı şirketin iflası söz konusuysa alacaklı açısından şirket zararını dava etmek anlamlı bir davranış olmayacaktır; çünkü dava sonucunda borçlusu bağlı şirketin mali durumunun düzelmesi ve böylelikle kendisine olan borcunu ödemesi şeklindeki zayıf beklentinin gerçekleşme ihtimali dahi söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, denkleştirme imkânı olmayan kayıplar açısından alacaklının alternatif çözümlere başvurması kendisi için daha akıllıca bir davranış olacaktır. Diğer bir deyişle, böyle bir durumda alacaklı TTK özel hükümlerine mahkûm değildir; genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi yollara başvurarak doğrudan topluluk hâkimine müracaat edebilir. Tezin üçüncü bölümü tamamen bu konuya ayrılmıştır⁶⁷⁷.

Denkleştirilebilir bir kayıp bulunmakla birlikte denkleştirme yükümlülüğü yerine getirilmemişse TTK m. 202/1'deki “*kayıp*” kavramının yerini tazminat hukukunun “*zarar*” kavramı alır. Ancak miktar olarak zararın kayba eşdeğer olması şart değildir. Geçen zaman da dikkate alındığında daha az veya fazla olması mümkündür⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 331.

⁶⁷⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 258; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 784, 785. Özsu, s. 111, 112.

⁶⁷⁷ Ayrıca Alman hukukunda nitelikli fiili topluluk olarak adlandırılan (*qualifizierte faktische Konzerne*) bu durumun varlığı halinde, TTK sorumluluk sisteminin münhasıran uygulanabilir olmaktan çıkacağıyla ilgili daha ayrıntılı görüşlerimiz için bkz. Aşa. s. 206.

⁶⁷⁸ Tekinalp, Sermaye, s. 652; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 380.

Topluluk hâkiminin tazminat sorumluluğunun şartları kısaca şu şekilde sıralanabilir⁶⁷⁹:

1. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması; yani, topluluk hâkiminin yönlendirmesiyle bağlı şirket yönetim kurulunun özen borcuna aykırı düşen iş veya işlemi gerçekleştirmesi, bunun sonucunda şirketin kayba uğraması, ancak buna rağmen denkleştirmede bulunulmaması;
2. Bağlı şirketin zarara uğraması;
3. Zarar ile hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması arasında illiyet bağının varlığı.

Bu şartların yanı sıra sorumluluğun kusura dayanan bir sorumluluk olduğunun da altını çizmek gerekir. Özellikle TTK m. 202/1 (e)'de yöneticinin sorumluluğuyla alakalı TTK m. 553 ve diğer hükümlere yapılan atıf, bu savı desteklemektedir. Bu bağlamda topluluk hâkimi şirket yöneticilerinin, bağlı şirkete yönelik müdahaleleri sebebiyle onun kaybına neden olabileceklerini bilmeleri veya gereken özeni gösterebilirlerdi bilebilecek durumda olmaları gerekir. Benzer koşullar altında bağımsız bir şirketin yöneticilerinin de söz konusu kararları alabilecekleri ve kayba yol açan iş veya işlemleri yapabilecekleri anlaşılıyorsa yönlendirmede bulunan yöneticilerin kusurundan bahsedilemeyecektir. Aynı zamanda topluluk hâkimi konumundaki şirketin organı konumundaki yöneticilerin kusuru yoksa topluluk hâkimi şirketin de kusurluluğu söz konusu olmayacaktır⁶⁸⁰.

Davanın tarafları TTK m. 202/1(b) ve (c) bentlerinden hareketle tespit edilebilir. Bu madde hükmüne göre denkleştirmeyi TTK m. 202/1'e uygun bir şekilde süresi içinde yerine getirmeyen hâkim şirkete karşı tazminat davası açabilecek kişiler bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılarıdır⁶⁸¹. Burada bağlı şirketin kendisi belirtilmemiştir. Madde gerekçesinde bunun

⁶⁷⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 327, 328.

⁶⁸⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 337.

⁶⁸¹ Alacaklıların dava açabilmeleri için genel kuralın aksine şirketin iflas etmiş olması şart değildir. Bu durumda alacaklılara böyle bir dava hakkı tanınmasının bir menfaate hizmet edip etmediği sorgulanmaktadır; zira alacaklının zararından bahsedebilmek için alacağını tahsil edememesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Özcanlı, s. 334. Bu yaklaşım borç ilişkisinin nisbiliği kuralı dikkate alındığında doğru olmakla birlikte, burada istisnai bir durumun var olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Alacaklıya böyle bir dava hakkı tanınmasının altında yatan sebep yukarıda topluluk tehlikesi kavramı altında ele aldığımız risktir. Topluluk hâkiminin topluluk menfaatini gözetmeyen, bağlı şirket menfaatlerini tamamen göz ardı eden bir müdahale pratiği benimsemesi sadece bağlı şirket değil onunla alakalı paydaşlar için de bir tehlike teşkil etmektedir. Üstelik topluluk hâkimi denkleştirmede bulunmayarak bu tehlikenin gerçekleşmesi noktasında önemli bir işaret vermektedir. Bu durumda alacaklının borçlusu bağlı şirketin haklarını takip etmekte önemli bir menfaati bulunmaktadır.

sebebi hukukî gerçekçilik olarak gösterilmiştir. Zira hâkim şirketin hâkimiyeti altında bulunan bir bağlı şirketin topluluk hâkimine karşı dava açabilmesi veya dava açmış olsa bile bunu layıkıyla takip edebilmesi pratikte pek de mümkün değildir. Diğer taraftan bağlı şirket yönetim kurulunun hâkim şirket ve yönetim kuruluyla karşı karşıya gelmesinin hukuk politikası açısından uygun görülmediği ifade edilmektedir⁶⁸². Davacı konumundaki pay sahipleri veya alacaklılar bağlı şirketin zararının yine bu şirkete ödenmesini talep edebilirler. TTK m 202/1’de düzenlenen tazminat davası, ne pay sahiplerine ne de alacaklılara kendi zararlarını talep hakkı vermiştir. Bu paydaşlar, bağlı şirket zararının tazminini sağlarlarsa bundan dolayı olarak faydalanabileceklerdir⁶⁸³.

Davalı tarafında bulunabilecekler topluluk hâkimi teşebbüs veya şirket ile bunun kayba sebep olan yönetim kurulu üyeleridir⁶⁸⁴. Davalı tarafında bulunabilecek hâkim şirket topluluğun en tepesinde bulunan topluluk hâkimidir. Topluluğun büyüklüğüne ve yapısına göre ara hâkim şirketler de olabilir. Bu durumda tepe ve ara hâkim konumunda olan şirketlere karşı birlikte dava açılabilir; sonuca göre bunların müştereken ve müteselsilen sorumluluğu yoluna gidilebilir⁶⁸⁵.

Her ne kadar burada “kayba sebep olan yönetim kurulu üyeleri” denilmişse de yukarıda yaptığımız ayırım gereğince “zarara sebep olan yönetim kurulu üyeleri” aleyhine de dava açılabilirdir⁶⁸⁶. Kanun metninin lâfzî olarak katı bir şekilde anlaşılması uygulamada sorunlara yol açabilir. Bu özellikle yönetim kurulu üyeleri arasında kayba sebep olanlar ve zarara sebep olanlar arasında bir farklılaşmanın olması durumunda zarara sebep olanların tazminat borcundan kurtulmaları gibi adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir. Örnek vermek gerekirse kayba sebep olan yönetim kurulu üyeleri denkleştirmeye ilgili kararın alındığı aşamada bunu

Dolayısıyla uygulamada ne kadar etkin olduğu tartışmalı olsa da alacaklıya böyle bir dava hakkı tanınması isabetli olmuştur; çünkü alacaklı bu şekilde hem bağlı şirket hem de kendi menfaatini takip edebilmektedir.

⁶⁸² TTK Gerekeçe, 142. Buna karşılık bu davayı açabilecekler arasında bağlı şirketi gösterenler de vardır. Bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 697; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 791, 792; **Şener**, s. 182.

⁶⁸³ Bununla birlikte topluluk hâkiminin eylemi, pay sahipleri veya alacaklıların malvarlıklarında doğrudan bir zarara yol açıyorsa bu paydaşlar genel hükümlere dayanarak topluluk hâkimine müracaat edebilir ve kendi zararlarının kendilerine ödenmesini talep ve dava edebilirler. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 345, 354.

⁶⁸⁴ Her ne kadar TTK m. 202/1 (b)’de yönetim kurulu üyeleri denilmişse de burada kimlerin kastedildiği şirket türüne göre yorumlanmalıdır. Dolayısıyla hâkim ortaklık bir limited şirkette müdürler, paylı komandit şirket ise yönetici komanditeler, diğer tüzel kişilerde ise yönetim organı bu kapsamda değerlendirilmelidir. Topluluk hâkimi bir teşebbüs ise onun yöneticisi olan kişi bu kapsama girer. Bkz. **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 24 dn. 10.

⁶⁸⁵ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 357; **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 24. Buna karşılık **Tekinalp** ara hâkim ortaklıklara dava açılmayacağını; zira hukukumuzda ana hâkim – ara hâkim şeklinde bir ayırım olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye, s. 654.

⁶⁸⁶ **Odman Boztosun** kanunda geçen “kayba sebep olan” yerine “kusuruyla kayba neden olan” şeklinde bir tanımlamanın daha doğru olacağı görüşündedir. Bkz. **Odman Boztosun**, N. Ayşe, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 147.

savunmuş; ancak kayba sebep olmayan başka yönetim kurulu üyeleri denkleştirmeye engel olarak bağlı şirketin zarara uğramasına sebep olmuş olabilirler. Bu durumda kanun, lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorumlanacak olursa aslında bağlı şirketin zararına yol açan yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulacaktır. Bu sebeple kimlerin davalı olabileceği sorusuna hâkim şirket ile onun kayba ve zarara sebep olan yönetim kurulu üyeleri şeklinde cevap vermek daha yerinde olacaktır⁶⁸⁷.

Diğer taraftan bağlı şirket malvarlığında meydana gelen zarara hâkim şirketin müdahaleleri sebep olsa da bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğu devam etmektedir. Bağlı şirket alacaklıları ve pay sahipleri bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine karşı dava açarak şirket zararını gidermelerini talep edebilirler. Buna karşılık TTK m. 202/5 hükmü bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri için uygulanabilirliği şüpheli olmakla birlikte önemli bir imkân tanımaktadır. Bu düzenlemeye göre bağlı şirketin yöneticileri, TTK m. 202 hükmü dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir. İleride doğabilecek sorumluluk hallerinden kaynaklanan hukuki sonuçların üstlenilmesini konu alan bu sözleşmenin taraflarının kim olacağı; bağlı şirket yöneticilerinin bu hükme rağmen sözleşme akdetmeyen hâkim teşebbüsü buna zorlayıp zorlayamayacağı muallaktır⁶⁸⁸.

Davacı bağlı şirket pay sahiplerinden birisiyse mahkeme tazminat yerine davacı paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir (TTK m. 202/1(b)). Burada dikkati çeken husus tazminata hükmedilmesi halinde bundan faydalanacak olanın bağlı şirket olmasıdır. Zira onun malvarlığında bir artış gerçekleşecektir. Alternatif bir çözüme başvurulması halinde ise bundan faydalanacak olan şahıs esasında pay sahibi olacaktır. Böyle bir seçenek önlemin de kanunda yer bulmasının altında yatan sebep pay sahiplerinin de dolaylı olarak hâkim şirketin sebep olduğu zarardan etkilenmeleri olabilir. Bazı durumlarda tüm mağduriyetlerin giderilmesi mümkün olmadığından hâkim şirket dışındaki pay sahiplerinin paylarını devrederek bağlı şirketi tamamen hâkim şirketin eline bırakmaları taraflar açısından en doğru çözüm olabilir. Bu düzenleme bunu mümkün

⁶⁸⁷ *Göktürk* de benzer bir endişeyi dile getirmektedir (Bkz. **Göktürk**, s. 222, 223). Yazar, denkleştirmeden önce yönetim kurulu üyelerinin değişmesi durumunda kimin sorumlu tutulacağıyla ilgili olarak tereddüt oluşabileceğine dikkat çekmektedir. Kanun'un lafzı kaybın gerçekleştiği andaki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna işaret etmektedir. Diğer taraftan denkleştirme anında farklı yönetim kurulu üyeleri varsa bu adımı atmayarak bağlı şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da gündeme gelebilir. Bu tereddütü gidermenin yolu hem kayba hem de zarara yol açan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olacaklarını kabul etmektir.

⁶⁸⁸ **Odman Bostosun**, s. 111.

kılmaktadır⁶⁸⁹. Her ne kadar alacaklılar da paysahipleri gibi dolaylı zarar gören konumunda olabilmelerine rağmen, paysahipleri için öngörülen tarzda alternatif çözümler sunma yaklaşımı davacı alacaklılar için kabul edilmemiştir. Onlar sadece alacaklısı oldukları şirketin zararının karşılanmasını talep edebilir. Bununla birlikte TTK m. 202/1 (e)'de TTK m. 556'nın kıyas yoluyla uygulanacağı belirtildiğinden, davacı alacaklının bağlı şirkete ödenecek tazminattan öncelikli olarak yararlanma hakkı bulunmaktadır⁶⁹⁰.

TTK m. 202/1(d)'de davalılar için bir kurtuluş beyyinesi de öngörülmektedir. Buna göre, tedbirli, özenli, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde şirket menfaatlerini gözeterek bağımsız bir şirketin yöneticilerinin de kayba neden olan işlem veya bir benzerini aynı koşullar altında yapabileceklerinin ispatı halinde tazminata hükmedilmez. Madde gerekçesinde böyle bir kuralın öngörülmesinin adalet gereği olduğu belirtilmiştir. Eğer kayıp bizzat hâkimiyet ilişkilerinden değil de basiretli hareket etme yükümüne uygun davranıştan meydana gelmişse TTK m. 202 uygulama yeri bulmaz⁶⁹¹.

TTK m. 202/1'de hükme bağlanan sorumluluğun hukuki sebebinin ne olduğu konusu tartışmalıdır⁶⁹². *Okutan Nilsson* hâkim şirket ile bağlı şirket arasında hâkimiyet ilişkisinin niteliğine vurgu yapmaktadır. Yazara göre hâkimiyet ilişkisinin kurulmasıyla birlikte taraflar arasında kendine özgü kuvvetli bir hukuki ilişki meydana gelmektedir. Hatta bu özel ilişki mehz Alman hukukunda olduğundan daha güçlü bir şekilde tesis edilmiştir. Mesela TTK m. 199 hükmüyle mehz Alman Kanunu'ndan farklı olarak hâkim şirketin her yıl bağlılık raporu düzenleme yükümlülüğü altında olması, yine Alman hukukunda düzenlenmeyen bir biçimde TTK m. 202/2 gereğince haksız yapısal değişikliklere zorlayan müdahalelerin müeyyideye bağlanması, tam hâkimiyet halinde doğrudan bağlayıcı talimat verebilme hakkının tanınması bu güçlü ilişkiyi teyit eden hükümlerdir. Dolayısıyla hâkim şirket açısından bağlı şirket alelade bir üçüncü kişi değildir. Kanun gereğince hâkim şirket bağlı şirkete zarar vermeme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülük haksız fiilden farklı olarak bir "edimden bağımsız borç ilişkisi" kurmaktadır. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması yasayla kurulan bu özel ilişkiden

⁶⁸⁹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 656.

⁶⁹⁰ **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 24.

⁶⁹¹ TTK Gerekçe, 142.

⁶⁹² *Özcanlı* TTK m. 202/1 hükmünden kaynaklanan sorumluluğun niteliğiyle ilgili olarak doktrinde beş temel görüşün ortaya atıldığını tespit etmiştir. Bunlardan ilki, yazarın da katıldığı organsal sorumluluk görüşüdür. Diğer görüşler ise, haksız fiil sorumluluğu, taraflar arasındaki özel hukuki ilişkiden doğan sadakat yükümlülüğünün ihlali, edimden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali ve kusursuz sorumluluk şeklindedir. Bkz. *Özcanlı*, Fatma Beril, **Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 269.

kaynaklanan yükümlülüğün ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu borç ilişkisinin ihlali halinde uygulanacak hükümler sözleşmesel sorumluluk hükümleri ile haksız fiil hükümleri arasında bir yerde kalmaktadır. Öncelikle sözleşmesel sorumluluk hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalı; ancak, somut olay özelliklerine göre sözleşmesel sorumluluk hükümleri menfaat dengesini bozmaktaysa özgün çözüm yolları aranmalıdır⁶⁹³.

Tekinalp ise fiili topluluklar için tazminat borcunun sebebi haksız fiil iken, sözleşmesel topluluklarda bu borcun sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı görüşündedir⁶⁹⁴. Yazara göre fiili topluluklarda hâkimiyet esasında bir ilişki değil fiili durum olarak değerlendirilmelidir. Bu haliyle hâkim şirket ile bağlı şirket birbirlerine karşı üçüncü kişi gibidir. Kimi yazarlarca iddia edildiği gibi aralarındaki ilişki özel bir ilişki olarak nitelendirilemez. Fiili hâkimiyetin söz konusu olduğu durumlarda hâkim tarafın bağlı tarafa zarar vermeme yükümlülüğünün olması yazılı olmayan bir kuraldır. Aynı kural haksız fiil teorisinin de temelini oluşturur. Bu husus ayrıca TTK m. 202/1 hükmüyle açıkça düzenlemeye tabi tutulmuştur. *Tekinalp* ayrıca madde yan başlığında belirtilen *hukuka aykırılık* tabirinin kullanılmasının ve TTK m. 202/1(b)'de dürüstlük kuralına atıf yapılmasının haksız fiil görüşünü desteklediğini belirtmektedir⁶⁹⁵.

Son olarak bu konuda ortaya atılan organsal sorumluluk görüşüne de kısaca değinmekte fayda vardır. *Özcanlı* tarafından savunulan bu görüş kısaca hâkimiyet gücünü kullanarak bağlı şirketin yönetimine etki eden topluluk hâkiminin fiili olarak bir organ gibi hareket ettiği olgusuna dayanmaktadır. Hâkim şirket veya hâkim teşebbüs, bağlı şirketin yönetimini prensip itibariyle topluluk menfaatiyle eşgüdömlü hale getirmek suretiyle topluluğu ve dolayısıyla bağlı şirketleri yönetmektedir. TTK m. 202/1'de örnek kabilinden gösterilen yönlendirme niteliğindeki müdahaleler bağlı şirketin yönetimine etki etmektedir. Bu bağlamda şekli organlar için geçerli olan sorumluluk prensipleri fiili organ olarak bağlı şirket yönetiminde etkili olan topluluk hâkimi için de geçerlidir. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması da bu kapsamda ele alınmalıdır⁶⁹⁶.

Aşağıda, genel hükümlerin uygulanabilirliğiyle ilgili kısımda, topluluk hâkiminin müdahalelerinden kaynaklanan sebeplerden dolayı ödeme güçlüğü içerisine düşen bağlı şirketten alacağını tahsil edemeyen alacaklının, zararının tazmini için hangi hukuki gerekçelerle topluluk hâkimine başvurabileceği detaylı bir şekilde ele alınmıştır⁶⁹⁷. Bağlı şirket alacaklısı yönünden

⁶⁹³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 322-326.

⁶⁹⁴ *Çamoğlu* da aynı görüştedir. Bkz. **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 23.

⁶⁹⁵ **Tekinalp**, Sermaye, s. 653, 654.

⁶⁹⁶ **Özcanlı**, s. 276 vd.

⁶⁹⁷ Bkz. Aşa. s. 227.

yaptığımız bu açıklamalara paralel olarak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanan sorumluluğun topluluğun türüne göre sözleşme veya haksız fiil sorumluluğunun özel bir hali olarak değerlendirilebileceğini düşünüyoruz. Hâkimiyet ilişkisinin kurduğu özel ilişki kusurluluk yönünden hâkimin göz önünde bulundurması gereken önemli bir faktördür. Ancak bu olgu sorumluluğun hukuki niteliğini değiştirmez. Diğer taraftan hâkimiyeti kullanarak bağlı şirketi fiilen yöneten topluluk hâkiminin fiili organ veya yönetici olarak nitelendirilmesi de TTK m. 553 hükmünün gerekçesi ve yargı uygulamaları dikkate alındığında mümkündür⁶⁹⁸. Dolayısıyla Türk hukuku açısından hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını haksız fiil ve fiili yöneticinin sorumluluğu kapsamında değerlendirmek mümkündür⁶⁹⁹.

Son olarak TTK m. 202/1(e) bu davayı görmeye yetkili ve görevli mahkemeyi belirlemektedir. Bu madde hükmüne göre tazminat davası şirketler topluluğuna hâkim olan ana şirketin veya teşebbüsün merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir. Eğer bu yer yurtdışındaysa bağlı şirketin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir⁷⁰⁰.

2.3.3.1.1.2. Haklı Sebep Olmaksızın Yapısal Değişikliklerde Bulunulması

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımı olarak TTK m. 202'de hükme bağlanan diğer hal ise hâkim şirketin haklı bir gerekçe olmaksızın bağlı şirketi onun ortaklık düzeninde, hukuki ve finansal yapısında değişiklikler yapmaya sevk etmesidir⁷⁰¹. Bu bağlamda madde metninde özel olarak belirtilen işlemler birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi yapısal değişiklikler ve menkul kıymet çıkarma olarak belirlenmiştir (TTK m. 202/2). Bu işlemlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili kararlar alınırken hâkim şirketin veya teşebbüsün, bağlı şirketin yönetim kurulu veya genel kurulunda sahip olduğu oy gücüne dayanarak hâkimiyeti kötüye kullanmış olması şarttır. Yani hâkim teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu oy gücünü tek başına kullanarak söz konusu kararı bağlı şirketin genel kurulunda aldırabilme kabiliyetine sahip olması gereklidir⁷⁰². Bu suretle bizzat bağlı şirketin ve onun pay sahiplerinin zararına yol açacak yapısal kararların alınması TTK m. 202/2

⁶⁹⁸ Bkz. Aşa. s. 248.

⁶⁹⁹ *Göktürk* de fiili organın bağlı şirketin bir organı olmaktan ziyade topluluğun bir organı olarak değerlendirilmesi yönündeki çekincelerini ifade ederek, TTK m. 201'de hükme bağlanan hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklı sorumluluğun Türk hukuku açısından haksız fiil ve fiili organın sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir. *Göktürk*, s. 199 vd.

⁷⁰⁰ Yetkiye ilişkin ihtilafın değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. YRG. 11. HD. E. 2016/12401, K. 2016/9560 ve 14.12.2016 tarihli karar.

⁷⁰¹ *Tekinalp*, Sermaye, s. 660.

⁷⁰² *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar II, s. 798

gereğince hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması olarak hüküm altına alınmıştır⁷⁰³. Alman hukukunda yer almayan bu hüküm TTK şirketler topluluğu hukukuna özgü bir düzenlemedir. TTK m. 202/1’de düzenleme altına alınan hususlar bağlı şirketin faaliyetlerinin yürütülmesiyle alakalı konuları içerdiğinden yönetim kurulu tarafından yapılacak iş ve işlemleri ilgilendirmektedir. TTK m. 202/2 ise yapısal değişiklikleri konu edindiğinden genel kurul tarafından alınabilecek kararlarla ilgili düzenleme getirmektedir⁷⁰⁴.

2.3.3.1.1.2.1. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılığın en temel sebebi bağlı şirketin bir yararı olmamasına rağmen TTK m. 202/2’de belirtilen kararların hâkim şirket tarafından aldırılmış olmasıdır. Dolayısıyla bahsi geçen kararların alınmasında hâkim şirket açısından haklı sebep oluşturacak bir yararın olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Burada önemli olan bağlı şirket açısından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebin olup olmadığıdır. Dolayısıyla alınan kararların ne şekilde bağlı şirkete bir yarar sağladığı veya bir kayıp veya zararı engellediği paysahiplerine somut olarak izah edilemiyorsa hukuka aykırı olduğu kabul edilir⁷⁰⁵. Bununla birlikte söz konusu kararların ciddi sayılabilecek nitelikte sonuçlar doğurması icap eder. Bu bağlamda bahse konu işlem bağlı şirket menfaatlerine önemli derecede aykırılık gösteriyorsa veya paysahiplerinin menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı bir suretle zedeliyorsa TTK m 202/2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir⁷⁰⁶.

2.3.3.1.1.2.2. Hukuki Sonuçları: Tazminat ve Payların Satın Alınması Davası

Yukarıda belirtildiği üzere hâkimiyetin kötüye kullanılarak haklı bir sebep olmaksızın bağlı şirketin yapısal dengelerini bozacak işlemler yapılması halinde bağlı şirket paysahiplerinin birtakım talep ve dava hakları doğmaktadır. TTK m. 202/2’de özel olarak belirtilen hukuka aykırı işlemler sebebiyle bağlı şirket paysahipleri doğrudan hâkim şirket veya teşebbüse karşı dava açarak zararlarının tazminini veya paylarının satın alınmasını talep edebilir. Bunun için öncelikle sakıncalı işlemlerin temelini oluşturan genel kurul kararına ret oyu verip tutanağa geçirtmiş veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz etmiş olmalıdırlar. TTK m. 202/1’de hükme bağlanan alternatif çözümlü davadan farklı olarak burada davacının

⁷⁰³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 796; Tekinalp, Sermaye, s. 660.

⁷⁰⁴ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 297.

⁷⁰⁵ Tekinalp, Sermaye, s. 660.

⁷⁰⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 313.

tazminat veya satın alma taleplerinden birini seçmesi gerekmektedir. Benzer şekilde davayı gören mahkemenin de resen tazminat yerine payların satın alınmasına karar verme yetkisi yoktur⁷⁰⁷.

TTK m. 202/2’de hükme bağlanan davanın şartları şu şekilde belirtilebilir⁷⁰⁸:

- 1) Madde metninde belirtilen işlemlere ilişkin bir genel kurul veya yönetim kurulu kararı bulunmalıdır;
- 2) Kararın bağlı şirket açısından haklı bir gerekçesi olmamalıdır;
- 3) Kararın alınmasıyla hâkimiyetin kullanılması arasında bir bağ olmalıdır;
- 4) Kararın bağlı şirket pay sahiplerini zarara uğratacak nitelikte olması gerekmektedir.

Birinci şartla ilgili olarak kanun maddesinde geçen “gibi” kelimesinden de anlaşılacağı üzere burada ismen zikredilen işlemler tahdidi olarak sayılmamıştır. Ancak *Tekinalp*’in de belirttiği gibi konu yönünden bir sınırlandırma olduğu kanun koyucunun yaklaşımından anlaşılmaktadır. Yani ismen zikredilen işlemler yoluyla olmasa dahi şirketin mali, hukuki ve ortaklığa ilişkin yapısını esaslı bir şekilde değiştirme veya şirketi tamamen ortadan kaldırma sonucunu doğuran işlemlere ilişkin kararlar TTK m. 202/2 kapsamına girmektedir. Buna göre alınan kararın konusu bağlı şirketin yapısının veya esas sözleşmesinin değiştirilmesine, şirketin feshine veya menkul kıymet çıkarılmasına ilişkin olmalıdır⁷⁰⁹. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus hukuka aykırı sayılan bu nitelikteki kararların alınması hâkimiyetin kullanılmasının bir sonucu olmalıdır. Bunu araştırırken şirket kayıtlarından hâkim şirket veya teşebbüsün sahip olduğu oy gücünü kullanıp kullanmadığını tespit etmek zor olmayacaktır⁷¹⁰. Madde metninde bahsi geçen davaların açılabilmesi için alınan kararların zarar verecek nitelikte olması yeterlidir. Yani pay sahiplerinin fiilen zarara uğramış olması şart değildir. Alınan kararlar

⁷⁰⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 799; **Tekinalp**, Sermaye, s. 662.

⁷⁰⁸ **Tekinalp**, Sermaye, s. 663.

⁷⁰⁹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 663. TTK m. 202/2’de ayrıca yönetim kurulu kararlarıyla alakalı olarak “*ve benzeri konulardaki*” şeklinde kullanılan ifade de daha geniş bir yorum imkânı tanımaz. Yukarıda işaret edilen konularla aynı sonucu doğurabilecek benzer konular da kapsama altına alınmak istenmektedir.

⁷¹⁰ **Tekinalp**, Sermaye, s. 664.

sebebiyle somut olarak zarar tehlikesinin ortaya çıkmış olması da yeterlidir⁷¹¹. Zarar fiili zarar veya kazanç kaybı şeklinde olabilir. Doğrudan veya dolaylı zarar şeklinde de ortaya çıkabilir⁷¹².

TTK m. 202/2’de öngörülen tazminat veya payların satın alınması davası açıldığında mahkeme davacıların muhtemel zararlarını veya payların satın alma değerini karşılayan tutardaki paranın teminat olarak, mahkemece belirlenecek bir bankaya mahkeme adına yatırılmasına karar verir. Teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz (TTK m. 202/3).

TTK m. 202/2 gereğince açılacak davalarda sorumluluğun kaynağı Türk Borçlar Kanunu’nun 49 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümleridir. Zira davacı bağlı şirket pay sahibi ile davalı hâkim şirket arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmamaktadır⁷¹³. Payların satın alınması davasının niteliğiyle ilgili olarak bu davanın bir eda davası olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Davanın kabulü halinde mahkeme öncelikle TTK m. 202/2’de benimsenen usule göre payların değerini tespit etmeli ve sonrasında payların hâkim ortaklık tarafından bu bedel karşılığında satın alınmasını emreden bir karar vermelidir⁷¹⁴.

Aslında TTK m. 202/2’de düzenlenen yapısal değişikliklere ve hatta şirketin feshine kadar gidecek ciddiyette kararların hâkimiyet kullanılarak aldırılması bağlı şirket alacaklılarını da olumsuz olarak etkileyebilir⁷¹⁵. Buna rağmen kanunda alacaklıların korunmasına yönelik herhangi bir önlem alınmamıştır. Mevcut şartlar altında alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir⁷¹⁶. Bu görüşe katılmakla birlikte, alacaklılar şartları dâhilinde haksız fiil ve yöneticinin sorumluluğu kapsamında da topluluk hâkimine müracaat edebilmelidir⁷¹⁷.

2.3.3.1.2. Tam Hâkimiyet Halinde Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması ve Sonuçları

TTK m 203/1’e göre tam hâkimiyet, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının tamamına sahip olunmakla kurulur⁷¹⁸. Topluluk hâkimi şirket veya teşebbüsün bağlı şirketi kayba uğratacak talimatlar verme yasağı tam hâkimiyet hali için geçerli

⁷¹¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 315.

⁷¹² Tekinalp, Sermaye, s. 664.

⁷¹³ Tekinalp, Sermaye, s. 665.

⁷¹⁴ Tekinalp, Sermaye, s. 665.

⁷¹⁵ Demirtaş, Nevzer Sebla, **Bağlı Şirketin Borçlarından Dolayı Hâkim Şirketin Sorumluluğu**, Basılmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019, sh. 138.

⁷¹⁶ Daylık Yıldırım, s. 73.

⁷¹⁷ Genel hükümler kapsamındaki bu başvuru yollarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 227.

⁷¹⁸ Tam hâkimiyet kavramı için bkz. Yuk. s. 146.

değildir. Tam hâkimiyet halinde hâkim şirketin bağlı şirkete bağlayıcı emirler vermesine cevaz verilmiştir. Ancak bu yetkinin de birtakım sınırları bulunmaktadır. Ayrıca bu yetkinin kullanımından kaynaklanan kayıp ve zarar sebebiyle TTK'nın alacaklılara tanıdığı bazı talep ve dava hakları da vardır.

2.3.3.1.2.1. Bağlayıcı Talimat Verme Yetkisi ve Sınırları

Tam hâkimiyet halinde bağlı şirketin organları topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları çerçevesinde verilen talimatlara kayba sebep verebilecek nitelikte olsa dahi uymak zorundadır (TTK m. 203)⁷¹⁹. Dolayısıyla bu yetkinin ilk sınırı talimatın “*topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları*” kapsamında verilen bir talimat olmasıdır. Buna göre topluluk hâkimi genel kural olan topluluk menfaatini gözetme yükümlülüğüne uygun bir şekilde keyfilikten uzak bir hâkimiyet uygulaması geliştirmelidir. Belirlenmiş ve somut politikalar topluluk hâkiminin bireysel menfaatlerini değil topluluğun genel yararını dikkate alan bir yaklaşıma göre şekillendirilmelidir. Bunların varlığı ve ortaya çıkış şekli somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda genel kurul kararları, yönetim kurulu kararları, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporlarında belirtilen hedefler ve sair kurumsal nitelikteki açıklamalar bu politikaları ortaya koyabilir. Ortak bir strateji üzerinde yapılandırılmış bu politikaların ortak hedefleri göstermesi gerekir. Bunların mutlaka çok önceden belirlenmiş ve değişmez olması gerekmemektedir⁷²⁰.

Madde metninde bahsi geçen tam hâkim ortak doğrudan doğruya bağlı ortaklık üzerinde hâkimiyet kurmuş olan ortaklıktır. Dolayısıyla çok katmanlı topluluklarda en tepede bulunan topluluk hâkiminin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği; en tepede bulunan ana hâkimin talimat verme yetkisinin olup olmadığının tartışmalı olduğu belirtilmektedir⁷²¹. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği gibi uygulamadaki gerçeklik dikkate alındığında bütün gruba hâkim olan en tepedeki ana şirketin talimat yetkisini kullanamayacağını kabul etmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira fiili olarak en tepede bulunan ana şirket de tam hâkimiyet sahibidir. Ayrıca TTK m. 203'te topluluk menfaati kavramının “*topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları*”na atıfta bulunularak vurgulanması da bu yaklaşımı desteklemektedir⁷²². Dolayısıyla böyle bir durumda hem topluluk hâkiminin hem de bağlı şirkete doğrudan tam hâkim olan ara hâkim şirketin verdiği talimatlar TTK m. 203 kapsamında bağlayıcı olacaktır.

⁷¹⁹ Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 698.

⁷²⁰ Avcı, s. 708, 710.

⁷²¹ Tekinalp, Sermaye, s. 667.

⁷²² Tekinalp, Sermaye, s. 668.

Somut ve belirlenmiş politikalarla uyumlu olma dışında Kanun'un benimsediği diğer bir sınır bağılı şirketin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmemek şeklinde ifade edilebilir. Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez (TTK m. 204). *Okutan Nilsson* bu şartı bağılı şirketin iflasa sürüklenmemesi şeklinde yorumlamaktadır. Böyle bir şartın öngörülmesindeki asıl amaç alacaklıların korunmasıdır. Buna göre bağılı şirketin alacaklısının olmadığı bir durumda bu şart anlamını yitirmektedir. Yazar bu bakış açısıyla bağılı şirket alacaklılarının haklarının temin edilmesi halinde bu şirketin önemli varlıklarını kaybetmesine yol açacak nitelikte talimatların verilebileceğini savunmaktadır. Esasında bir girişimci olan tam hâkim ortağın, şirketi feshetme hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın kullanımıyla aynı sonuçları doğuracak bir hâkimiyet uygulaması alacaklılara bir zarar vermiyorsa veya hiç alacaklı yoksa bağılı şirketin varlığını tehlikeye düşürebilecek talimatlar verilebilir. Bu düzenlemeyle, bağılı şirket tüzel kişiliğinin korunmasından ziyade, alacaklılar açısından bir güvence olan bağılı şirket malvarlığının ortadan kaldırılmasına engel olma amaçlanmıştır⁷²³.

Tam hâkimiyet haline özgü olmak üzere tanınan istisnai nitelikteki bu düzenlemelerin sebebi TTK m. 203'ün gerekçesinde gerçek düzen ve dogmatik düzen çelişkisini ortadan kaldırma olarak belirtilmiştir. Kanun koyucuya göre tam hâkimiyet söz konusuysa bağılı şirket yönetim kurulu üyeleri hâkim şirket tarafından atanmış yöneticilerdir. Dolayısıyla hukuken bağılı şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin olması gerçekte onun bağımsız bir iradeyle yönetildiği anlamına gelmemektedir. Zira uygulamada tam bağılı yönetim kurulu üyelerinin hâkim şirket veya genel olarak topluluk politikaları dışına çıkması mümkün değildir. Aksi takdirde işlerini kaybedebilirler⁷²⁴. Tam hâkimiyet altındaki bağılı şirket yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer bu nitelikte talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar (TTK m. 205).

Bu bağlamda bize göre kanunun kısmi hâkimiyet – tam hâkimiyet şeklinde yapmış olduğu ayrımı sadece pay sahipliği oranlarına dayandırması ve sadece %100 paysahipliğine tam hâkimiyete ilişkin sonuçlar bağlaması doğru olmamıştır. Kanun'un gerekçesinde böyle bir orana sahip topluluk hâkimine karşı bağılı şirket yönetim kurulunun bağımsız bir yönetim kurulu gibi davranamayacağı, onun müdahalelerine karşı çıkamayacağının kabul edilmesinin gerçekçi bir tercih olduğu ifade edilmektedir. Aynı gerekçe kısmi hâkimiyete sahip olmakla birlikte

⁷²³ *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 426.

⁷²⁴ TTK Gerekçe, 142

hâkimiyetini fiili olarak güçlü bir şekilde uygulayan topluluk hâkimleri için de söz konusu olabilir. Kısmi hâkimiyet altındaki bağlı şirket yönetim kurulundan, topluluk hâkiminden gelen müdahaleleri denetlemesini ve yönlendirmenin sınırını aşarak talimat olarak değerlendirilebilecek yönlendirmeleri reddetmesini beklemek gerçekçi değildir⁷²⁵. Hatta uygulamada çoğu topluluk yapısında ortak yöneticiler görev almaktadır. Hâkim ortaklığın yöneticileri aynı zamanda bağlı ortaklıkların da yöneticisi olabilmektedir. Dolayısıyla hâkimiyet uygulamalarının ne derece yaygın, sürekli ve etkili olduğunu dikkate almayan, sadece pay sahipliğine odaklanan böyle bir ayrımın gözden geçirilmesine ihtiyaç vardır.

2.3.3.1.2.2. Tazminat Davası

Tam hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratabilecek talimatlar verebilme yetkisine sahip olması onun meydana gelen kayıptan dolayı sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir. Aksine böyle bir sebepten dolayı bir kayıp meydana gelmişse denkleştirme yoluyla hâkim şirket ve yöneticilerinin kaybı ortadan kaldırmaları gerekmektedir⁷²⁶. Eğer bu kayıp fiilen denkleştirilmez veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir talep hakkı tanınmaz ise zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilir (TTK m. 206)⁷²⁷.

Bağlı şirket üzerinde tam hâkimiyet kuran topluluk hâkiminin, denkleştirme şartına bağlı, genel hükümlere göre daha avantajlı ve imtiyazlı bu sorumluluk rejiminden faydalanabilmesi için talimatlarının TTK m. 203 ve 204’de belirlenen sınırlar dâhilinde olması gerekir⁷²⁸. Bu madde hükümlerine göre talimat topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmalı; ancak, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte olan bir seviyeye ulaşmamalıdır. Bu sınırlar kapsamında verilen talimat sonucu tam hâkimiyet altındaki bağlı şirket kayba uğrarsa bunun denkleştirilmesi; aksi durumda, tazmini esasına dayanan TTK sorumluluk rejimi uygulanacaktır. Bu sınırları aşan talimatlardan kaynaklanan zarar ve tazmini konusunda ise bir görüş birliği bulunmamaktadır. *Tekinalp* ve *Çamoğlu* bu durumda da alacaklıların TTK m. 206 gereğince tazminat davası açabilecekleri; bu davaya TTK m. 202/ 1(e) hükmünün kıyas yoluyla

⁷²⁵ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 369.

⁷²⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 427.

⁷²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 807-809.

⁷²⁸ Bir önceki başlık altında bu sınırlar detaylı bir şekilde tartışılmıştır.

uygulanacağı görüşündedir⁷²⁹. Bu görüşe göre tam hâkim topluluk hâkiminin kanuni sınırlar içindeki talimatlarıyla, kanunun yasakladığı tarzda talimatları arasında bir fark görülmemektedir. Her ikisi de aynı müeyyidelere tabidir. Buna göre alacaklının TTK m. 206 gereğince açacağı dava sonucunda bağlı şirketin zararı yine bağlı şirkete ödenmelidir. Denkleştirme için öngörülen süre içerisinde veya bunun bitiminde açılan dava devam ederken, TTK m. 204’de belirtilen tehlike gerçekleşmiş ve bağlı şirketin varlığı sona ermişse elde edilen tazminatın nasıl bağlı şirkete ödeneceği; bir ihtimale göre bağlı şirketin ihyası halinde davayı açan alacaklının TTK m. 556 gereğince öncelikli olarak faydalanabileceği bir artı değer kalıp kalmayacağı gibi hususlar muallaktadır. Buna karşılık *Okutan Nilsson* TTK m. 203 ve 204’de belirtilen sınırları ihlal eden bir talimat uygulamasının, denkleştirme sistemini uygulanabilir olmaktan çıkaracağı görüşündedir. Yazar’a göre alacaklılar denkleştirme beklemeden doğrudan topluluk hâkimine müracaat ederek zararlarının tazminini talep edebilirler⁷³⁰. Bize göre de Kanun’un öngördüğü sınırları ihlal eden talimatlardan kaynaklanan bir zarar söz konusuysa TTK özel hükümleriyle getirilen sorumluluk rejimi uygulanabilir değildir. Ancak kanaatimizce bu durumda alacaklı genel hükümlere dayalı olarak kendi zararının yine kendisine ödenmesi için topluluk hâkimine müracaat edebilir⁷³¹. Özellikle TTK m. 204’de ifade edildiği üzere varlığını tehlikeye düşürecek bir talimat sonucunda, bağlı şirketin hukuki varlığı sona ermişse alacaklıyı, denkleştirme için tanınan sürenin sonuna kadar bekletmek ve bu süre sonunda TTK m. 206 gereğince dava açmaya zorlamak tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Böyle bir durumda bağlı şirket alacaklısı bir sonraki bölümde ele aldığımız yollara müracaat ederek doğrudan topluluk hâkiminden talepte bulunabilmelidir. TTK özel hükümleriyle kurulan sorumluluk rejimi, topluluk menfaati kavramını göz önünde bulunduran; bunun bir gereği olarak bağlı şirketlerin varlığını gözetten bir topluluk hâkiminin yararlanabileceği imtiyazlı bir sorumluluk rejimidir⁷³². Sorumluluklarının

⁷²⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 808; **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 21 dn. 1.

⁷³⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 429. Yazar kanuni sınırlar içerisinde kalan talimatlardan kaynaklanan kayıp sebebiyle TTK m. 206 gereğince dava açan alacaklıların da yine kendi zararlarının kendilerine ödenmesini talep edebilecekleri görüşündedir. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 434.

⁷³¹ **Göktürk**, s. 275 vd.; **Özsu**, s. 122, 123.

⁷³² Genel hükümlere kıyasla TTK özel hükümleriyle getirilen sorumluluk rejimini, topluluk hâkimi açısından imtiyazlı kılan çok önemli avantajları vardır. Her şeyden önce denkleştirme imkânı bu rejimin sağladığı en önemli avantajdır. İlk olarak bu sayede topluluk hâkimi, o hesap yılı sonuna kadar zaman kazanmaktadır. Bunun dışında topluluk hâkimi bağlı şirketin kaybını fiilen denkleştirmek zorunda değildir. Denk bir talep hakkı sağlamak yoluyla da denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirebilir. Üçüncü olarak denkleştirme yoluyla topluluk hâkimine, topluluk kaynaklarını, topluluğun bünyesinde muhafaza ederek sorumluluktan kurtulma imkânı sağlanmaktadır. Topluluk hâkimi adeta kaynaklarını bir cebinden alıp diğerine aktarmaktadır. Denkleştirme gibi bir imkân olmasaydı; bağlı şirket alacaklısı doğrudan genel hükümlere dayanarak topluluk hâkimine müracaat edebilseydi, topluluk hâkimi dava masrafları ve sair ek masraflarla daha da külfetli hale

gereğini yerine getirmeyen hâkim ortaklıklar bu imtiyazlı rejimin avantajlarından faydalanamamalıdır.

Alacaklı, TTK m. 203 ve 204 ile çizilen sınırları aşmayan talimatlar sebebiyle meydana gelen kaybın denkleştirilmemesi sonucunda doğan zarar için TTK m. 206'da öngörülen tazminat davası yoluna gidebilir. Bu dava esasında TTK m. 202'de öngörülen davaların bir devamı niteliğindedir. Ancak tam hâkimiyet haline özgü ayrı bir düzenleme yapılması bu halin kendine özgü özelliklerinin bir sonucudur. Mesela TTK m. 206 gereğince açılacak tazminat davasını TTK m. 202'dekinden farklı olarak sadece bağlı şirket alacaklıları açabilir. Zira tam hâkimiyet kurmuş olan hâkim şirket aynı zamanda ortak sıfatını haiz olduğu için kendi kendine dava açması mantıklı değildir.

Tazminata hükmedilmesi halinde bunun kime ödeneceği meselesi tartışmalıdır. *Tekinalp*, buradaki tazminat davasının TTK m. 202'de öngörülen tazminat davasına benzer olduğunu, dolayısıyla dava sonucunda hükmedilecek tazminatın davayı kazanan alacaklıya değil bağlı şirkete ödeneceğini belirtmektedir⁷³³. Buna karşılık *Akın* ve *Okutan Nilsson* tazminatın doğrudan alacaklıya ödenmesi gerektiği görüşündedir. *Akın*, burada bağlı şirketin paylarının tamamının hâkim şirkete ait olması ve bağlı şirket yönetiminin tamamen hâkim ortaklık tarafından belirleniyor olması sebebiyle alacaklıların açacakları tazminat davasında şirketin değil kendi zararlarının tazminini talep edebileceklerini ifade etmektedir. Yazar bu görüşünü desteklemek için haklı olarak tam hâkimiyet durumunda bağlı şirket ile topluluğun menfaatlerinin ortak olması sebebiyle, zararın tazmininin kontrol altındaki bağlı şirkete yapılmasının alacaklıların zararını gidermeyeceği gerekçesini ileri sürmektedir⁷³⁴. *Okutan Nilsson* da TTK m. 206'da öngörülen tazminat davasının konusunun TTK m. 202'den farklı olarak bağlı şirketin zararının bu şirkete ödenmesi değil alacaklının zararının alacaklıya ödenmesi olduğunu ifade etmektedir⁷³⁵.

Konuyla ilgili hüküm öngören TTK m. 206 metninde 202'nin aksine tazminatın kime ödeneceğiyle ilgili açık bir ifade bulunmamaktadır. Kısmi hâkimiyet açısından sorumluluğu düzenleyen TTK m. 202/1(c) bendinde açıkça alacaklıların da şirket iflas etmemiş olsa bile,

gelen bir borcu, çok daha kısa bir süre içerisinde, nakden, üçüncü kişilere ödemek durumunda kalabilecekti. Bu kadar önemli avantajları barındıran böyle bir imtiyazlı rejimden, sadece topluluk menfaati kavramıyla uyumlu bir hâkimiyet uygulaması geliştiren, sorumluluk sahibi kişiler yararlanabilmelidir.

⁷³³ *Tekinalp*, Sermaye, s. 671.

⁷³⁴ *Akın*, s. 319. Esasında kısmi hâkimiyet altında da aynı sorun söz konusudur. Kısmi hâkimiyet altındaki bir bağlı şirketin tam hâkimiyete nazaran daha az etki altında olduğunu kabul etmek gerçekçi değildir.

⁷³⁵ *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 434. *Şener* de bu davanın tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının özel bir hali olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla açıkça ifade etmese de o da alacaklının kendi alacağının kendisine ödenmesi amacıyla bu davayı açabileceği görüşündedir. *Şener*, s. 191.

şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilecekleri ifade edilmiştir. Tam hâkimiyet yönünden kanun koyucunun aksi bir tutum benimsediğini ifade etmek eldeki veriler ışığında pek de mümkün değildir. Öncelikle eğer kanun koyucu genel düzenleme olarak vazedilen TTK m. 202'deki yaklaşımından taban tabana farklı bir düzenleme getirmek isteseydi bunu açıkça belirtmesi gerekirdi. Zira şirketler topluluğunda sorumluluk meselesi ve özelde bir sorumluluk hükmü getiren TTK m. 202'deki zararın tazmini konusu bir topluluk içi sorumluluk meselesi (*innenhaftung*) olarak ele alınmıştır. TTK m. 202 dışında, TTK m. 195 ve devamı hükümlerde de bu yaklaşımın izleri görülebilmektedir. Hal böyleyken tam hâkimiyet söz konusu olunca kanun koyucunun bu yaklaşımı bir kenara bırakarak, bir dışa karşı sorumluluk (*außenhaftung*) rejimi benimsediğini iddia etmek açık bir düzenleme olmaması dikkate alındığında pek de mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan kanunun gerekçesinde başkaca dava açabilecek kimsenin olmaması sebebiyle alacaklılara dava hakkı tanındığı ifade edilmektedir. Zira şirketin tek ortağı davalı dışında dava açabilecek bir azınlık pay sahibi bulunmamaktadır. Bunun dışında tam hâkimiyet altındaki bir şirketin yönetim kurulundan üstü konumundaki hâkim ortaklığa dava açmasını beklemek gerçekçi değildir. Bu halde etkin bir şekilde bağlı şirketin haklarını ileri sürebilecek tek grup alacaklılar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu grubun dava açması da denkleştirme yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi şartına bağlanmıştır. Bu şart dahi kanun koyucunun bir iç sorumluluk yaklaşımını tam hâkimiyet için de benimsediği ve dolayısıyla önceliğinin bağlı şirket menfaatleri olduğunu ortaya koymaktadır⁷³⁶. Eğer alacaklının menfaatleri öncelenmiş olsaydı denkleştirmenin yapılmamış olması gibi bir şart aranmaksızın doğrudan dava hakkı tanınırdı; zira denkleştirmenin yapılması her zaman bağlı şirket alacaklılarının alacaklarını tamamıyla tahsil etmelerine imkân vermeyebilir⁷³⁷. Diğer taraftan aksi görüş için ileri sürülen gerekçeler tek kişilik anonim şirketler için de geçerlidir. Ancak hukuk düzeni bu nitelikteki anonim şirketlerde de alacaklının doğrudan kendi alacağını tek ortaktan talep edebilmesini mümkün kılmamıştır. TTK m. 206'da TTK m. 202'ye yapılan atıf da göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce buradaki davanın TTK m. 202'deki davanın bir benzeri olduğunu kabul etmek gerekir⁷³⁸.

⁷³⁶ Göktürk, s. 274.

⁷³⁷ Mesela topluluk hâkimi bağlı şirkete iki birimlik bir kayıp verdirmişken, bağlı şirketin alacaklıya olan borcu on birimse, topluluk hâkimine sebep verdiği kaybın ötesinde bir külfet yüklenmiş olacaktır. Göktürk, s. 274.

⁷³⁸ Yargıtay da tam hâkimiyetin söz konusu olduğu bir fiili toplulukla ilgili alacak davasında alacaklının ancak zararın bağlı şirkete ödenmesini talep edebileceğini belirterek bozma kararı vermiştir. Bkz. YRG. 11. HD., E. 2016/13783 K. 2018/5014 T. 9.7.2018: "...TTK 202/c,e fıkraları gereğince alacaklı olan davacı da bu hükümlere dayalı olarak dava dışı ... şirketinin yöneticileri olan davalıların sorumluluğuna gidebilir ise de bu

Diğer taraftan tam hâkimiyet için ileri sürülen gerekçeler kısmi hâkimiyette de mümkün olabilir. Yani topluluk hâkimi pay ve oy haklarının %100'üne değil %90 – 95'ine sahip olarak resmiyette kısmi hâkimiyet kurmuş ancak fiili olarak %100 pay sahibi gibi topluluğu sevk ve idare ediyor olabilir. Aynı sonuç %55 – 60 gibi nisbeten daha düşük oranlarda bile ortaya çıkabilir. Bu durumda yasal olarak tam hâkimiyet altındaki bağlı şirket alacaklısı doğrudan kendi alacağı için topluluk hâkimine müracaat edebilecekken fiili olarak aynı şekilde mağdur edilen bağlı şirket alacaklısı kısmi hâkimiyet olduğundan bahisle dışarıda bırakılacaktır. Böyle bir sonucun hakkaniyet duygularıyla bağdaşmadığı ortadadır. Diğer taraftan tam hâkimiyet – kısmi hâkimiyet arasında sorumluluğun niteliği noktasında bu kadar radikal bir ayrımın olduğunu kabul edecek olursak hiçbir topluluk hâkimi tam hâkim olmayı tercih etmeyecektir. Doğrudan bağlı şirket alacaklılarıyla muhatap olmamak için saman adamları düşük pay sahipliği oranlarıyla bağlı şirket ortağı yapmak ve fiili olarak tam hâkim gibi topluluğu sevk ve idare etmek daha mantıklı olacaktır.

Kusur meselesiyle ilgili olarak *Tekinalp* hâkim şirket açısından kusurun aranmayacağını ancak yöneticiler açısından tazminata hükmedilebilmesi için kusurun şart olduğunu ifade etmektedir⁷³⁹. Kanun'daki ifade tarzı da bu yaklaşımı desteklemektedir. Esasında yöneticilerden hangilerinin kayıptan sorumlu olduğunun tespiti kusura ilişkin bir araştırmayı gerektirmektedir.

Kusurlulukla ilgili olarak diğer bir önemli husus da TTK m. 206'daki TTK m. 202/1(d)'de düzenlenen kurtuluş beyyinesine yapılan atıftır. Dolayısıyla TTK m. 206 gereğince açılacak tazminat davalarında da bu davaya muhatap olanlar kayba sebebiyet veren talimatın, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetken ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da verilebileceğini ispat ederlerse tazminata hükmedilemez. Bunun yansıya başka bir kurtuluş beyyinesi bizzat TTK m. 206/2'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre davalılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler.

*davaya kıyas yoluyla TTK 553, 555, 557, 560, 561 maddeleri uygulanır. Davacı, davalılardan ... şirketinin kullandığı kredilere dava dışı ... şirketinin kefaletini almak suretiyle ... şirketinin zararına sebep olduğunu, borca batık hale getirdiğini iddia etmekteyse de iddianın ileri sürülüş biçimine göre meydana geldiği iddia olunan zarar dolaylı zarardır. Kıyas yoluyla uygulanabilecek anılan madde hükümlerine göre de **alacaklı ancak zararın şirkete ödenmesini talep edebilir.**”(koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir).*

⁷³⁹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 670.

2.3.3.2. Güvenden Doğan Sorumluluk

TTK m. 202 ve devamı maddelerinde düzenlenen hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması dışında hâkim şirketin topluluk sebebiyle sorumluluğunun söz konusu olabileceği diğer bir hal TTK m. 209'da hükme bağlanan topluluğun itibarına olan güvenden doğan sorumluluktur. İlk olarak İsviçre Federal Mahkemesinin 1994 tarihli *Wibru / Swissair* kararıyla gündeme gelen bu meseleyi yasal olarak düzenleme altına alan ilk ülke Türkiye olmuştur⁷⁴⁰.

⁷⁴⁰ TTK Gerekçe, sh. 143. *Wibru Holding AG gegen Swissair Beteiligungen AG* kararı için bkz. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf_%3A%2F%2F120-II-331%3Ade (Erişim tarihi: 20.02.2023). Güvenden doğan sorumluluk konusunda önemli tespitler içeren *Swissair, Omni-Holding ve Musikvertrieb AG / Motor-Columbus AG* kararlarıyla ilgili ayrıntılı bigi ve karar tetkikleri için bkz. Okutan Nilsson, Gül, “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 35 – 55 (**Okutan Nilsson**, Güvenden Doğan Sorumluluk). İsviçreli hukukçu *Fostmoser* şirketler topluluğunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin klasik oyun alanı olduğunu ifade etmekle birlikte, uygulamada mahkemelerin güvenden doğan sorumluluğa öncelik tanıdıkları tespitinde bulunmaktadır. Bkz. **Türkmen**, s. 679. Şu an itibarıyla böyle bir eğilim Türk hukukunda gözlemlenmemektedir. Türk mahkemeleri tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini yoğun bir şekilde uygulamaktadır. TTK m. 209 hükmüyle ilgili Yargıtay tarafından verilmiş sadece birkaç karar bulunmaktadır. Bu madde hükmünün uygulanması özellikle Soma maden faciasıyla ilgili davalarda gündeme gelmiştir. 301 kişinin ölümüne, 486 kişinin yaralanmasına yol açan bu olayla ilgili kararlarında Yargıtay, “güvenden doğan sorumluluğun” uygulanma şartlarını şu şekilde göstermektedir (YRG. 21. HD. E. 2018/59, K. 2018/458 ve 23.1.2018 tarihli karar): “TTK 209 düzenlemesi dikkate alındığında sorumluluğun şartları bakımından şunlar söylenebilir. ...bağlı ortaklığın sorumluluğu bir haksız fiile dayanıyorsa, bu halde hiçbir şekilde hâkim ortaklığın güven sorumluluğuna dayanılmaz. Çünkü bu tür sorumluluğun (güven sorumluluğunun) ortaya çıkması için, işlem temelli bir temas bulunması zorunludur” (Ayrıntılı bilgi için B.K.. Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2015/II, sf. 191-197). Söz konusu açıklamalarda da anlaşılabildiği üzere TTK. 209'nun söz konusu olayda uygulanması mümkün değildir. Çünkü öncelikle söz konusu olay bir haksız fiil sorumluluğudur. Yukarıda açıklandığı üzere haksız fiil sorumluluğuna dair olarak güven sorumluluğuna başvurulamaz. İkinci olarak taraflar arasındaki ilişki bir hizmet ilişkisidir ve hizmet ilişkilerinde söz konusu hükmün uygulanması mümkün değildir. Ayrıca söz konusu maddenin gerekçesine bakıldığında; “...Bu sebeple sorumluluğun merkez şartı, "itibarın kullanılması"dır. Kullanma yoksa sadece topluluğa "mensubiyet", sorumluluğu doğurmaz. 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.” denilmektedir. Doktrinde ise, “...Güvenden kaynaklanan sorumluluk deyince, sorumluluğun kaynağı, hâkim ortaklığın, topluluğa duyulan genel güveni kullanarak, karşı tarafta (yani bağlı ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişide) somut duruma dair bir takım inanç ve beklentiler uyandırması, ancak bunları karşılamaması ve karşı tarafı zarara uğratmasıdır. Yani burada soyut değil, somut güven korunmaktadır. Yoksa burada sorumluluğun kaynağı, toplumun ve tüketicilerin itibarlı ortaklık topluluklarına duyduğu, onların daima dürüst davranacaklarına, kaliteli hizmet sunacaklarına dair güven değildir. Dolayısıyla bağlı ortaklığın alacaklıları, hâkim ortaklığın, kendilerine yönelik özel ölçüde güven sağlamaya, somut beklenti uyandırmaya elverişli davranış ve açıklamalar olmaksızın, salt bağlı ortaklığın ticari itibarı yüksek bir ortaklıklar topluluğuna dâhil olması gerekçesine dayanarak ondan tahsil edemedikleri alacaklarını hâkim ortaklıktan talep edemezler.” (Ayrıntılı bilgi için B.K.. Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2015/II, sf. 191-197). Somut olayda... Holding'in davacılar ve kök murisine karşı böyle bir güven uyandırdığına dair herhangi bir somut veya soyut delil bulunmadığı gibi, dava ve beyan dilekçelerinde de bu yönde herhangi bir iddia dahi bulunmamaktadır. Bu sebeplerle bakımından TTK. 209'da düzenlenen Güven Sorumluluğuna dair talebin şartları oluşmadığından reddine karar verilmesi gerekmektedir. Ayrıca söz konusu davalının dosya içerisinde yer alan kusur raporundan anlaşıldığı üzere söz konusu olayın meydana gelmesinde herhangi bir sorumluluğu da bulunmadığı anlaşıldığından söz konusu davalı bakımından davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekmektedir.” TTK

Madde gerekçesinde TTK m. 209 hükmünün amacı hâkim şirketin toplumda ve daha dar bir çevre olan tüketicide yerleşmiş şirketler topluluğuna yönelik güveni kullanmasının sonuçlarını üstlenmesi olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu madde gereğince sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle TTK hükümlerine göre teşekkül etmiş bir şirketler topluluğuna, bu topluluğun toplum ve tüketici nezdinde güven seviyesine ulaşmış bir itibara sahip olmasına ihtiyaç vardır. Bu itibarın topluluk şirketleri tarafından kullanılması sorumluluğa sebebiyet verebilir⁷⁴¹.

Madde gerekçesinde yapılan açıklamalar TTK m. 209 gereğince hâkim şirketin sorumluluğuna müracaat edebilecek kişilerin uygulamada daha çok tüketiciler olacağı intibamı uyandırmaktadır. Özellikle şu ifadelerden itibarın geniş halk kitlelerinin görüşüne veya algısına göre belirlenebilen bir olgu olduğu anlaşılmaktadır⁷⁴²:

“Kullanılan topluluk adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükseltilmesinin temelinde, o topluluğun üyesi olan şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve her şeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni vardır.”

Bu yaklaşıma göre daha çok toplum nezdinde oluşmuş yaygın itibarın kullanımı bir sorumluluk doğurabilir anlamı çıkmaktadır. *Tekinalp* de madde metninde geçen “*toplumda itibar*” söyleminin itibarın yaygın olması gerekliliğine işaret ettiğini belirtmektedir. Bu bağlamda yazara göre yerel yani belirli bir bölge veya şehirle sınırlı itibarın TTK m. 209’un uygulanması için yeterli olmadığı görüşündedir. Buna mukabil eğer belirli bir tüketici grubu hedef alınmaktaysa yazara göre itibarın yaygın olması gerekli değildir⁷⁴³.

m. 209’un, Soma maden faciası bağlamı dışında uygulanmasıyla ilgili olarak Bkz. YRG. 11. HD., E. 2019/4830 K. 2020/4201 ve 19.10.2020 tarihli karar.

⁷⁴¹ TTK Gereke, sh. 143, 144.

⁷⁴² ABD hukukunda topluluk itibarına güvenden kaynaklanan sorumluluk ürün sorumluluğu (*product liability*) olarak nitelendirilmekte ve tüketici tarafından müracaat edilebilecek bir yol olarak görülmektedir. Son bölümde detaylı bir şekilde ele alacağımız işletme teorisinin (*single enterprise theory/liability*) bir uygulama alanı olarak gösterilen ürün sorumluluğunda topluluk hâkiminin kendisine bağlı şirketlerin ürettiği mal ve hizmetlerden kaynaklanan zararlardan dolayı bir kusuru olmasa dahi sorumluluğu yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir. Mesela *Vaughn v. Chrysler Corp.* kararı bu konuyla ilgili önemli bir mahkeme kararıdır (United States Court of Appeals, Tenth Circuit. 442 F.2d 619 1971). Dava konusu olayda topluluk hâkimi tarafından üretilen Dodge marka araç distribütör olan bir bağlı şirkete sevk edilmiştir. Bu bağlı şirket de satıcı olan kendi altındaki başka bir bağlı şirkete aracı göndermiştir. Son olarak araç davacıya satılmış; ancak, araçta bir arıza olduğu ve bunun üretimden değil satıcı konumundaki bağlı şirketin bir müdahalesinden kaynaklandığı anlaşılmıştır. Mahkeme üretimden kaynaklanan bir sebebe dayandırılmamasına rağmen satın alanın zararından dolayı ana şirketin de sorumlu olacağına hükmetmiştir. Hem distribütör hem de satıcı şirketler tipik perdeyi kaldırma davalarında gördüğümüz gibi kabuk şirket (*sham/shell company*) olarak adlandırılabilir nitelikte şirketler değildir. Kendi faaliyet alanları ve finansal ilişkileri bağlamında özerklikleri bulunan şirketlerdir. Buna karşılık grubun tüketici ve toplum nezdinde uyandırdığı güven ve itibar topluluk hâkiminin de sorumluluğuna gerekçe kılınmıştır. **Blumberg**, Corporate Groups, s.266.

⁷⁴³ **Tekinalp**, Sermaye, s. 674.

Bu açıklamalar ışığında kısaca tezimizin odağında yer alan bağlı şirket alacaklıları bu şartlar dâhilinde bu madde hükmünce topluluk hâkimine müracaat edebilecektir. Ancak bizim asıl inceleme konumuz topluluk hâkiminin, hâkimiyet uygulamalarından kaynaklanan sorumluluk halleri ve hükümleridir. Bu anlamda topluluk hâkimine toplum nezdinde oluşan güvenden kaynaklanan bu sorumluluk meselesi tezin inceleme alanı dışında kalmaktadır.

2.4. Değerlendirme

Bu kısımda TTK'nın özel hükümlerle çerçevesini çizdiği şirketler topluluğu hukukunun kısa bir değerlendirmesini yaparak sonuç itibariyle bağlı şirket alacaklıları için etkin bir koruma sağlayıp sağlamadığını tartışacağız.

Öncelikle şirketler topluluğunu kanuni düzenlemelerle bir hukuki çerçeveye bağlamadaki temel amacın topluluk içinde meydana gelebilecek menfaat çatışmalarını önleme adına ilgili menfaat grupları arasında adil bir denge kurmak olduğu ifade edilegelmektedir. TTK özel hükümlerinin de temel kaygılarından birisi budur. Öte yandan şirketler topluluğunu iktisadi hayatın artık reddedilemez bir gerçeği olarak tanıyan Kanun'un diğer bir amacı topluluk kaynaklarının verimli bir şekilde kullanımına imkân sağlayan bir yapı oluşturmaktır. Bunu sağlamanın en önemli şartı topluluğu sevk ve idare eden bir hâkimin varlığını ve bunun hâkimiyeti altındaki bağlı işletmelere müdahale hakkını tanıyıp düzenleme altına almaktır. Dolayısıyla koruma dışında Kanun'un diğer bir fonksiyonu da topluluk uhdesinde bulunan kaynakların verimli kullanımına imkân sağlayan bir çerçeve belirlemektir. Bu iki yönü itibariyle özel hükümlerle hem bir organizasyon hukuku hem de bir koruma hukuku hayata geçirilmiştir.

İncelememizin odağında bulunan husus daha çok bu hükümlerin koruma hukuku yönüdür. Bu özel hükümlerle getirilen koruma sisteminin en önemli amaçlarından biri topluluk tehlikesi kavramıyla ifade edilen riskin önlenmesidir⁷⁴⁴. Bu kavram topluluk hâkiminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini diğer topluluk şirketlerinin menfaatlerini dikkate almaksızın sorumsuzca kullanması ihtimalini ifade etmektedir. Bu tehlikeye karşı kanun ile topluluk hâkiminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini belirli sınırlar dâhilinde kullanabilmesi ilke olarak kabul edilmiş ve bu sınırlar düzenleme altına alınarak netleştirilmiştir. Buna rağmen topluluk hâkimi bu sınırlara uymamışsa devreye girecek birtakım telafi edici önlemlerin de kanunda düzenlenmesi

⁷⁴⁴ Topluluk tehlikesi kavramıyla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 156.

koruma sisteminin etkinliği için gerekli görölmüştür Dolayısıyla özel hüküm konumundaki şirketler topluluğuna ilişkin TTK hükümlerinin uygulanma yönünde bir önceliği vardır⁷⁴⁵.

2.4.1. Özel Hükümlerle Getirilen Koruma Sisteminin Etkinliği

2.4.1.1. Özel Hükümlerin Münhasır Uygulama Alanı Kapsamında

Yukarıda detaylı bir şekilde ele alınan TTK denkleştirme sistemi esasında topluluk hâkimi için imtiyazlı bir sorumluluk rejimi öngörmektedir; çünkü doğrudan ona başvurulmasının önüne geçmekte, kaybın meydana geldiği hesap yılı sonuna kadar topluluk hâkimine zaman kazandırmaktadır⁷⁴⁶. Topluluk bünyesine dâhil bağlı şirketin kaybı daha geniş ölçekte bir değerlendirme yapılırsa daha üstün bir menfaat elde etmek için topluluğun maruz kaldığı bir maliyet olarak da değerlendirilebilir. Diğer bir deyişle bu kayıp aslında topluluğun da kaybıdır. Elde edilen üstün menfaatin bir karşılığı olarak bu kaybın denkleştirilmesi topluluğun da yararınadır; çünkü topluluk kaynakları yine bu yapı bünyesinde kalacak bir şekilde sadece el değiştirecektir. Diğer türlü böyle bir denkleştirme imkânı söz konusu olmasaydı, bağlı şirket alacaklıları genel hükümler kapsamında veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini ileri sürerek kendi zararlarının tazmini için doğrudan hâkim ortak konumundaki topluluk hâkimine müracaat edebileceklerdi. Özel hükümler sayesinde topluluk hâkimi bu tehlikeyi önleyebilmektedir. Dolayısıyla kaybın zarara dönüşerek daha külfetli bir hal almasını engellemede topluluk hâkiminin menfaati vardır. Üstelik bunu herhangi bir ödeme yapmaksızın sadece denk bir istem hakkı tanıyarak da yapabilir (TTK m. 202/1 (a-son cümle)). Dahası Kanun denkleştirmenin yapılabileceği zaman aralığı açısından da topluluk hâkimine önemli bir kolaylık tanımaktadır. Denkleştirme kaybın meydana geldiği faaliyet yılı içinde kalmak kaydıyla geniş bir zaman aralığı içerisinde yapılabilir.

Topluluk hâkimine böyle önemli avantajlar sağlayan TTK hükümleriyle oluşturulmuş imtiyazlı sorumluluk rejiminin münhasır uygulama alanı sınırlı bir çerçeveye sahiptir. Kanun sadece topluluk hâkiminin bağlı şirketleri topluluk menfaatini gözeterek kayba uğratması ve bu kaybı denkleştirmemesi sonucunda bir zararın ortaya çıkması durumuyla sınırlı bir sorumluluk rejimidir öngörmektedir⁷⁴⁷. Bu bağlamda TTK özel hükümlerinin münhasıran uygulama yeri bulacağı alan, kapsam olarak oldukça dardır. Sadece topluluk menfaati gözetilerek yapılan

⁷⁴⁵ Akın, s. 170.

⁷⁴⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 227; Ayhan/Çağlar /Özdamar, s. 696.

⁷⁴⁷ Daylık Yıldırım, s. 72.

müdahaleler sebebiyle meydana gelen kayıpların yol açtığı zararlar bu imtiyazlı rejim kapsamında dava konusu edilebilir. Topluluk hâkiminin bu kapsamı aşan müdahaleleri sebebiyle ortaya çıkan bir zarar söz konusuysa bu durumda da özel hükümlerin münhasıran uygulanması gerektiği ifade edilemez; çünkü Kanun'un öngördüğü sınırlara uymayan bir topluluk hâkiminin hala bu imtiyazlı sorumluluk rejiminden faydalıyor olması Kanun koyucunun iradesiyle uyumlu, adil bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla topluluk menfaati kavramıyla bağdaşmayan, hukuk dışı müdahalelerden kaynaklanan bir zarar söz konusuysa alacaklılar, özel hükümler dışında, genel hükümler ve diğer alternatif başvuru yollarına da müracaat edebilmelidir.

Özel hükümlerin münhasır uygulama alanını belirleyen topluluk menfaati kavramı, kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu fiili topluluklar için düzenlemeler getiren TTK m. 202/1,2'deki hükümlerde hâkimiyetin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanılmaması ve haklı gerekçe olmaksızın yapısal değişikliklere gitmeye zorlanmaması şeklinde formüle edilmiştir. TTK m. 202/1'de belirtmek istenen esasında topluluğun üstün menfaati için bağlı şirketin kayba uğratılması söz konusuysa bunun telafi edilmesi ve bu suretle bağlı şirketin varlığının devamının temini gerekliliğidir. Denkleştirilebilme imkânı ancak topluluk menfaati gözetilerek yapılan müdahaleler için tanınmıştır. Diğer bir deyişle topluluk hâkimi, bağlı şirkete bir müdahalede bulunarak kayba uğratmış; ancak bunun karşılığında topluluk genel olarak bir menfaat elde etmişse, topluluk menfaatinin varlığı sayesinde denkleştirme imkânına başvurarak bağlı şirket ve paydaşlarına karşı doğrudan sorumlu olma tehlikesinden kurtulabilmektedir. Bu bağlamda denkleştirme bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir imkândır. Topluluk menfaatinin varlığı bu imkânı mümkün kılar; diğer bir söyleyişle yükümlülüğün varlığını ortadan kaldırmaz⁷⁴⁸. Aksine topluluk menfaatinin varlığı imtiyazlı sorumluluk rejiminin uygulanabilir olmasını sağlar. Dolayısıyla topluluk menfaati sorumluluktan kurtaran bir durumdan ziyade daha lehe hükümlerin uygulanmasını sağlayan bir imkân olarak değerlendirilmelidir⁷⁴⁹. Topluluk menfaati kapsamında değerlendirilemeyen, topluluk hâkiminin böyle bir gerekçeye dayandıramadığı müdahaleler sonucu ortaya çıkan bir zarar söz konusuysa bu doğrudan sorumluluğa kapı aralayan hukuka aykırı bir durumdur⁷⁵⁰. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde, bağlı şirket alacaklısından her hâlükârda denkleştirme sistemine dayalı, topluluk hâkimi için önemli avantajlar sağlayan bu sorumluluk rejimiyle iktifa etmesi beklenemez.

⁷⁴⁸ Göktürk, s. 95.

⁷⁴⁹ Özcanlı, s. 10.

⁷⁵⁰ Göktürk, s. 120

Topluluk hakminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini topluluk menfaatini gözeterek kullanma yükümlülüğü tam hâkimiyet haliyle ilgili olarak da geçerlidir⁷⁵¹. Topluluk hâkiminin müdahale uygulamalarının yöneltmeyle sınırlı olduğu kısmi hâkimiyetten farklı olarak tam hâkimiyette, topluluk hâkimine doğrudan bağlayıcı talimatlar vererek bağlı şirketleri yönetme yetkisi tanınmaktadır. Bu sebeple olsa gerek, Kanun topluluk menfaatinde ne anlaşılması gerektiğini somut olarak TTK m. 203 ve 204'te göstermiştir. Bu madde hükümlerine göre, topluluk hâkimi topluluğun önceden belirlenmiş, somut politikaları kapsamında kalmak kaydıyla bağlı şirkete talimat verebilir; bununla birlikte bu şartı taşıyor olsa dahi talimatlarıyla bağlı şirketin ekonomik varlığını tehlikeye atacak adımlar atamaz⁷⁵². Aslına bakılırsa bu şartlar yukarıda değindiğimiz *Rozenblum* doktrini çerçevesinde topluluk yararını tanımlayan unsurlardandır. TTK m. 203'ün gerekçesinde de bu hususa açıkça yer verilmiştir⁷⁵³. *Rozenblum* doktrinini tek cümlede özetlemek gerekirse; topluluk menfaati kavramının kabulü için yeterince yapılandırılmış bir topluluğun mevcudiyeti yanında, bir topluluk politikasının belirlenmiş olması ve topluluk çıkarlarıyla bireysel çıkarlar arasındaki dengenin gözetilmiş olması aranmaktadır⁷⁵⁴. Bu unsurlara tek tek bakıldığında hepsinin aynı amaca hizmet ettiği görülebilir. Bu amaç, topluluk hâkiminin menfaatiyle topluluğun genel menfaati arasında bir ayrıma gitmek ve bu suretle keyfi müdahalelere engel olarak bağlı şirketlerin ekonomik varlığını korumak olarak ifade edilebilir. Bu amaç bir yerde şirketler topluluğu şeklinde ifade edilen yapının varlığını temin eden bir içeriğe sahiptir; çünkü bağlı şirketlerin tamamen topluluk hâkimine hizmet eden araçlar haline geldiği bir yapı, şirketler topluluğu olarak nitelendirilemez. Böyle bir yapı olsa olsa şirketler topluluğu görünümü tek şirket veya işletmedir. Mevcut TTK hükümlerine bakıldığında kanun koyucunun böyle bir yapıya cevaz vermediği rahatlıkla görülebilir. Bu sebeple böyle bir yapılandırmanın hukuka aykırı olduğu ifade edilebilir.

Bu açıklamalar ışığında, topluluk menfaati yapısal sonuçları olan, kurucu niteliği haiz bir kavram olarak değerlendirilebilir. Bir topluluk politikasının varlığı da bu sebeple önemlidir.

⁷⁵¹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 423.

⁷⁵² Bu sınırları aşan talimatlardan kaynaklanan zararlar açısından imtiyazlı sorumluluk rejimi uygulanabilir değildir. Dolayısıyla denkleştirme sistemi bu tip zararlar için devreye girmez. Alacaklılar doğrudan hâkim teşebbüs/şirket ve yöneticilerine başvurulabilirler. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 428; **Sulu**, s. 204.

⁷⁵³ TTK Gerekçe, sh. 142: "...Hükümün uygulanabilmesinin ikinci şartı, talimatın toplulukça belirlenmiş somut politikaların gereği olmasıdır. Bu ilke özellikle Fransız Yüksek Mahkemesinin verdiği *Rosenblum* kararında ifadesini bulmuştur. Günlük gereksinimlere göre verilen talimatlar 203 üncü maddenin kapsamı dışındadır. Bu tür talimat verilmesi halinde şirket alacaklılarına karşı hâkim şirketin sorumluluğu ağırlaşır". *Rozenblum* doktriniyle ilgili olarak topluluk menfaati kavramı hakkında bkz. Yuk. s. 152.

⁷⁵⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 746, 747.

Tüzel kişiliğe sahip olmayan şirketler topluluğunun önceden belirlenen bir strateji dâhilinde hareket ediyor olmasının, keyfiliği önleme ve kurumsallaşmayı sağlama yönünde önemli bir işlevi vardır. Dolayısıyla topluluk menfaati kavramına açıkça Kanun’da yer verilmemiş olsa da TTK düzenlemelerine ruhunu veren bu kavramın varlığı hakkında bir şüpheye düşülmesine mahal yoktur⁷⁵⁵. Hem kısmi hâkimiyet hem de tam hâkimiyete dayalı fiili topluluklarda topluluk hâkiminin, topluluğun menfaati saikiyle yaptığı müdahaleler denkleştirme sistemi olarak nitelendirilen imtiyazlı sorumluluk rejimini uygulanabilir kılar. Bu bağlamda tam hâkimiyetle ilgili TTK m. 203, 204’te hükme bağlanan somut ilkeler topluluk menfaati kavramına dâhil olduğu için kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu fiili topluluklar açısından da uygulanabilir niteliktedir.

Sonuç olarak TTK hükümleri kapsamında öngörülen kaybın denkleştirilmesi esasına dayanan imtiyazlı sorumluluk rejiminin münhasır uygulama alanı topluluk menfaatini gözeten hâkimiyet uygulamalarıyla sınırlıdır. Bu kapsama girmeyen müdahalelerden kaynaklanan kayıp ve zarar genel hükümler ve diğer alternatif başvuru yollarının da uygulanabilir olmasını sağlar. Dolayısıyla TTK özel hükümlerinin münhasır uygulama alanının oldukça dar bir kapsama sahip olduğu vurgulanması gereken önemli bir husustur.

2.4.1.2. Özel Hükümlerin Maddi Olarak Getirdiği Düzenlemeler Kapsamında

TTK ile getirilen hükümlerin ilk adım olarak şirketler topluluğunu tanıyarak düzenleme altına alması olumlu bir gelişme olmakla birlikte tezimizin odağında bulunan alacaklıların korunması noktasında önemli eksiklikleri bulunmaktadır. Esasında bir koruma hukuku olarak nitelendirilen şirketler topluluğu hukuku sistematığının başlıca amacı topluluk yapısı içinde çatışabilecek menfaat grupları arasında adil bir denge kurmak iken, alacaklıların bu kapsamda yeterince dikkate alınmadığı görülmektedir. Kanuni düzenlemelerin özel olarak alacaklının korunması şeklinde bir kaygısının da olmadığı gözlenmektedir. Bu noktada öncü ve mehaz düzenleme niteliğindeki Alman hukukunda bulunan konzernele ilgili hükümlerin içeriği hakkında kısaca bir hatırlatma yapmakta fayda vardır. Böylelikle etkinlik noktasında bir kısıyaslama yapma imkânımız söz konusu olabilecektir.

⁷⁵⁵ Göktürk’ün de ifade ettiği gibi kanun hükümlerinde açıkça “topluluk menfaati” şeklinde bir kavrama yer verilmemiş olması sadece pozitif dayanak noktasında bir eksikliğe işaret eder. Bu eksiklik de aslında “yarar”ı açıkça zikreden TTK m. 199 hükmüne nisbetle giderilebilir. Bkz. Göktürk, s. 95. Kanun’un gerekçesi ve genel anlamda dayandığı prensipler dikkate alındığında topluluk menfaati kavramının temel kurucu kavramlardan biri olduğu görülebilmektedir.

2.4.1.2.1. Alman Konzern Hukukuna Göre Alacaklının Korunması

Şirketler topluluğuna (*Konzern*) ilişkin sorumluluk meseleleri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) içerisinde anonim şirketlerle ilgili olarak düzenlenmiştir. Alacaklıların korunması konusundaki hukuki çerçeve topluluğun yapısına göre farklılık göstermektedir.

Topluluk, hâkimiyet sözleşmesi temelinde kurulan sözleşmesel bir topluluksa Kanun tarafından sağlanan güvencenin daha üst seviyede olduğu görülmektedir. Bu anlamda topluluk hâkimi, sözleşme temelinde kendisine tanınan bağlı şirketi yönetme hakkına karşılık APOK m. 302 gereğince onun yıllık bilanço zararını toplu olarak karşılamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük bağlı şirket alacaklıları için önemli bir güvence teşkil etmektedir; zira bu suretle bağlı şirketin net malvarlığının muhafazası sağlanabilmektedir⁷⁵⁶.

Eğer topluluk hâkimi şartları oluşmasına rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmezse bağlı şirketten alacağını elde edemeyen alacaklının APOK m. 309/4'e göre topluluk hâkiminin hukuki temsilcisine müracaat hakkı söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda alacaklı, sadece bağlı şirketin zararını talep edebilen azınlık pay sahiplerinden farklı olarak bizzat kendi alacağının kendisine ödenmesini talep edebilecektir (*Leistung an sich selbst*)⁷⁵⁷. Bunun dışında sözleşmenin ortadan kalkması ve bu suretle topluluğun da sona ermesi durumunda topluluk hâkiminin altı ay içerisinde kendisine müracaat eden bağlı şirket alacaklılarına karşı teminat verme yükümlülüğünü öngören APOK m. 303 hükmü de oldukça önemlidir. Bu hüküm sayesinde sözleşme ilişkisi sona erse dahi bağlı şirket alacaklıları kendi alacakları için topluluk hâkimine doğrudan müracaat edebilir⁷⁵⁸.

Fiili topluluklar söz konusu olduğunda ise topluluğun basit fiili topluluk mu yoksa nitelikli fiili topluluk mu olduğu noktasında bir ayrıma gidilmektedir. Basit fiili topluluklar için APOK. m. 311 gereğince topluluk hâkimi müdahalesi sebebiyle meydana gelen kaybı denkleştirme yükümlülüğü altına girmektedir. Eğer bu yükümlülüğü yerine getirmezse bu defa APOK. m. 317 gereğince meydana gelen zararı tazmin etme borcuyla karşı karşıya kalacaktır. Bağlı şirket alacaklısı bu yükümlülüğü yerine getirmeyen topluluk hâkimine şirket zararının tazmini için dava açabilir. Ancak burada alacaklı kendi zararının kendisine ödenmesini topluluk hâkiminden talep edemez. Bu davanın konusu bağlı şirketin zararının yine bağlı şirkete ödenmesi

⁷⁵⁶ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) (Rn. 1-88)

⁷⁵⁷ **Emmerich / Habersack**, s. 577; **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 Rn.71.

⁷⁵⁸ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 303 Rn. 6-11.

olacaktır. Sözleşmesel topluluklara kıyasla bu yasal çerçevenin alacaklılar için etkin bir koruma sağlamadığı ifade edilebilir⁷⁵⁹.

Nitelikli fiili topluluklar (*qualifizierte faktischen konzern*) söz konusu olduğunda ise bu tedbirlerin dahi uygulanma imkânı yoktur. Zira topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini öyle yoğun ve devamlı (*dauernd und umfassend*) bir şekilde kullanmaktadır ki hangi müdahalenin kayba yol açtığı, nasıl bir kapsama sahip olduğu tespit edilememektedir. Bu topluluklarda tek tek müdahalelerin tespiti ve verdirilen kaybın hesaplanması mümkün olmadığından APOK m. 311 gereğince öngörülen denkleştirme sisteminin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanuni düzenlemeler nitelikli fiili topluluk sorununa bir çözüm getirmemektedir. Bu soruna nasıl bir çözüm bulunacağı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda doğrudan tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte genel olarak kabul edilen görüş; hâkimiyetin fiili konzernler için öngörülen seviyenin ötesinde, sözleşmesel topluluklar için öngörülen düzeyde kullanıldığı düşüncesiyle sözleşmesel konzernlere uygulanan hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasıdır⁷⁶⁰. Bu sorunla ilgili boşluğun limited şirketlerden müteşekkil konzernlerle ilgili verilmiş yargı kararlarına nispetle doldurulması görüşü de ileri sürülmüştür⁷⁶¹. Aşağıda detaylı olarak incelenen bu kararlarında Federal Mahkeme bir dönem nitelikli fiili topluluklara sözleşmesel topluluklarla ilgili kuralların kıyas yoluyla uygulanmasına hükmetmiştir⁷⁶². Limited şirketlerle ilgili olsa dahi Federal Mahkemenin TBB kararına kadar yarattığı içtihad hukuku anonim şirketler için de geçerlidir⁷⁶³. Bu bağlamda öğreti ve uygulamada baskın olan görüş sözleşmesel konzernlerle ilgili hukuki çerçevenin kıyas yoluyla nitelikli fiili konzernlere de uygulanması yönündedir⁷⁶⁴. Dolayısıyla sözleşmesel konzernlerde olduğu gibi bilanço zararının toplu halde tazmini ilk etapta uygulanacak yasal önlemdir. Bu yaklaşımın temelinde yatan sebep nitelikli fiili konzernlerde sözleşmesel konzernlere benzer şekilde topluluk hâkiminin sınır gözetmeksizin bağlı işletmeler üzerinde yönetim yetkisini fiilen kullanıyor olmasıdır. Yalnız sözleşmesel konzernlerde bu yetki kanun tarafından tanınmış ve karşılığında bağlı işletmenin zararlarının telafisi borcu öngörülmüştür. Bu yükümlülüğün ihlaliyse APOK m. 302 ve 309 hükümleri gereğince müeyyideye bağlanmıştır.

⁷⁵⁹ Bu zaafiyeti sebebiyle fiili topluluklarda da sözleşmesel topluluklarda olduğu gibi yılsonu zararının toplu olarak giderimi şeklinde bir düzenleme yoluna gidilmesi yönünde alternatif görüşler dile getirilmektedir. Bkz. **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, Vorbemerkung (Vor § 311) Rn. 28,29.

⁷⁶⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 257.

⁷⁶¹ Krieger, Gerd, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, München, 1988, s. 754.

⁷⁶² Alman Federal Mahkemesi'nin kararları için bkz. a. s. 323 vd.

⁷⁶³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 55.

⁷⁶⁴ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 405, 407.

Nitelikli fiili konzernlerde ise esas olarak fiili konzernlere tanınmayan tek elden yönetim yetkisinin fiilen kullanılıyor olmasından dolayı her hâlükârda hukuka aykırılık gerçekleşmiş sayılmaktadır⁷⁶⁵. Sözleşmesel topluluklarla ilgili olarak alacaklının korunmasıyla ilgili hüküm öngören APOK 302 ve 303 maddelerinin de nitelikli fiili topluluklar söz konusu olduğunda kıyas yoluyla uygulama yeri bulacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla hâkim şirket bağlı şirketin borçlarından dolayı APOK 302 ve 303 hükümleri gereği bağlı şirket alacaklılarına karşı sorumlu tutulabilir⁷⁶⁶. APOK m. 303 sözleşmesel topluluklarda topluluğun temelini oluşturan sözleşmenin sona ermesinden itibaren altı ay içerisinde bağlı şirket alacaklılarının hâkim ortaklığa başvurarak alacakları için teminat isteyebilmelerine olanak tanımaktadır. Bu hükmün nitelikli fiili topluluklarda uygulanması söz konusu olduğunda, altı aylık bu süre hâkimiyetin sona erdiği tarih itibarıyla başlar. Eğer bağlı şirket borca batık bir halde ise veya bağlı şirket alacaklılarının müracaat edebilecekleri bir malvarlığı yoksa bu durumda hâkim ortaklığın APOK m. 303 gereğince teminat verme yükümlülüğü bir doğrudan sorumluluk haline dönüşecektir⁷⁶⁷. Zira sözleşmesel topluluklarda olduğu gibi bunlarda da APOK m. 322 kıyas yoluyla uygulanabilir hale gelecektir. Tüm bu tartışmalara rağmen, *Altmeppen* çok eleştirilen APOK m. 311, 317 hükümleriyle getirilen sorumluluk sisteminin başarılı olduğunu; zira bu hükümlerle ilgili bugüne kadar verilmiş bir yargı kararı bulunmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bu hükümlerin sağladığı önleyici etki (*Die prophylaktische Wirkung*) bu başarının altında yatan esas etkindir⁷⁶⁸.

Bu haliyle APOK kapsamında çerçevesi çizilen Alman konzern hukukunun alacaklıların korunması noktasında kısmen etkin bir koruma mekanizması öngördüğü ifade edilebilir. Sözleşmesel topluluklarda ve kıyasen nitelikli fiili topluluklarda uygulama yeri bulabilen yıllık

⁷⁶⁵ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 256, 257, 259.

⁷⁶⁶ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 408, 409.

⁷⁶⁷ **Emmerich / Sonnenschein**, s. 410.

⁷⁶⁸ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Normzweck) Rn. 1-4; (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9. Aynı değerlendirmeyi, APOK m. 311, 317 hükümleri örnek alınarak kabul edilen TTK m. 202 ile ilgili olarak yapmak mümkün değildir. TTK m. 202 ile ilgili olarak da verilmiş yargı kararlarının sayısı bir kaç geçmemektedir. Ancak bu durum, bu hüküm çerçevesinde getirilen sorumluluk rejiminin etkinliğiyle ve ortaya çıkardığı önleyici etkiyle açıklanamaz; çünkü karar olmamakla birlikte, çok sayıda ihtilaf ve dava mahkemelerin önüne gelmektedir. Davacı alacaklılar kendi borçluları olan bağlı şirketten elde edemedikleri alacakları için TTK m. 202/1(c) gereğince bağlı şirket zararının bu şirkete ödenmesi için bir tazminat davası açmak yerine, kendi alacaklarının kendilerine ödenmesini sağlayabilecek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi çerçevesinde talepte bulunmaktadır. TTK hükümlerinin ilgi görmemesinin altında yatan çeşitli sebepler arasında, bu hükümlerin uygulayıcılar tarafından yeterince bilinmemesinin yanı sıra bağlı şirket, pay sahipleri, alacaklılar ve diğer ilgililere yeterli koruma sağlayamaması, yargı mercilerince önlerindeki uyumsuzluklara uygulamaları konusunda tereddüt yaşanması, istisnai dava haklarının masraflı ve riskli olması sayılabilir. Eminoğlu, Cafer, “Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI**, Ankara, 22 Aralık 2017: Bildiriler tartışmalar, Ankara, 2018. Sh. 11, 31.

bilanço zararının toplu halde karşılanması tedbiri, alacaklılar açısından önemli bir güvence sağlamaktadır. Buna karşılık ayrıksı yapılar olarak görülen basit fiili topluluklar detaylı bir hukuki çerçeveye oturtulmamıştır. Bunlar için alacaklıların korunması noktasında etkin bir düzenleme çerçevesi benimsendiği ifade edilemez. Sadece bağlı şirketin başlangıç sermayesini korumaya yönelik önlemler alınmıştır. Denkleştirme yükümlülüğü getiren bu düzenlemeler dolaylı olarak bağlı şirket alacaklılarının da korunmasına hizmet etmektedir.

2.4.1.2.2. TTK Özel Hükümlerindeki Düzenlemeler

Alman konzern hukukundan farklı olarak, Türk şirketler topluluğu hukukunun merkeze aldığı topluluk yapısı fiili topluluklardır. Alman hukukunda ayrıksı ve niteliğine göre hukuk dışı görülen bu yapılar bizim hukukumuzda asli topluluk modeli olarak kabul görmektedir. Hatta öyle ki sözleşmesel topluluklar için ayrı bir hukuki çerçeve dahi kabul edilmemiştir. Bu topluluklar da fiili toplulukların tabi olduğu hükümlere tabidir.

Sorumlulukla ilgili hükümler büyük oranda Alman konzern hukukundaki basit fiili topluluklarla ilgili düzenlemelere benzemektedir. Alman hukukundan farklı olarak fiili topluluklar kısmi hâkimiyetin geçerli olduğu topluluklar ve tam hâkimiyetin geçerli olduğu topluluklar şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.

Kısmi hâkimiyetin geçerli olduğu topluluklar bir bakıma Alman konzern hukukundaki basit fiili topluluklara benzetilebilir. Bu bağlamda birtakım kayıtlarla çerçevesi belirlenmekle birlikte, topluluk hâkiminin yönlendirme ve yöneltme gibi müdahalelerde bulunması kabul edilmiş; bu suretle bağlı şirkete verdirdiği kayıpları telafi yükümlülüğü getirilmiş; ancak bunun doğrudan bir tazminat meselesi haline gelmesinin de önüne geçilmiştir⁷⁶⁹. Daha açık ifade etmek gerekirse kayıp ve zarar şeklinde bir ayırım yapılarak kaybın denkleştirilmesi şeklinde askıda bekleyen bir usul getirilerek topluluk hâkimine doğrudan alacak davalarıyla muhatap olmama şeklinde bir imtiyaz tanınmıştır. Dahası yukarıdaki kısımda da ifade ettiğimiz gibi sorumluluğa ilişkin hüküm öngören TTK m. 202 hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımında sadece bağlı şirket yönünden bir çözüm getirmektedir. Alacaklılar denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarla sınırlı olarak hâkim şirkete karşı ancak bağlı şirketin uğradığı zararın tazmini için dava açabilir; zira bu davanın amacı bağlı şirketin malvarlığının korunmasıdır. Bu düzenleme tarzı bu haliyle Alman hukukundaki APOK m. 311, 317'de benimsenen düzenlemelerle örtüşmektedir. Davanın kabul görmesi halinde tazminatın bağlı şirkete ödenmesi icap eder.

⁷⁶⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 270.

Dolayısıyla bağılı şirket alacaklısı topluluk hâkiminin kötü hâkimiyet uygulamaları sebebiyle kendi borçlusu bağılı şirketin borçlarını ödeyemez hale geldiğini gerekçe göstererek elde edemediği alacağının topluluk hâkimi tarafından ödenmesini TTK hükümleri kapsamında talep ve dava edemez⁷⁷⁰. Ancak alacaklı bu dava yoluyla bağılı şirketin elde edeceği tazminat sonucunda mali yapısının düzelmesini ve borçlarını ödeyebilecek hale gelmesini umut edebilir. Böylece daha önce elde edemediği alacağını bağılı şirketten tahsil edebilme imkânına kavuşabilir ve dolaylı olarak alacağını hâkim şirketin ödeyeceği tazminat sayesinde tahsil edebilir. Ancak topluluk içi ilişkiler hakkında hiçbir bilgi sahibi olmayan bir bağılı şirket alacaklısının bu davayı açabilmesi görüldüğü kadar kolay olmayabilir⁷⁷¹. Her şeyden önce bu konudaki en önemli delil olabilecek raporlar, yani TTK m. 199 gereğince düzenlenmesi gereken bağılılık ve hâkimiyet raporları, alacaklılara kapalıdır⁷⁷². Dahası bağılı şirket üzerinde de hâkim olan topluluk hâkiminin kendi aleyhine ağır sonuçlar doğurabilecek bir raporun düzenlenmesine müsaade etmesi ne kadar gerçekçi bir beklenti olabilir. Kanunen davanın açılabilmesi için hâkim şirketin hâkimiyeti hukuka aykırı kullanarak bağılı şirketi bir kayba uğratması ve bu kaybı aynı hesap yılı içerisinde denkleştirmemiş olması şartları aranmaktadır. Bağılı şirket alacaklısının bu hususlar hakkında bilgi sahibi olarak TTK m. 202 ve devamı maddelerde öngörüldüğü üzere bilinçli bir şekilde tazminat davasını açması mevcut şartlar altında pek de mümkün görünmemektedir.

Kısmi hâkimiyet halinde geçerli olan bu sorumluluk rejimi tam hâkimiyetin söz konusu olduğu fiili topluluklar için de geçerlidir. Hâlbuki tam hâkimiyette kısmi hâkimiyetten farklı olarak topluluk hâkiminin bağlayıcı talimat verme yetkisi vardır. Bu yetki Alman hukukunda sözleşmesel topluluklarda tanınan bir yetkidir. Hatırlanacağı üzere Alman hukukunda böyle geniş bir yetkiye karşılık daha kapsamlı bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Buna mukabil TTK topluluk hukuku tam hâkimiyetin cari olduğu fiili topluluklar için topluluk hâkimine benzer nitelikte geniş yetkiler tanımış; ancak, sorumluluk konusunda Alman hukukundan farklılaşmıştır. Tanınan geniş yetkilere karşılık daha kapsamlı bir sorumluluk çerçevesinin benimsenmemesi bir dengesizlik olarak göze çarpmaktadır. Tam hâkimiyet haline de kısmi hâkimiyette geçerli olan sorumluluk kapsamının uygulanması nimet – külfet dengesini bozan bir çarpıklığa sebep olmaktadır.

⁷⁷⁰ *Akın* iflas ve iflasın ertelenmesi halinde bu tazminatın bağılı şirkete ödenmesine karar verilmesinin alacaklılar açısından bu davayı anlamsız hale getirdiğini belirterek; böyle bir durumda mahkeme tarafından bağılı şirket alacaklılarının alacaklarının ödenmesi yönünde bir karar verilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağını ifade etmektedir. Ancak kanunda bu görüşü destekleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. *Akın*, s. 176.

⁷⁷¹ *Eminoğlu*, s. 31.

⁷⁷² *Akın*, s. 147, 157.

Bununla birlikte kanuni düzenlemelerin çözümsüz bıraktığı oldukça önemli bir diğer sorun nitelikli müdahaleler sebebiyle bağlı şirketin kayba uğratılması halinde denkleştirmenin nasıl yapılacağı sorunudur. TTK'nın şirketler topluluğu hukuku kapsamında öngördüğü sorumluluk rejimi topluluk hâkiminin kayba uğraticı müdahalelerinin bireyselleştirilip, tespit edilebilir olduğu yönündeki bir ön kabule dayanmaktadır. Ancak topluluk hâkiminin bağlı şirkete verdirdiği kaybın her zaman somut olarak tespiti ve dolayısıyla denkleştirilmesi söz konusu olmayabilir. Özellikle topluluk hâkiminin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini uzun süreli ve çok yoğun bir şekilde uygulaması durumunda hangi yönlendirme veya talimatın kayba neden olduğunu tespit mümkün olmayacaktır. Bağlı şirketin sadece topluluk hâkiminin menfaatlerine hizmet eden bir araç gibi kullanıldığı hallerde bağlı şirketin menfaatlerinin topluluk hâkiminin menfaatlerine feda ediliyor olması, o şirketin ödeme gücünü içerisine düşmesine yol açmış olabilir. Denkleştirmenin mümkün olmadığı bu türden müdahalelerin yol açtığı kayıplar söz konusuysa bu, hâkimiyetin doğrudan doğruya hukuka aykırı bir suretle kullanıldığı anlamına gelmektedir. Ancak mevcut hukuki çerçevede, nitelikli müdahaleler sonucu ortaya çıkan zarar, denkleştirme sistemine dayalı, özel hükümlerle getirilen sorumluluk rejiminin münhasır uygulama alanı dışında kalmaktadır⁷⁷³.

Aynı sorun TTK'nın ilham aldığı Alman konzern hukuku için de geçerlidir. Nitelikli fiili topluluk sorunu APOK'ta da bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Ancak Alman mahkemeleri ve doktrini sonuç olarak bu tip topluluklara da sözleşmesel topluluklar için benimsenen kapsamlı sorumluluk rejiminin uygulanması konusunda bir görüşe varmıştır⁷⁷⁴. Bu çözüm yolunun dayanak noktası sözleşmesel topluluklara tanınan yetkilerin bir hâkimiyet sözleşmesi olmaksızın fiili olarak kullanılıyor olmasıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse fiili olarak topluluk hâkimi uzun süreli ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) hâkimiyet uygulamalarıyla; diğer bir deyişle nitelikli müdahalelerde bulunarak, bağlı şirketi fiili olarak sözleşmesel topluluklara benzer bir şekilde yönetiyorsa sözleşmesel topluluklara ilişkin sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla bu tarz nitelikli fiili topluluklar (*qualifizierte faktischen Konzern*) söz konusu olduğunda topluluk hâkiminin kayba sebep olan müdahalelerinin bireyselleştirilerek

⁷⁷³ Bu boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda *Okutan Nilsson*, TTK'nın Alman hukukunda bulunan çözüm yoluna benzer çözümler getirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre Alman sözleşmesel topluluklarına uygulanan çözüm yollarına benzer şekilde; ya bağlı şirketin zararının tazmini ya da varsa azınlık pay sahiplerinin paylarının satın alınması uygulanabilecek çözüm yollarıdır. Bunların dışında hâkim uygun göreceği başka bir çözüm yoluna da karar verebilir. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 258.

⁷⁷⁴ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 228, 231.

tespiti mümkün olmadığından dönem zararının (*Verlust*) üstlenilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁵.

Maalesef Alman hukukunun bu çözüm tarzını örnek alma gibi bir imkânımız yoktur; çünkü TTK'da Alman konzern hukukundaki sözleşmesel topluluklar için kabul edilene benzer kapsamlı bir sorumluluk rejimi yer almamaktadır⁷⁷⁶. Eğer tam hâkimiyet halinin söz konusu olduğu fiili topluluklar için daha kapsamlı bir sorumluluk çerçevesi benimsenmiş olsaydı Alman hukukundaki yaklaşıma benzer bir anlayışla nitelikli fiili topluluklar için de bu düzenlemelerin uygulanması yönünde bir öneride bulunulabilirdi. Ancak mevcut düzenlemeler bütün topluluk tipleri için aynı sorumluluk çerçevesini öngörmektedir⁷⁷⁷. Dolayısıyla Kanun'a göre uygulanabilecek tek önlem öncelikle kaybın denkleştirilmesi; bunun yerine getirilmemesi durumunda bağlı şirket zararının tazminidir. Nitelikli kayıplar için denkleştirme mümkün olmadığından alacaklının doğrudan tazminat davası açabileceği akla gelen ilk çözüm yolu olarak belirmektedir. Bu durumda bağlı şirket zararının ne suretle hesaplanarak tespit edileceği, ilk etapta ortaya çıkacak bir sorun olarak görünmektedir. Öte yandan bağlı şirket, topluluk hâkiminin nitelikli müdahaleleri sonucunda iflas etmiş olabilir. Dolayısıyla alacaklının açacağı tazminat davası başarıyla sonuçlansa dahi dava sonucunda tazminatın ödenebileceği bir şirket dahi olmayabilir. Dolayısıyla TTK özel hükümlerinin bu sorunla ilgili etkin bir çözüm sunduğunu ifade etmek mümkün değildir. Diğer taraftan topluluk hâkiminin, topluluk menfaati kavramıyla

⁷⁷⁵ Burada açıklanan çözüm yolu Alman paylı ortaklıklar kanunu (*Aktiengesetz*) kapsamında geliştirilen bir çözüm yoludur. Limited şirketler (*GmbH*) bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Limited şirketlerden oluşan topluluklarda karşılaşılan sorunlara yargı kararlarıyla geliştirilen doktrinler çerçevesinde farklı çözüm yolları getirilmiştir. Bununla birlikte TTK m. 202'nin esinlendiği basit fiili konzernlerle ilgili hüküm öngören APOK m. 317 de kapsamı itibarıyla sadece hâkim şirketle bağlı şirket arasındaki sorumluluk ilişkilerini düzenleme altına aldığı; bağlı şirket alacaklılarının mağduriyetlerini giderme noktasında bu düzenlemenin bir çare getirmediği, alacaklılara da doğrudan bir talepte bulunma imkânının sağlanması gerektiği noktasında eleştirilmektedir bkz. **Müller**, s. 22.

⁷⁷⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 228, 231. *Tekinalp* nitelikli fiili konzern içtihadının Almanya'da aşıldığını, bu tespit bir yana, nitelikli konzern yaklaşımının Türk hukuku için düşünülemeyeceğini; çünkü BGH'nin nitelikli fiili konzern ile sözleşmesel konzerni eşit gören bir yaklaşım geliştirdiğini, Türk hukukunda sözleşmesel topluluklar düzenlenmediğinden benzer bir yaklaşım benimsenemeyeceğini belirtmektedir. Yazar hâkimiyetin bağlı şirketi tahrip edici bir şekilde kullanıldığı hallerde perdenin kaldırılmasının Türk hukukunda öncelikle başvurulacak hukuki yol olduğu düşüncesindedir. Bunun dışında hâkim ortaklığın hâkimiyetini bağlı ortaklığın ekonomik tahribine yönelik şekilde kullanması kastının bir haksız fiil olduğu ve bu fiilin ahlaka aykırı (TBK 49/2) olduğu düşüncesindedir. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 753, 754. Bu düşüncelere katılmakla birlikte nitelikli fiili konzernin Türk hukukunda düşünülemeyeceğiyle ilgili tespitlerin tam olarak anlaşılamadığı belirtilebilir. Bir sorun olarak aşırı ve sürekli hâkimiyet uygulamaları sonucunda ortaya çıkan münferit şirket gibi faaliyet gösteren topluluk sorunu Türk hukukunda da karşılaşılabilecek bir sorundur. Ancak bu soruna sözleşmesel toplulukları örnek alarak bir çözüm getirmek *Tekinalp*'in de belirttiği gibi mümkün değildir. Bu soruna karşı tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönünde geliştirilebilecek bir uygulama kapsamlı bir çözüm getirebilir. Bkz. Aşa. s. 266.

⁷⁷⁷ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 258, dn. 703.

bağdaştırılması mümkün olmayan aşırı ve sürekli hâkimiyet uygulamaları sonucunda ortaya çıkan nitelikli fiili topluluklar bu haliyle TTK özel hükümlerinin münhasır uygulama kapsamı dışında kalmaktadır. Bu bağlamda, alacaklı dilerse genel hükümler ve diğer alternatif başvuru yollarına da müracaat edebilmelidir. Alacaklıdan, hesaplanabilirliği dahi şüpheli olan bağlı şirket zararı için topluluk hâkimine dava açma; bu dava sonucunda hala hayatta kalabilmişse borçlusu şirkete ödenecek tazminat sonucunda kendi alacağını tahsil edebilme umuduyla iktifa etmesi beklenemez. Alacaklı kendi alacağını elde edememekten kaynaklanan zararının, doğrudan kendisine ödenmesi için alternatif yollara müracaat edebilmelidir.

Esasında pay sahipliği oranına göre belirlenen kısmi hâkimiyet ile tam hâkimiyet arasında yetki genişliği noktasında bir fark öngörülerek düzenleme yoluna gidilmesi aldatıcı olabilir. Zira bazı topluluk yapılarında kısmi hâkimiyete rağmen topluluk hâkimi bağlı şirketler üzerindeki etkisini oldukça yoğun bir şekilde uyguluyor olabilir. Diğer taraftan tam hâkim bir topluluk hâkimi bağlı şirket yönetimini profesyonel yöneticilere bırakıp hiçbir müdahalede bulunmayabilir. Dolayısıyla pay sahipliği üzerinden kısmi veya tam hâkimiyet şeklindeki bir ayırım nitelikten çok niceliğe dayanan bir ayırımdır. Zira %51 paya sahip kısmi hâkimiyet sahibi bir topluluk hâkimi de %100 pay sahibi tam hâkim kadar bağlı şirketi kontrol edebilir⁷⁷⁸.

Bu sebeple paysahipliği oranından çok hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerin kullanım tarzına odaklanan bir ayırma gidilmesi ve sınırları aşan uygulamaları müeyyideye bağlayan sorumluluk hükümlerinin öngörülmesi mevcut duruma kıyasla daha yerinde olabilir. Bu bağlamda nitelikli fiili topluluk sorununa karşı özel hukuki düzenlemeler benimsenebilir. Eğer böyle bir tutum benimsenmeyecek ve kontrol yaklaşımı uyarınca tam – kısmi hâkimiyet ayırımında ısrarcı olunacaksa tam hâkimiyetin tanıdığı yetkilere oranla mevcut sorumluluk hükümlerinden daha ağır bir hukuki çerçeveye bağlanması nimet – külfet dengesi açısından daha tutarlı olacaktır. Bu bağlamda mehz Alman konzern hukukundaki sözleşmesel topluluklarla ilgili sorumluluk hükümleri örnek alınarak düzenlemeler yapılabilir. Özellikle tam hâkimiyet altında olan bağlı şirketin dönemsel zararının toplu olarak giderimi (APOK m. 302); alacaklıların korunmasıyla ilgili olarak hâkimiyetin sonra ermesi durumunda teminat verilmesi (APOK m. 303); gibi imkânlar sağlanmalıdır. Böyle bir durumda Alman hukukundaki çözüm yolu takip edilerek tam hâkimiyetle ilgili ağır sorumluluk rejiminin nitelikli fiili topluluklar için de kıyas yoluyla uygulanması yoluna gidilebilecektir. Sorumluluğa ilişkin bu tarz özel düzenlemeler

⁷⁷⁸ Kanunun bu yönde yapmış olduğu ayırımın eleştirisi için bkz. **Göktürk**, s. 98, 99.

yapılana kadar eldeki genel hükümler üzerinden alacaklılara müracaat hakkı tanınabilir. Sonraki bölümlerde bu imkânlar detaylı olarak tartışılacaktır.

Dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus, nitelikli fiili topluluk olarak sınıflandırılabilir bir yapıda, topluluk hâkiminin bağlı şirket paylarını elden çıkararak veya başka bir yolla hâkimiyeti kaybetmesi durumunda, alacaklıların korunması noktasında da bir açıklığın olmadığıdır. Alman hukukunda nitelikli fiili topluluklar için de kıyasen uygulanabilecek APOK m. 303 hükmüne göre, bağlı şirket alacaklıları hâkimiyetin sona ermesinden itibaren altı ay içerisinde alacakları için topluluk hâkimine müracaat ederek teminat talep edebilir. Buna benzer bir düzenlemenin TTK'da da bulunması alacaklıların korunması açısından yararlı olacaktır. Böylelikle topluluk hâkimi hisse devri ve sair yollarla bağlı şirket üzerindeki kontrolünü kaybetmiş olsa dahi alacaklılar ona karşı doğrudan müracaat etme imkânına sahip olabilecektir.

Şirketler topluluğuyla ilgili sorumluluk öngören hükümlerle ilgili olarak işaret etmek istediğimiz diğer bir eksiklik TTK m. 202/2'de sadece bağlı şirket pay sahipleri yönünden birtakım koruyucu düzenlemelerin getirilmiş olmasıdır. Hâlbuki hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemler alacaklıların da zararına yol açabilecek işlemlerdir. Bu madde hükmünde ifade edildiği gibi topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanarak bağlı şirketi yapısal değişikliklere gitmeye ve hatta fesih kararı almaya zorlarsa bundan zarar gören alacaklılar açısından bir başvuru yolu öngörülmemiştir.

Tüm bu sebeplerden olsa gerek, Türk şirketler topluluğu hukukunun yasal altyapısını oluşturan TTK hükümlerinin uygulamada bir fark ortaya koyamadığı ifade edilebilir⁷⁷⁹. Bu hükümlerin kabul edildiği 2012 yılından bu yana geçen 10 yılı aşkın sürede neredeyse hiç uygulanmadıkları görülmektedir. Sorumlulukla alakalı TTK m. 202, 203 ve 206 hükümlerinin uygulanması ancak birkaç kez gündeme gelmiştir⁷⁸⁰. Yargıtay tarafından TTK m 202 ile ilgili verilmiş toplamda dört karar bulunmaktadır. Bunların hepsi bekletici mesele, tahkim şartı, yer yönünden yetki gibi usule ilişkin kararlardır. Tam hâkimiyet haliyle ilgili sorumluluk hükmü

⁷⁷⁹ TTK hükümlerinin ilgi görmemesinin altında yatan çeşitli sebepler arasında bu hükümlerin uygulayıcılar tarafından yeterince bilinmemesinin yanısıra bağlı şirket, pay sahipleri, alacaklılar ve diğer ilgililere yeterli koruma sağlayamaması, yargı mercilerince önlerindeki uyumsuzluklara uygulamaları konusunda tereddüt yaşanması, istisnai dava haklarının masraflı ve riskli olması sayılabilir. Bkz. **Eminoğlu**, s. 11, 31.

⁷⁸⁰ Bu araştırma yapılırken Kazancı ve Lexpria içtihad programlarından yararlanılmıştır.

öngören TTK m. 206 ile ilgili verilmiş olan kararların sayısı da ikidir. Bunlardan birisi İş Mahkemesi ile Asliye Ticaret Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığına ilişkindir. Diğerindeyse davanın esasına ilişkin bir inceleme yapılmış ve karara varılmıştır. Bu haliyle Yrg. 11. HD'nin, E. 2016/13783 K. 2018/5014 ve 9.7.2018 tarihli bu kararı şirketler topluluğuyla ilgili sorumluluk hükümlerinin esastan tartışıldığı tek karar olarak nitelendirilebilir⁷⁸¹. Bu karar hem tek uygulama örneği olması hem de TTK şirketler topluluğu sorumluluk hükümlerinin uygulamada nasıl yorumlandığını göstermesi açısından önemlidir. Bu sebeple kararın detaylı olarak incelenmesinde yarar vardır.

Dava esasında bir alacak davasıdır. Dava dışı Özs.. isimli şirket ödeme amacıyla lehine kesilen çeki davacıya havale etmiştir. Çeki keşide eden davalı Öza... şirketiyle lehdar Özs..'un ortak ve yöneticileri aynı şahıslardır. Her iki şirket de iflas etmiştir.

Davacı borca batık davalı Öza... şirketinin kendi borçlusu Özs.. şirketinin kefaletini alarak kredi çektiğini ve bu suretle onu batık duruma getirdiğini, bu sebeple TTK 195, 202, 203, 206 maddeleri gereği tazminata hak kazandığını ileri sürmektedir. Buna göre yönetici konumundaki ortaklar ile kardeş şirket Öza...'ın müştereken ve müteselsilen sorumluluğunu talep etmektedir⁷⁸². İlk derece mahkemesi Öza... ve Özs.. şirketlerinin ortaklık durumu ve yöneticilerinin aynı olduğunu, davacının borçlusu olan Özs.. şirketinin borca batık Öza... şirketine kefil olması sebebiyle borca batık hale geldiğini, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şartlarının oluştuğunu belirterek müflis davalı Öza... yönünden açılan davanın konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına, davalı gerçek şahıs yönetici ortakların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar vermiştir.

Temyiz üzerine Yargıtay öncelikle alacaklı tarafından açılan davada TTK 202/(c),(e) gereğince dava dışı Özs.. şirketinin yöneticileri olan davalıların sorumluluğuna gidebilir ise de bu

⁷⁸¹ Bu sonuca göre şirketler topluluğu hukukumuzun kendinden beklenen amacı gerçekleştiremediği de ayrıca vurgulanmalıdır. *Okutan Nilsson* Türk şirketler topluluğu hukukunu ihdas eden TTK tasarısının amacının, şirketler topluluğunun işleyişini kolaylaştırıcı tedbirler almak ve topluluk dışında kalan pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerini korumak olduğuna dikkat çekmektedir. Yazar bu ikili yaklaşıma vurgu yaparak TTK hükümlerinin yorumlanmasıyla ilgili olarak şu tavsiyede bulunmaktadır: "...tasarı hükümleri yorumlanırken pay sahipleri ve alacaklıların haklarının korunmasındaki ekonomik menfaat ile şirketler topluluğunun çalışabilir bir mekanizma olmasının tüm topluma yaydığı ekonomik menfaat arasında bir denge sağlanması gerektiği gözden uzak tutulmamalı ve şirket topluluklarının işleyişini aşırı güçleştirici ve belirsiz riskler altına sokucu etkilerin yaratılmasından kaçınılmalıdır." Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 15. Yazarın bu tespiti akılda tutularak TTK hükümlerinin uygulandığı dönem içerisindeki etkinliği dikkate alındığında Kanun'un amaçladığı dengenin kurulamadığı ifade edilebilir.

⁷⁸² Şirketle işlem yasağını düzenleyen TTK m. 395 bir istisna getirerek şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirlerine kefil olabileceğini ve garanti verebileceğini kabul etmiştir. TTK 395/2'de bulunan bu istisna sebebiyle alacaklıların, yöneticilerin sorumluluğu yoluna gitmesi mümkün görünmemektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Daylık Yıldırım**, s. 91.

davaya kıyas yoluyla TTK 553, 555, 557, 560, 561 maddelerinin uygulanacağını altını çizmiştir. Hukuki çerçeve bu şekilde çizildikten sonra daire şu gerekçeyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur:

“Davacı, davalılardan Öza... şirketinin kullandığı kredilere dava dışı Özs.. şirketinin kefaletini almak suretiyle Özs.. şirketinin zararına sebep olduğunu, borca batık hale getirdiğini iddia etmekteyse de iddianın ileri sürülüş biçimine göre meydana geldiği iddia olunan zarar dolaylı zarardır. Kıyas yoluyla uygulanabilecek anılan madde hükümlerine göre de **alacaklı ancak zararın şirkete ödenmesini talep edebilir...**⁷⁸³”

Bu karar kapsamında uygulamayla ilgili bir takım tespitlerde bulunabiliriz. Öncelikle dikkati çeken husus ilk derece mahkemesinin davayı bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davası olarak nitelendirmesi ve alacaklının tazminat talebini bu çerçevede değerlendirmesidir. Hâlbuki davacı TTK 195, 202, 203, 206 maddelerini gerekçe göstererek TTK özel hükümleriyle hukuki bir çerçeveye bağlanan sorumluluk rejimi kapsamında bir talepte bulunmaktadır. Bu bağlamda mahkeme öncelikle bu hükümlerin uygulanabilirliği açısından TTK m. 195’te belirtildiği üzere bir şirketler topluluğunun var olup olmadığını tespit etmelidir. Eldeki verilere göre iki sermaye şirketi söz konusu olduğundan bunlardan birinin hâkim pozisyonunda olduğu bir topluluk TTK hükümlerine göre söz konusu olamaz. Zira bize göre bir şirketler topluluğu en az iki bağlı şirketten oluşmalıdır⁷⁸⁴. Buna karşılık TTK 195/5 gereğince teşebbüs olarak nitelendirilebilen gerçek kişilerin birlikte hâkimiyeti altında iki bağlı şirketten müteşekkil bir topluluk yapısı mümkündür. Her iki şirketin paysahipleri ve yöneticileri aynı gerçek kişilerdir. Teşebbüs olarak nitelendirilebilecek bu şahısların kontrolü altında bulunan şirketlerin bir topluluk oluşturduğu tespit edilebilirse ikinci aşamaya geçilerek topluluk hâkimi teşebbüse atfedilen müdahalenin TTK m. 202 kapsamına girip girmediği araştırılmalıdır. Somut olayda şirketlerden birinin diğerine kefalet vermesi hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı iddiasına dayanak olarak gösterilmiştir. Mahkeme eğer topluluk hâkimi teşebbüsün bağlı şirketlerden birini TTK m. 202/1’de belirtildiği gibi malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya zorladığı ve bunun sonucunda bağlı şirketlerden Özsoy’un kayba uğradığı sonucuna varmışsa bu kaybın denkleştirilip denkleştirilmediğini incelemek durumundadır. Eldeki verilere göre bir denkleştirme yapılmadığı ve bağlı şirketin uğradığı zarar sonucunda borca batık hale geldiği görülmektedir. Tam hâkimiyet söz konusu olduğundan, alacaklı TTK m. 206 gereğince hâkim şirket ve kayıptan

⁷⁸³ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

⁷⁸⁴ Bazı yazarların da tavsiye ettiği gibi Alman hukukundaki yaklaşıma göre bir değerlendirme yapılırsa biri hakim diğeri bağımlı konumunda olan iki şirketten müteşekkil topluluklar da uygulamada kabul görebilir. En küçük topluluk yapısıyla ilgili tartışmalar için bkz. Yuk. s. 130.

sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilir. Her ne kadar bu madde hükmünde sadece hâkim şirketten bahsediliyor olsa da TTK m. 195/5 gereğince topluluk hâkimi teşebbüs kavramı gerçek kişileri de kapsamaktadır. Kararda pay sahipliği durumuyla ilgili bir bilgi bulunmadığından davalı konumunda bulunan gerçek kişilerin her iki şirketi de birlikte hâkimiyet altında tutan teşebbüsler olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bilinmemektedir. Bu şahıslardan birisi hâkim teşebbüs diğerleri ortak yönetici konumunda olabilir. Bu hususların incelenmesi ve bir açıklığa kavuşturulması, bir topluluğun var olup olmadığıyla alakalı olarak öncelikle ele alınması gereken konulardır. Ancak ilk derece mahkemesi bu hususları incelemeyen ve detaylı bir gerekçe sunmadan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şartlarının oluştuğundan bahisle tazminat talebinin kabulü yoluna gitmiştir.

Yargıtay buna karşılık alacaklının açtığı tazminat davasına TTK m. 206'nın yaptığı yollama sebebiyle TTK m. 202/1(e) fıkrası gereğince TTK'nın 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddelerinin uygulanacağı hususuna odaklanmıştır. Dolayısıyla dava, yöneticilerin sorumluluğuyla sınırlı bir çerçevede ele alınmıştır. Daire de TTK'nın topluluk hükümlerinin uygulanabilirliği yönünden bir değerlendirme yapmamıştır. İddiaya göre tam hâkimiyet altında olan bu bağlı şirket TTK m. 204'ün yasakladığı şekilde varlığını tehlikeye düşürebilecek şekilde bir talimat almış ve sonuçta iflas etmiştir. Bu husus TTK özel hükümleriyle getirilen özel sorumluluk rejiminin uygulanabilirliği açısından kilit öneme sahiptir. Zira TTK m. 204 hükmüne aykırı bir şekilde bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez. Bu yasağa rağmen topluluk hâkimi böyle bir talimat vermiş ve bağlı şirket bu sebeple iflas etmişse TTK hükümleriyle çerçevesi çizilen imtiyazlı sorumluluk rejimi, münhasır olarak uygulanabilir olma özelliğini kaybedecektir. Buna göre Yargıtay'ın TTK'nın 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddelerinin uygulama yeri bulacağı ve bu sebeple alacaklının ancak zararın şirkete ödenmesini talep edebileceği yönündeki tespitine katılmıyoruz. Zaten tazminatın ödenebileceği borçlu şirket de iflas etmiş ve tasfiye süreci başlamıştır. Bu bir çözüm yolu olarak kabul edilirse ortaya çıkan sonuç yine alacaklı yönünden tatmin edici olmayacaktır. Zira davacı alacaklının açtığı dava sonucunda hükmedilen tazminatın davalı yöneticiler tarafından iflas masasına ödenmesi durumunda davacı diğer alacaklılarla birlikte sıraya girecek ve muhtemelen alacağını yine tahsil edemeyecektir. Dolayısıyla özel hükümlerin uygulanmasında ısrar edilecek olursa bu, alacaklı yönünden etkin bir çözüm sağlamayacaktır.

Kısacası bu davada, TTK hükümleriyle çerçevesi belirlenen şirketler topluluğu sorumluluk hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmemiştir. Sonuç olarak bize göre ilk derece mahkemesinin varmış olduğu sonuç doğru olmakla birlikte neden yasal düzenlemelerin uygulanabilir olmadığını ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama yeri bulunduğunu açıklıkla göstermemesi bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Tüm bu açıklamalar ışığında TTK hükümlerinin alacaklının korunması noktasında yeterli korumayı sağlamadığı ifade edilebilir. Mevcut şirketler topluluğu hukuku, ne kadar etkin olduğu tartışmalı olmakla birlikte, bağlı şirketin ayakta tutulması üzerinde odaklanmakta; alacaklılara doğrudan topluluk hâkimine yöneltebilecekleri bir talep hakkı tanımamaktadır. Kanun'a göre alacaklı tazminat davası açabileceği hallerde de şirketin kaybının tazminini talep edebilecek, kendi alacağının kendisine ödenmesini dava konusu yapamayacaktır. Bu anlamda alacaklıya borçlusu bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini sorumsuzcu kullanarak yok olma noktasına getiren topluluk hâkimine başvuru imkânı tanınmaması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı ve bu suretle bağlı şirketin borçlarını ifa edemez hale getirildiği durumlarda bağlı şirket alacaklısına kendi alacağı için topluluk hâkimi konumundaki kişiye başvuru imkânı tanınmalıdır. Mevcut düzenlemeler topluluk içi dinamiklere yabancı olan alacaklıya, başarı ihtimali şüpheli bir dava süreci sonunda, bağlı şirkete yapılacak denkleştirme üzerinden alacağını elde edebilme yönünde bir beklenti sunmaktan başka bir çözüm getirmemektedir⁷⁸⁵.

Bu eksiklik sebebiyle kanuni düzenlemelere alternatif olarak gösterilebilecek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanan davalara sıklıkla müracaat edildiği görülmektedir. Bunun altında yatan sebep tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şeklinde genelleştirilebilecek yargısal uygulamaların alacaklıya doğrudan bir çözüm sunmasıdır⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ Bazı yazarlar bu yetkinin tam hâkimiyetle sınırlı olarak TTK m. 206 hükmü gereğince tanındığını ileri sürmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi biz bu görüşe katılmıyoruz. Sadece %100 pay sahipliği sebebiyle bu kadar radikal (Alman Topluluk Hukukundaki sözleşmesel – fiili topluluk ayrımında olduğu gibi) bir ayrımın yapılması mantıki değildir. Tam hâkimiyetin yol açtığı bu olumsuzluğu aşmak isteyen bir topluluk hâkimi %100 yerine %90 – 95 pay sahipliğini tercih edebilir ve böyle bir pay sahipliğiyle de tam hâkimiyetin sağladığı yetkileri rahatlıkla kullanabilir.

⁷⁸⁶ Bu zafiyetlerine rağmen *Akın* şirketler topluluğu hukukuyla birlikte tüzel kişilik perdesini kaldırma teorisine göre çok daha güçlü ve sınırları net tespit edilmiş bir sorumluluk alanı getirildiğini savunmaktadır. Bkz. *Akın*, s. 177. Kanaatimizce getirilmiş bu sorumluluk sisteminin bağlı şirket alacaklılarının yaşayabilecekleri mağduriyetleri giderme konusunda güçlü bir koruma sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması zorunlu olarak gündeme gelebilecek bir çözüm yolu olarak belirmektedir.

2.4.2. Sonuç

Tüm bu açıklamalar ışığında kısaca TTK özel hükümleri ile öngörülen koruma sisteminin bağlı şirket alacaklıları için yeterince koruma sağlamadığı görülmektedir. Bu çıkarım hem sözleşmesel alacaklılar hem de haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı sebeplerden dolayı kendini alacaklı konumunda bulan şahıslar için geçerlidir. Sözleşmesel alacaklılarla ilgili olarak Kanun'un daha çok sorumluluğun ortaya çıkmasını önleme boyutuna odaklandığı görülmektedir. Buna rağmen bağlı şirket ödeme güçlüğü içerisine girmişse alacaklılar açısından meydana gelen olumsuz sonuçları telafi etmeyi sağlayacak kurallar noktasında eldeki düzenlemeler yeterli değildir⁷⁸⁷. Haksız fiil alacaklıları ise şartları oluşmadığından hiçbir şekilde TTK özel hükümlerine müracaat edemezler.

Yukarıda detaylı olarak ortaya koyulduğu üzere maddi olarak da öngörülen koruma mekanizması alacaklılar açısından yeterince etkin bir koruma sağlayamamaktadır. Eldeki çerçeve daha çok bağlı şirketin varlığını korumaya odaklanmıştır. Topluluk tehlikesi gerçekleşir ve bağlı şirket borçlarını ifa edemez hale gelirse alacaklı belirli şartlar altında şirket zararının borçlusu şirkete ödenmesini talep edebilmektedir. Alacaklıya doğrudan kendi alacağı için bir talep hakkı tanımayan bu çözüm yolunun ne kadar etkin bir koruma sağladığı tartışmalıdır.

TTK şirketler topluluğu hukukunun sağlamadığı koruma diğer hukuki imkânlar değerlendirilerek sağlanabilir. Bir sonraki bölümde genel hükümlere dayanan bu ihtimaller üzerinde durulacaktır.

⁷⁸⁷ Akın mevcut düzenlemelerin alacaklılar açısından etkin bir koruma sağlamadığını şu cümlelerle ifade etmektedir: “Alacaklılar bağlı şirketten olan alacaklarının tahsilini sağlamak amacıyla bağlı şirketin uğradığı zararın tazminini hâkim şirketten talep edebilirler. Ancak hâkim şirketin hâkimiyetindeki bağlı şirketin bu zararının dava sonucu tazmin edilmesi halinde dahi, alacaklıların elde edilen bu menfaatten dolayı da olsa bir fayda görmemeleri büyük olasılıktır. Bu dengenin mahkeme tarafından gözetilmesi gerekmektedir.” Yazar bu sorunu gidermede TTK m. 202/I – b hükmünün tanıdığı takdir yetkisinin hâkim tarafından kullanılmasını teklif etmektedir. Bu maddede hâkimin “duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme” karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Yazar, hâkimin bu hükme dayanarak topluluk hâkiminden tahsil edilecek tazminattan öncelikle alacaklının muaccel olan alacağının ödenmesine karar verilebileceğini belirtmektedir (Bkz. Akın, s. 258, 259). Buna karşılık Göktürk TTK m. 202/1-b hükmünün sadece pay sahipleri için uygulanabilir olduğunu belirterek alacaklılar açısından bir yarar sağlamayacağını ifade etmektedir (Bkz. Göktürk, s. 131). Göktürk’ün de ifade ettiği gibi bu madde hükmünün alacaklılar için uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL HÜKÜMLER VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ KAPSAMINDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK İLİŞKİLERİ

3.1. Özel Hükümlerle Getirilen Sorumluluk Rejimini Telafi Edici Bir Yaklaşım İhtiyacı

Şirketler topluluğu yapısal olarak toplulukla ilgili kişiler arasında bir menfaat çatışması riskini barındırmaktadır. Çıkarları çatışabilecek paydaşlar genel olarak topluluk ve hâkim ortak, bizzat bağlı şirket tüzel kişiliği, bu şirketin azınlıkta kalan pay sahipleri, alacaklıları, çalışanları, tüketiciler ve diğerleri şeklinde sıralanabilir. Çalışmamız, bu çatışan taraflar içerisinde bağlı şirket alacaklıları yönünden konuya yaklaşmaktadır.

Bir önceki bölümün sonuç kısmında da ifade edildiği üzere Türk şirketler topluluğu hukukuna ilişkin düzenlemelerin (TTK m. 195 – 209) bağlı şirket alacaklıları için etkin bir hukuki koruma sunduğunu ileri sürmek mümkün değildir. TTK'nın topluluk içi sorumluluğa ilişkin hükümleri topluluk yapısının barındırdığı menfaat çatışması ihtimallerini dikkate alarak koruyucu bir mekanizma getirmeye çalışmış; bu mekanizmanın yetersiz kalması ihtimaliyle ilintili olarak da bir sorumluluk sistemi tesis etmiştir. Bu sorumluluk sisteminin temel kaygısı tüm menfaatlerin odaklandığı bağlı şirketin ayakta tutulmasıdır. Bu anlayışa uygun olarak topluluk hâkiminin hukuka aykırı müdahaleleri sebebiyle bağlı şirketin malvarlığında meydana gelen eksilme veya zarar topluluk içinde halledilmesi gereken bir mesele olarak değerlendirilmiştir (*innenhaftung*). Buna göre topluluk hâkiminin, hâkimiyet uygulamalarından etkilenen bağlı şirketin kaybı ve bu kaybın telafisiyle sınırlı bir çerçeveye benimsenmiştir.

Bu bağlamda topluluk hâkiminin müdahaleleri sonucunda, borçlarını ifa edemez hale gelen bir bağlı şirketin alacaklılarının bağlı şirketten elde edemediği alacağıyla ilgili taleplerini topluluk hâkimi ve diğer topluluk şirketlerine yöneltip yöneltemeyeceği (*außerhaftung*) bir soru olarak akla gelmektedir. Bu soruya TTK tarafından öngörülen özel hükümlerle sınırlı bir uygulamadan bahisle olumsuz cevap vermek hakkaniyete aykırı olacaktır. Dolayısıyla bağlı şirket alacaklısı belli durumlarda, kendi borçlusu bağlı şirketten elde edemediği alacağından kaynaklanan zararın tazmini için genel hükümler ve diğer alternatif yollara dayanarak topluluk şirketlerine müracaat edebilmelidir.

Topluluk tehlikesinin gerçekleşme riskine karşı öngörülen özel hükümler yukarıda da dikkat çekildiği üzere topluluk hâkimi açısından aslında imtiyazlı bir sorumluluk rejimi getirmiştir. Bu sebeple topluluk hâkiminin bu rejimin sağladığı avantajlardan yararlanabilmesi için hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumlu bir şekilde kullanmasını temin eden hükümlerle uyumlu bir hâkimiyet uygulaması benimsemesi şarttır. Ancak bu şartla denkleştirme sistemine dayalı özel sorumluluk rejimi münhasır olarak uygulanabilir olacaktır. Bu sorumluluk rejiminde hukuka aykırılık, denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla askıda bekleyen bir sorumluluk hali söz konusudur. Topluluk hâkimi denkleştirmede bulunursa hukuka aykırılık şartı gerçekleşmeyeceğinden, sorumluluk da doğmayacaktır. Bu sonuç sadece özel hükümler için değil, genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi gibi alternatif yollar için de geçerlidir. Bu yönüyle, topluluk hâkimi için önemli avantajlar barındıran bu rejim, topluluk menfaatini gözetken, bağlı şirketlerin varlığına saygı gösteren, sorumluluk sahibi girişimciler için öngörülen imtiyazlı bir sorumluluk rejimidir⁷⁸⁸. Bağlı şirketlere Kanun'un öngördüğü çerçeveyi aşar nitelikte müdahalelerde bulunan bir topluluk hâkiminin her hâlükârda bu imtiyazdan yararlanıyor olması kabul edilemez. Dolayısıyla TTK'nın özel hükümlerle getirdiği imtiyazlı sorumluluk rejiminin münhasıran uygulanabilir olması belirli şartlar dâhilinde mümkündür. Kanun'un öngördüğü çerçeveyi aşan, topluluk menfaati kavramıyla açıklanamayan aşırı hâkimiyet uygulamaları açısından hukuka aykırılık şartı kendiliğinden gerçekleşecektir. Böyle bir durumda, imkân dâhilinde olsa bile, denkleştirme hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Bununla birlikte, TTK özel hükümleri de münhasıran uygulanabilir olmaktan çıkacaktır. Alacaklı, Kanun'un öngördüğü çerçeveyi aşan müdahalelerden kaynaklanan zararı sebebiyle genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine de müracaat edebilmelidir.

Bu bölümde alacaklının başvurabileceği diğer hukuki yollar incelenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak genel hükümler başlığı altında haksız fiil ve yöneticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler kapsamında alacaklının başvurabileceği yollar ve bunların hükümleri ele alınmıştır. Sonraki kısımda ise bugün için uygulamada tercih edilen başvuru yolu haline gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi incelenecektir. Bu incelemede, teorinin ilk bölümde detaylı bir şekilde ele alınan geleneksel uygulamasıyla, şirketler topluluğuna özgü meselelerden kaynaklanabilecek sorunlarla ilgili uygulaması arasında bir ayrıma gidilmiştir.

⁷⁸⁸ Bu hükümlerin öngördüğü sorumluluk rejimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 177 vd.

Daha da somutlaştırmak gerekirse bağlı şirketin tüzel kişiliği bir kaçınma veya gizleme aracı olarak kötünietli amaçlar için bir perdeleme aracı olarak kullanılıyor olabilir. Bu durumda ilk bölümde ele aldığımız tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin geleneksel uygulaması gündeme gelebilecektir. Bunun ötesinde tek bir bağlı şirketten ziyade topluluk yapısının kötüye kullanılması da mümkündür. Bu durumda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bu farklı durumun özelliklerine uyarlanarak uygulanabilir. Dolayısıyla bu teorinin şirketler topluluğundaki uygulaması bir ayrıma gitmeyi gerektirir.

Bu kapsamda ilkin topluluk hâkiminin hâkimiyeti altındaki bağlı şirket veya şirketleri bir perdeleme aracı olarak kullandığı durumlar ele alınacaktır. Bu esasında yukarıda ilk bölümde incelediğimiz teorisinin tipik uygulamasının şirketler topluluğuna bir uyarlaması olarak ifade edilebilir. İkinci olarak, şirketler topluluğuna özgü meselelere dikkat çekilerek uygulamanın geliştirilmesi için bazı önerilerde bulunulacaktır. Uygulamada topluluğun yapısal özelliklerini dikkate almayan veya daha doğru bir deyişle buna yeterince ağırlık vermeyen bir yaklaşımın benimsenmiştir. Oysaki bağlı şirket alacaklısının mağduriyetine yol açan temel etken topluluk hâkiminin kötü hâkimiyet uygulamalarından ziyade topluluğu yapılandırma biçimi olabilir. Yani topluluk bilinçli olarak kanun koyucunun ortaya koyduğu ilkeleri ihlal eder bir tarzda tamamen topluluk hâkiminin menfaatlerine odaklanılarak yapılandırılmış olabilir. Böyle bir topluluk yapısı söz konusu olduğunda şirketler topluluğunun hususiyetlerinden kaynaklanan, onun yapısal özelliklerini öne çıkaran bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönteminin söz konusu olup olamayacağı da araştırılmalıdır. Şirketler topluluğunun birtakım meşru ekonomik amaçlar için meydana getirilmesi önünde hiçbir engel yoktur. Ancak kanuni düzenlemeler kapsamında tanınan bu imkân, birtakım kötü niyetli girişimciler tarafından istismar edilebilir. Topluluğun yapısal olarak kötüye kullanılması bir perdenin kaldırılması ve sorumluluk sebebi olarak ileri sürülebilmelidir. Bu kapsamda topluluğun esasında tek bir ekonomik birim oluşturduğundan bahisle perdenin kaldırılması yoluna gidilip gidilemeyeceği araştırılacaktır. Bu gibi durumlar için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması alacaklılar yönünden daha etkin bir çözüm yolu teşkil edebilir.

Sonuç olarak özel hükümler olduğundan bahisle alacaklının sadece TTK m. 202 ve onun devamı niteliğindeki hükümlerde öngörülen sorumluluk sistemiyle iktifa etmesini, bu hükümler uygulanamaz ise zarara katlanmasını öneren bir düşünce kabul edilemez. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. TTK ile getirilen topluluk hukukunun başlıca amacı hâkimiyetin kullanımını sınırlandırmak ve bağlı şirketin hâkim şirket tarafından bir

araçsallaştırılmasına engel olmaktadır. Alacaklı açısından birinci derecede önemli olan menfaat ise kendi alacağını tahsil etmektir. TTK hükümleri alacaklının bu menfaatini doğrudan koruma altına alan bir çerçeve sunmamaktadır. Dolayısıyla eğer hâkim teşebbüs bağılı şirket üzerinde tesis ettiği hâkimiyeti kötüye kullanmış ve bu sebeple bağılı şirket borçlarını ödeyemez hale gelmişse bu şirketin alacaklıları bu sonuçta pay sahibi bulunan topluluk hâkimine ve halin icabına göre topluluğa müracaat ederek alacaklarını talep edebilmelidir. Bu amaçla genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin sağladığı açılımlardan yararlanılabilir.

3.2. Alacaklının Başvurabileceği Genel Hükümler

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması bir sorumluluk sebebi olarak TTK'nın şirketler topluluğuyla ilgili hükümleri dâhilinde düzenlenmiş bir konudur. Yukarıda detaylı olarak bu düzenlemelerle getirilen özel sorumluluk rejimini ele almıştık⁷⁸⁹. Genel hükümlere kıyasla topluluk hâkimi açısından daha imtiyazlı bir sorumluluk rejimi getiren bu düzenlemeler, yukarıda da izah edildiği gibi ancak belirli şartlar söz konusuysa münhasıran uygulanabilir olacaktır⁷⁹⁰. Bu şartları taşımayan müdahalelerden kaynaklanan zararları için alacaklılar, özel hükümlerle getirilen sorumluluk rejimiyle yetinmek zorunda değildir; genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi alternatif yollara da başvurabilirler.

Bu kısımda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması kapsamına girmekle birlikte TTK sorumluluk hukukunun uygulanamadığı durumlarla ilgili olarak genel hükümler kapsamında müracaat edilebilecek hukuki yollar ele alınacaktır. Bu bağlamda bağılı şirket alacaklısının, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini Kanun'un öngördüğü sınırlara uymaksızın kullanan ve bu suretle bağılı şirketi taahhüdlerini yerine getiremez bir hale sokan topluluk hâkimine başvururken müracaat edebileceği genel hükümler ele alınacaktır. Genel hükümler kapsamındaki bu başvuru yolları sadece topluluk hâkimi teşebbüsün sorumluluğu sonucunu doğuracak uygulamalardır. Şirketler topluluğunun sorumluluğuna yol açacak uygulamalar ise bir sonraki kısımda tek ekonomik birim/ünite veya tek işletme yaklaşımının uygulanmasıyla alakalı olarak ayrıca detaylı bir şekilde tartışılmıştır.

⁷⁸⁹ Bkz yuk. sh. 177 vd.

⁷⁹⁰ Bkz. yuk. sh. 206 vd.

3.2.1 Haksız Fiil Hükümleri

3.2.1.1. Genel Olarak

Şirketler topluluğunda topluluk hâkiminin, hâkimiyetten doğan yetkilerini kötüye kullanması esas olarak TTK'nın özel hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması bir sorumluluk sebebi olarak hüküm altına alınmıştır. Topluluk hâkimi müdahaleleriyle bağlı şirketi bir kayba uğratırsa bunu denkleştirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmezse bu defa bağlı şirket zararının tazminiyle yükümlü tutulabilecektir (TTK m. 202, 206). Yukarıda da ifade edildiği gibi, TTK hükümleriyle özel olarak düzenleme altına alınan şirketler topluluğu sorumluluk rejimi, genel hükümlere kıyasla daha elverişli koşullar sağlamaktadır⁷⁹¹. Bu sebeple bu rejim, sorumluluğunu bilen, bağlı şirketlere ancak topluluk menfaatini gözeterek müdahalelerde bulunabileceğinin bilincinde olan topluluk hâkimi için öngörülmüş bir imtiyaz olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu bilinçle hareket eden ve buna rağmen birtakım müdahaleleriyle bağlı şirketin kaybına yol açan bir topluluk hâkimi, öncelikle denkleştirmede bulunarak giderimde bulunma; aksi halde bağlı şirket zararını tazmin şeklindeki imtiyazlı sorumluluk rejiminin imkânlarından faydalanabilir. Kanun'un getirdiği bu uygulama çerçevesini dikkate almayan, topluluk menfaatini gözetmeksizin sadece kendi menfaatleri için bağlı şirkete keyfi müdahalelerde bulunarak bağlı şirketi ve onun paydaşlarını zarara uğratan bir topluluk hâkimine karşı genel hükümler uygulanabilir hale gelecektir.

TTK özel hükümlerinin belirli bir çerveye mahsus kıldığı bu sorumluluk halinin niteliğiyle ilgili farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan birisi *Tekinalp* tarafından savunulan, topluluğun niteliğine göre sözleşme sorumluluğu veya haksız fiil sorumluluğu görüşüdür⁷⁹². Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, topluluk sözleşmesel bir topluluksa sorumluluğun sebebi sözleşme hükümlerine aykırılık olacaktır. Buna karşılık bir fiili topluluk söz konusuysa haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu bağlamda fiili topluluk söz konusuysa topluluk hâkiminin müdahaleleriyle bağlı şirket zararına yol açması bir haksız fiil olarak nitelendirilebilir.

Bu nitelendirmeye göre, TTK özel hükümleriyle (TTK m. 202 – 206) getirilen imtiyazlı sorumluluk rejiminin uygulanma şartları oluşmamışsa haksız fiil hükümleri topluluk hâkimine başvuru için kullanılacak başlıca yollardan birisi olabilir; çünkü uygulamada yerleşik olan

⁷⁹¹ Bu rejimin sağladığı avantajlar için bkz. Yuk. s. 206.

⁷⁹² **Tekinalp**, Sermaye, s. 653, 654.

topluluklar fiili topluluklardır. Hatta mevcut TTK hükümleri, sözleşmesel toplulukların uygulamada yeri olmadığı kabulüyle bunlar için ayrı bir rejim öngörmemiş; fiili topluluklara ilişkin hükümlerin bu topluluklar için de uygulanacağı esasını benimsemiştir. Uygulamadaki bu gerçeklik göz önünde bulundurularak genel hükümler altında öncelikle haksız fiil hükümleri incelenmiştir.

Aynı sorun mehz Alman hukukunda da uzun süren bir tartışmanın konusu olmuştur. Yukarıda da detaylı bir şekilde ifade edildiği gibi Alman hukukunda şirketler topluluğu APOK hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş ve özgün bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir⁷⁹³. Ancak burada da yasal düzenlemelerin uygulanma kabiliyetinin olmadığı durumlarla ilgili olarak ne gibi yollara başvurulabileceği uzun süre tartışılmış ve ilginç bir içtihat hukuku ortaya çıkmıştır. Bu konuyla ilgili olarak Alman mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar bağlı limited şirketlerin (GmbH) yer aldığı toplulukları konu almaktadır⁷⁹⁴. Zaman içerisinde Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof* – BGH) farklı gerekçelere dayanarak soruna bir çözüm yolu aramıştır. Aşağıda bu bağlamda geliştirilen içtihat hukuku kronolojik olarak kısaca özetlenmeye çalışılmıştır⁷⁹⁵. Bu kararlardan bazılarında hâkim ana şirketin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumluluğu haksız fiil hükümlerine dayandırılmıştır. Özellikle aşağıda ele alınan *KBV* ve *Trihotel* kararları birtakım farklılıklar içermekle birlikte bu uygulamayı örnekleyen önemli emsal kararlardır⁷⁹⁶.

Türk hukuku açısından da genel hükümler bağlamında akla gelen ilk ihtimal haksız fiil hükümleri olacaktır. Topluluk hâkimi lehine imtiyazlı bir sorumluluk rejimi öngören özel hükümlerin uygulama şartları oluşmamışsa bağlı şirket alacaklısının haksız fiil hükümler kapsamında topluluk hâkimine müracaat edip edemeyeceği tartışılması gereken önemli bir meseledir. 6098 sayılı ve 11.1.2011 tarihli Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. maddesinde haksız fiil sorumluluğu genel olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu madde hükmüne göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten

⁷⁹³ Bkz. Yuk. s. 165 vd.

⁷⁹⁴ *Yanlı* bunun sebeplerini şu şekilde sıralamaktadır: 1) limited ortaklıkların sayısı anonim ortaklıklara oranla çok daha fazladır. 2) Sorumluluk meselesinin ortaya çıkmasına neden olan bağlı şirketin malvarlığının yetersizliği sorunu özellikle limited şirketlerde yaygın bir uygulamadır. 3) Kamuyu aydınlatmaya yönelik kuralların varlığı ve katı bir şekilde uygulanması anonim şirketlerin kötüye kullanılmasını zorlaştırmaktadır. 4) Anonim şirketlerle alakalı sorumluluk meseleleri büyük oranda sözleşmesel konzernde ortaya çıkmaktadır. Bunlarla ilgili hükümler de sorunun çözümü noktasında yeterli korumayı sağlamaktadır. Bkz. *Yanlı*, s. 211, dn. 922.

⁷⁹⁵ Alman Federal Mahkemesinin kararları için bkz. aşağıda s. 323 vd.

⁷⁹⁶ *Trihotel* kararı için bkz. Aşa. s. 336.

zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesi için gerekli olan unsurlar fiil, zarar, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık olarak sıralanmaktadır⁷⁹⁷.

3.2.1.2. Unsurları

3.2.1.2.1. Topluluk Hâkiminin Fiili

Alacaklı öncelikle topluluk hâkiminin eylemini, yani TTK m. 202 ve 206 kapsamında dava açan bir alacaklı hangi olguları ortaya koyacaksa onları ortaya koymak durumundadır. Mesela TTK m. 202’de hukuka aykırı müdahalelerin bazıları örnek kabilinden gösterilmiştir. Bağlı şirkete yönelik bu tip müdahale veya müdahaleler haksız fiil hükümleri gereğince açılacak böyle bir davada da gündeme getirilmesi gereken en önemli olgulardır. Haksız fiil hükümleri, topluluk hâkimi için imtiyazlı bir sorumluluk rejimi sağlayan TTK özel hükümlerinin uygulanmadığı hallerde başvurulacak hükümler olduğundan alacaklının ayrıca bu durumu da ileri sürmesi gerekir.

Daha açık ifade etmek gerekirse topluluk menfaati gözetilerek yapılan somut, bireyselleştirilebilir ve belirlenebilir müdahaleler sonucunda denkleştirilme kabiliyeti olan bir kaybın, TTK m. 202/1(a),(b) gereğince denkleştirilmemesinden kaynaklanan bir zarar söz konusuysa basit müdahalenin varlığından bahsedilebilir. Bu tarz müdahalelerin bağlı şirkette yol açtığı kaybın denkleştirilmesi; bunda ihmal gösterilmesi halinde ise tazmini esasına dayanan TTK’nın özel hükümleri öncelikle uygulama yeri bulacaktır. Topluluk hâkimine imtiyazlı bir sorumluluk rejiminden faydalanma imkânı sağlayan bu hükümlerin her hâlükârda uygulanması mümkün değildir. Özellikle topluluk hâkiminin müdahaleleri nitelikliyse; somutlaştırılıp bireyselleştirilemiyorsa; hangi müdahalenin ne büyüklükte bir zarara yol açtığı hesaplanamıyor ve bu sebeple de denkleştirilemiyorsa özel hükümlerin uygulanma imkânı yoktur. Bu tarz müdahaleler her şeyden önce kanunun uygulanma şartı olarak benimsediği topluluk yararını gözetme ilkesiyle çatışmaktadır.

Bu tarz müdahalelerin yol açtığı zarar sebebiyle haksız fiil hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda haksız fiil sorumluluğuna yol açabilecek topluluk hâkiminin fiili, topluluk yararını gözetmeyen, keyfi bir müdahalenin varlığı veya onun da ötesinde

⁷⁹⁷ Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 116.

hâkimiyet uygulamalarının genel olarak sorunlu olduğu yönündeki olgulara dayanacaktır. Bununla birlikte alacaklı, kendi borçlusu bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesine ve dolayısıyla alacağını tahsil edememesine topluluk hâkiminin hukuk dışı bu hâkimiyet uygulamalarının yol açtığını da ortaya koymalıdır⁷⁹⁸. Ancak bu noktada bağlı şirket alacaklısının detaylı bir şekilde topluluk hâkiminin müdahalelerini göstermesi ondan beklenmemelidir. Zira bağlı şirket alacaklısının topluluk içi işleyişle ilgili detaylı bir malumata sahip olması mümkün değildir. Genel olarak topluluk hâkiminin bağlı şirketi idare eden asıl irade olduğunu ve onun kanuna aykırı aşırı müdahaleleri ve yönetim tarzı sebebiyle bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine girdiğini ortaya koyması yeterli kabul edilmelidir.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus müdahalenin niteliğidir. Hukukun tanıdığı sınırlar içerisinde kalan, şirketler topluluğunun faaliyetlerini yürütebilmesi açısından meşru ve gerekli müdahaleler sorumluluğa yol açmaz. Dolayısıyla haksız fiil ithamıyla karşı karşıya kalan topluluk hâkimi, yapmış olduğu müdahalelerin iktisadi açıdan makul, mantıklı ve gerekli olduğunu ortaya koyabilirse bir haksız fiilin varlığından söz edilemez.

3.2.1.2.2. Kusur

Haksız fiil hükümlerinin uygulanması söz konusu olduğunda gündeme gelecek en önemli meselelerden birisi kusur sorunudur. En basit bir şekilde kusur hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği, uygun bulmadığı bir davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁹. Dolayısıyla kusurlu bir fiil daima hukuka aykırı bir fiildir⁸⁰⁰.

Kusur kast ve ihmal olarak iki farklı görünüme sahiptir. Bu ayrım ceza hukukunda olduğu kadar önemli bir ayrım değildir. Kusurlu olan fail hafif ihmalle olsa dahi verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulabilir⁸⁰¹. Bunun tek istisnası TBK m. 49/2 hükmüdür. Buna göre zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla ahlaka aykırı bir şekilde verilen zararlardan dolayı ancak kast söz konusuysa tazmin borcu ortaya çıkacaktır⁸⁰².

⁷⁹⁸ Aşağıda ele aldığımız Alman Federal Mahkemesi'nin KBV kararında, ortakların şirket malvarlığını azaltan eylemleri şirket yapısının istismarı olarak değerlendirilmiş ve alacağını tahsil edemeyen davacı şirket alacaklısına karşı işlenmiş bir haksız fiil olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Aşa. s. 334.

⁷⁹⁹ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021, s. 653; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, sh. 407.

⁸⁰⁰ Eren, s. 653.

⁸⁰¹ Bununla birlikte kusurun derecesi sorumluluğun kapsamı bakımından önemlidir. Bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 408.

⁸⁰² Eren, s. 658, 659. *Kılıçoğlu* sadece kast değil ağır ihmalin de sorumluluğa yol açabileceği görüşündedir. **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 410.

Kastın tasavvur (tasarlama) ve irade (isteme) olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Tasavvur unsuru hukuka aykırı sonucun öngörülmesini ifade eder. İrade ise bu sonucun istenmesi ve kabul edilmesidir. Hukuka aykırı sonucun mutlaka arzu edilmesi şart değildir; bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması kastın oluşması için yeterlidir. Kast buna göre doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eğer hukuka aykırı sonuç doğrudan istenmekte ise doğrudan kast (*dolus directus*); bu şekilde istenmiyor ama umursanmayarak göze alınıyorsa dolaylı kast (*dolus eventualis*) söz konusu olmaktadır⁸⁰³. Kısacası dolaylı kastta fail, sonucun meydana gelme ihtimalini öngörüp sonucu istememiş olsa bile meydana gelebilecek muhtemel sonuçları göze almaktadır⁸⁰⁴. Diğer bir kusur hali olan bilinçli ihmal dolaylı kasta benzemektedir. Burada da fail hukuka aykırı bir sonucun ortaya çıkma ihtimalini öngörmektedir. Ancak dolaylı kastta zararın meydana gelmesi göze alınırken, bilinçli ihmalde bundan farklı olarak zararlı sonucun meydana gelmeyeceği umulmaktadır⁸⁰⁵.

Haksız fiil sorumluluğunda kusurun varlığı sorumluluk için yeterlidir. Bununla birlikte sorumluluğun kapsamında dikkate alınan ayırım ağır kusur – hafif kusur ayırımıdır. Bu bağlamda hem dolaylı kast hem de bilinçli ihmal ağır kusur kategorisine giren durumlardır. Ancak bu ayırımın önemi TBK m. 49/2 hükmünün uygulanması noktasında ortaya çıkmaktadır⁸⁰⁶. Bu düzenlemeye göre zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla ahlaka aykırı eylemler sebebiyle verilen zararlar ancak kast söz konusuysa tazmin borcu doğurmaktadır. Burada ifade edilen kastın dolaylı kastı da içerip içermediği tartışmalıdır. Madde metninde herhangi bir ayırım yapılmadığından, salt zarar kastı aramanın bu madde hükmünün uygulanabilirliğini imkânsız hale getireceği dikkate alındığında dolaylı kastın da yeterli olduğu ifade edilebilir⁸⁰⁷. Ancak bilinçli ihmal hali söz konusuysa kusur şartı gerçekleşmemiş

⁸⁰³ Eren, s. 659, 660. Koşar, Günhan, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 159, 161.

⁸⁰⁴ Koşar, s. 161; Yrg. 10 HD. E. 2015/23686, K. 2018/406, T. 25.01.2018 “...Kast, hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesidir (Prof. Tunçomağ-Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt-1965). Ancak, eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebilmesi için, bütün zararların önceden istenilmiş bulunması aranmaz. (Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, İstanbul-1948, Çeviren Doç. Dr. Bülend Davran) Kastın özel birtürünü oluşturan ve ihtimali kast (olası kast) olarak adlandırılan kusur türünde; fail, işlediği fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceğini öngörmekte ve bu sonuçları istememekle birlikte kabul etmektedir.” Benzer nitelikte kararlar için bkz. YRG. 10 HD. E. 2015/19485, K. 2017/6977, T. 18/10/2017; YRG. 10 HD. E. 2017/3705, K. 2017/5701, T. 13.09.2017.

⁸⁰⁵ Koşar, s. 162.

⁸⁰⁶ Koşar, s. 163.

⁸⁰⁷ Koşar, s. 170, 171.

sayılacağından sorumluluk doğmayacaktır. Dolayısıyla ahlaka aykırı fiillerle verilen zararlardan dolayı sorumluluk noktasında dolaylı kast – bilinçli ihmal ayrımının sonuçları önemlidir.

Konumuz açısından değerlendirecek olursak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve topluluk hâkiminin bu kapsamda yaptığı müdahale veya müdahalelerin bağlı şirket tüzel kişiliği üzerinde yarattığı sonuçların onun alacaklısı olan kişiler yönünden de olumsuz sonuçlar doğurması söz konusudur. Dolayısıyla topluluk hâkiminin doğrudan bağlı şirket alacaklılarını zarara uğratmak gibi bir niyeti bulunmayabilir. Ancak bağlı şirket üzerinde hâkimiyet kuran bir topluluk hâkimi yapmış olduğu herhangi bir müdahalenin bu şirketin menfaatine aykırı sonuç doğurup doğuramayacağını öngörebilecek durumdadır. Dahası bu suretle hukuka aykırı bir müdahalede bulunan topluluk hâkimi bu müdahalesi sonucunda bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşeceğini ve ondan alacaklı olan kişilerin zarara uğrayacağını da rahatlıkla öngörebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda tasavvur unsuru gerçekleşmektedir. Diğer taraftan topluluk hâkimi müdahale sonrası bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesi sebebiyle alacaklıların alacaklarını tahsil edememelerini doğrudan istemese dahi bu sonucu kabul etmekte ve göze almaktadır. Böylelikle irade unsuru da böyle bir durumda gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla ortaya çıkan nihai sonuçtan; yani alacaklının zararından dolayı müdahalede bulunan topluluk hâkimi dolaylı kastla sorumlu tutulmalıdır.

Diğer taraftan topluluk hâkiminin sorumluluğunu gündeme getirebilecek konulardan bir diğeri bağlı şirketin yetersiz mal varlığıyla faaliyet göstermesi olabilir⁸⁰⁸. Zira bağlı şirket ödeme güçlüğü içerisine düşse ve taahhüdlerini yerine getiremese dahi yeterli malvarlığı varsa alacaklılar bağlı şirketi takip ederek topluluk hâkimine müracaat etmeksizin alacaklarını tahsil edebilirler. Aksi halde ise kontrolü altındaki bir bağlı şirketin yetersiz sermaye ile faaliyetine müsaade eden topluluk hâkiminin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Zira burada ahlaka aykırı bir şekilde kasten zarara uğratma hali söz konusudur. Ahlaka aykırılığı oluşturan eylem açıkça gözüken ve süreklilik arz eden yetersiz sermaye ile faaliyette bulundurulması ve zararın alacaklılar üzerinde bırakılmasıdır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Malvarlığının yetersizliğiyle ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 409.

⁸⁰⁹ Malvarlığı yetersizliği genellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumlu kılma sebebi olarak değerlendirilmekle birlikte Alman hukukçu *Weitbrecht* bu durumun Alman Medeni Kanunu 826. maddesi gereğince ahlaka aykırı bir şekilde başkasına kasten zarar verme sebebiyle haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını ifade etmektedir. Bkz. **Yanlı**, s. 109. Aynı gerekçeyle TBK m. 49/2 gereğince kendisine bağlı şirketi yetersiz malvarlığıyla faaliyete zorlayan bir topluluk hâkiminin ahlaka aykırı bir davranışta bulunduğu kabul edilmelidir.

Kısacası kendi menfaatlerini önceleyerek bağlı şirket menfaatlerini ihmal eden topluluk hâkimi bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesinden ve borçlarını ifa edememesinden dolayı bağlı şirket alacaklılarına karşı kastla sorumlu tutulmalıdır. Bu itibarla zarara uğrayan bağlı şirket alacaklıları topluluk hâkiminin belirli müdahaleleri sonucunda hâkimiyet altındaki bağlı şirketi ve dolayısıyla alacaklıları zarara uğratacağını öngörebilecek durumda olduğunu; buna rağmen bu sonucu göze alıp kabul ettiğini ve bu suretle meydana gelen zarardan dolayı kusurlu olduğunu ortaya koymalıdır. Buna karşılık topluluk hâkiminin ayrı tüzel kişilik savunmasında bulunması TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle kabul edilmemelidir.

3.2.1.2.3. Hukuka Aykırılık

TBK m. 49/1 hukuka aykırı bir fiille verilen zararın haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını düzenlemektedir. Bununla birlikte hukuka aykırılığın tanımı kanun tarafından yapılmamıştır. Genel kabule göre kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı olarak koruma amacı güden yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali hukuka aykırılık olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir deyişle hukuka aykırı fiil başkasının hukuk tarafından korunan bir varlığına müdahaleyi yasaklayan veya böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmayı emreden hukuk kurallarının ihlali sonucunu doğuran bir fiildir⁸¹⁰. Dolayısıyla sadece mutlak hukuki değerleri koruyan emredici nitelikteki kuralların ihlali hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilir⁸¹¹. Bununla birlikte mutlak bir hakkın ihlaline yol açmamakla birlikte kazanç kaybına yol açan zararların da hukuka aykırılığı söz konusudur. Böyle bir kazanç kaybı zararı bir sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanıyor olabilir. Bunun dışında haksız fiilde bulunan fail ile zarar gören arasında bir hukuki ilişki yoksa bu bir yansıma zarar olarak da ortaya çıkabilir⁸¹².

Hukuka aykırılık unsuruna konumuz açısından bakmak gerekirse TTK’nın şirketler topluluğuyla ilgili düzenlemelerinin niteliği üzerinde durmak yerinde olacaktır. Her şeyden önce, TTK’nın getirmiş olduğu düzenlemelerle çerçevesi çizilen şirketler topluluğu hukukunun bir koruma hukuku olduğu; bu düzenlemelerin sadece bağlı şirketi değil, onunla ilişkili olan azlığın ve alacaklıların da korunmasına hizmet ettiği akılda tutulmalıdır. Bu bağlamda dar bir bakış

⁸¹⁰ Eren, s. 672.

⁸¹¹ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 366.

⁸¹² Hatemi / Gökyayla, s. 117. Bağlı şirket alacaklısının yansıma zarar mağduru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğiyle ilgili tartışma için bkz. Aşa. s. 238.

açısıyla emredici kurallar içeren TTK özel hükümlerinin sadece bağlı şirketin varlığını ve haklarını korumak için öngörülmüş kurallar olduğu şeklindeki bir yorum kabul edilmemelidir.

Şirketler topluluğu hukukunun bir diğer işlevi, topluluğun işleyişini kolaylaştıracak bir organizasyon hukuku tesis etmek olsa da bu amacın aynı kuralların koruyucu hukuk işleviyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekir. Kanun koyucu genel kural olan ayrılık ilkesine rağmen birden fazla şirket üzerinde hâkimiyet kurulması olgusunu ve dolayısıyla şirketler topluluğunu tanıyarak düzenleme altına almıştır. Ancak hâkimiyetin kullanılmasının belirli sınırları olduğu belirtilmiş; bu sınırlara uymayarak bağlı şirketi kayba uğratan topluluk hâkiminin meydana gelen kaybı denkleştirmesi ve bunu yapmaması durumunda ortaya çıkan zararı tazmin etmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bağlamda kısmi hâkimiyet söz konusuysa topluluk hâkimine müsaade edilen müdahalenin kapsamı yönlendirmeyle sınırlıdır. Bununla birlikte yönlendirmenin topluluk yararı gözetilerek yapılıyor olması gerekir. Kısmi hâkimiyetten farklı olarak kanun koyucu tam hâkimiyet halinde yönlendirmenin ötesinde, bağlayıcı talimat verme derecesinde bir müdahaleye müsaade etmektedir. Ancak TTK m. 203 gereğince topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği verilen talimatlardan doğan kayıp ve zararlar topluluk hukuku sorumluluk sisteminin kapsamına dâhildir. Bununla birlikte TTK m. 204 bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açacak talimatlar verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda TTK m. 203 ve 204 şartlarını taşımayan bir talimat hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucunu doğuracaktır. Tam hâkimiyetle ilgili hükümler içerisinde öngörülmekle birlikte bu şartların kısmi hâkimiyette de uygulanabilir olması mantıkidir. Dolayısıyla genel olarak müdahalenin belirlenmiş topluluk politikasıyla uyumlu olması ve bağlı şirketin varlığını tehlikeye atmaması gerekmektedir. Bu şartları taşımayan ve kanunun çizdiği çerçeveyi aşan müdahaleler hukuka aykırı müdahalelerdir. Topluluk hâkiminin müdahalesini sınırlandıran bu düzenlemelerin birinci planda hedefi bağlı şirketin varlığını korumak olsa da onunla ilişki içerisinde olan ortaklar, alacaklılar, çalışanlar gibi diğer paydaşların da aynı kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Nihayetinde bağlı şirket alacaklısının alacağını tahsil edememekten kaynaklı zararı da topluluk hâkiminin kanun tarafından çizilen hukuki çerçeveyi aşan müdahaleleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması bağlı şirket alacaklılarını da koruyan emredici nitelikteki hükümlerin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu hükümler topluluk hâkiminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumsuzca kullanmasını engelleme amacı taşıyan ve bağlı

şirketle birlikte alacaklıların, azınlık pay sahiplerinin ve diğer ilgililerin menfaatlerini de koruyan özel hükümlerdir.

Aksi bir düşünceyle, bu kuralların sadece bağlı şirket malvarlığını koruyucu bir işlevinin olduğu; bağlı şirket alacaklılarının mutlak hakları ihlal edilmediği için bu kapsama girmediği kabul edilse dahi TBK m. 49/2 hükmünün uygulanabilir olup olmadığı araştırılması gereken bir meseledir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu hüküm ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişilerin de haksız fiil sorumlusu olabileceğini hükme bağlamaktadır⁸¹³. Bu bağlamda, alacak hakları ihlal edilen alacaklılar, bunun mutlak haklardan sayılmaması sebebiyle hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden bahisle dar anlamda haksız fiil mağduru sayılmayacaktır. Kazanç kaybı olarak sınıflandırılabilir bu hakkın ihlalinden doğan zararın tazmini için bunun bir sözleşme ilişkisinin ihlalinden kaynaklanıyor olması gerekir; aksi durumda, nitelik olarak bir “yansıma zarar” olan bu zarar, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden TBK m. 49/1 kapsamında da değerlendirilmeyebilecektir⁸¹⁴. Bununla birlikte alacaklı, kendi zararına yol açan eylem ya da eylemlerin zarar verme kastıyla ika edildiğini düşünüyorsa ahlaka aykırılıktan bahisle TBK m. 49/2 kapsamında tazminat talebinde bulunabilir⁸¹⁵. Zira bu madde hükmü, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de, bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Bu açıklamalar ışığında konuya şirketler topluluğu çerçevesi dâhilinde yaklaşmak gerekirse; öncelikle, hâkimiyet altında bulunan bir bağlı şirketten olan alacağın tahsil edilememesinden kaynaklı zararın, yansıma zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu değerlendirilmelidir. Bu meseleyle ilgili tartışma aşağıda “Zarar” başlığı altında yapılmıştır⁸¹⁶. Zararın niteliğiyle ilgili yaklaşımımızı saklı tutarak, bağlı şirket alacaklısının zararının, doğrudan zarar olarak nitelendirilememesi ve bir yansıma zarar olarak kabulü ihtimalinde dahi bağlı şirket alacaklısının ahlaka aykırılık sebebiyle TBK m. 49/2 gereğince topluluk hâkimine başvurabileceği kanaatindeyiz. Öncelikle akılda tutulması gereken en önemli hususlardan birisi, bir topluluk yapısı içerisinde olan ve topluluk hâkimiyetle ekonomik anlamda bir bütünlük oluşturan bir bağlı şirketin, hukuka aykırı müdahalelerle kendisini zarara uğratan topluluk hâkimine karşı hukuki yollara başvurusunu beklemek gerçekçi değildir. Dolayısıyla mutlak hakkı ihlal edilen ve haksız fiil mağduru olan bağlı şirkettir; o topluluk hâkimine

⁸¹³ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 369.

⁸¹⁴ Hatemi / Gökyayla, s. 117, 118.

⁸¹⁵ Hatemi / Gökyayla, s. 119, 120.

⁸¹⁶ Bkz. Aşa. s. 239

müracaat ederek zararının tazminini sağlamalı ve bu şekilde mali yapısı düzelen bağlı şirketten alacaklı olanlar da dolaylı olarak tatmin edilmelidir şeklindeki bir yaklaşım sorunun çözümsüzlüğüne yol açacaktır. Çünkü aşırı hâkimiyet uygulamalarının söz konusu olduğu; topluluk hâkiminin bağlı şirketleri birer parçası gibi yönetip yönlendirdiği bir topluluk yapısında TTK'nın benimsediği imtiyazlı sorumluluk rejimi uygulanabilir olmaktan çıkacaktır. Böyle bir yapıyı kuran ve yöneten topluluk hâkimine karşı sadece bağlı şirket tüzel kişiliğinin haksız fiil mağduru olarak müracaat edebileceğini kabul etmek pratikte genel hükümlerin uygulanmasını da imkânsız hale getirecektir. Dahası, böyle bir yaklaşımın kabulü, topluluk hâkiminin herhangi bir yaptırıma uğramayacağı düşüncesiyle, bağlı şirkete karşı sorumsuzca müdahalelerde bulunmasını teşvik edecektir. Bu durumda bağlı şirketten çok onunla ilişki içerisinde olan alacaklılar, azınlık pay sahipleri ve diğer bağlı şirket paydaşları zarara uğrayacaktır. Kısacası topluluk hâkiminin, bağlı şirketi ödeme güçlüğü içerisine düşürecek nitelikteki kapsamlı müdahaleleri sadece bu şirketi değil, onun alacaklılarını da doğrudan etkileyebilecektir. Hal böyleyken, bağlı şirket alacaklısı da topluluk hâkiminin, müdahaleleri sonucunda bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürebileceğini; bu sebeple alacaklıların da alacaklarını elde edemeyeceğini öngörebilecek bir durumda olduğunu; buna rağmen sorumsuzca birtakım müdahalelerde bulunarak bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini kötüye kullandığını ve bunun ahlaka aykırı olduğunu belirterek zararı için TBK m. 49/2 gereğince topluluk hâkimine müracaat edebilmelidir.

Bu yaklaşıma karşı ileri sürülebilecek itirazlardan birisi topluluk hâkiminin kusurluluğuyla ilgili olabilir. TBK m. 49/2, ahlaka aykırı fiilin başkasına kasten zarar vermesini müeyyideye bağlamaktadır. Topluluk hâkiminin, doğrudan bağlı şirket alacaklısına yönelik bir fiili bulunmamaktadır. Onun müdahaleleri, kendisine bağlı şirkete yöneliktir. Buna rağmen, bu müdahaleler sonucunda bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşebileceğini ve bundan dolayı alacaklıların da zarara uğrayabileceğini göze alarak hareket etmesi, topluluk hâkimini bağlı şirket alacaklısının zararından dolayı, dolaylı kast seviyesinde kusurlu kılmaktadır. Dolaylı kast da kast gibi değerlendirileceğinden topluluk hâkiminin fiili TBK m. 49/2'nin uygulama alanı içerisine girmektedir.

3.2.1.2.4. İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından bir diğeri illiyet bağıdır. Sorumluluğun asli şartı olarak nitelendirilen illiyet bağı olmaksızın bir şahsın sorumluluğu yoluna gidilemez. Dolayısıyla

zarar ile fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağı sorumluluğun temel şartıdır⁸¹⁷.

İlliyet bağıyla ilgili olarak ortaya atılan teorilerden uygun illiyet bağı teorisi Türk, İsviçre ve Alman hukukunun kabul ettiği yaklaşımdır. Buna göre meydana gelen sonuçla genel olarak onu ortaya çıkarmaya elverişli olan sebep arasında uygun illiyet bağı vardır. Yani sebep – sonuç zincirinde yer alan tüm halkalar değil sonucu meydana getirmeye elverişli olanlar göz önünde bulundurulacaktır⁸¹⁸.

Bu bağlamda incelenmesi gereken konu topluluk hâkiminin müdahale veya müdahalelerinin bağlı şirketi ödeme güçlüğü içerisine düşürme noktasında elverişli olup olmadığıdır. Eğer öyleyse topluluk hâkiminin fiili – yani müdahaleleri – ile bağlı şirket alacaklısının alacağını elde edememekten kaynaklanan zararı arasında uygun illiyet bağı kurulmuş sayılacaktır.

3.2.1.2.5. Zarar

Zarar kavramı – daha doğrusu dar anlamda maddi zarar – bilindiği üzere malvarlığında meydana gelen bir eksilme (*damnum emergens*) veya bir kazanç kaybı (*lucrum cessans*) olarak kendisini göstermektedir⁸¹⁹. Topluluk hâkiminin, bağlı şirket menfaatini gözetmeyen müdahaleleri sonucunda bu şirketi taahhüdlerini yerine getiremez bir hale getirmesi, bir haksız fiil olarak nitelendirilebilir. Bağlı şirketin maruz kaldığı bu haksız fiil sebebiyle azınlık pay sahipleri, alacaklılar gibi diğer paydaşlar da zarar görebilir. Bu kısımda alacaklının, borçlusunu bağlı şirketin maruz kaldığı haksız fiil sebebiyle uğradığı kendi zararının niteliği ve buna göre bu zararın topluluk hâkiminden talep edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.

Topluluk hâkiminin, haksız fiil hükümleri gereğince bağlı şirket alacaklısının uğradığı zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi zararın niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla, zararın türleriyle ilgili doğrudan – dolaylı zarar ve yansıma zarar kavramlarının kısaca ele alınmasında fayda vardır. Bu kavramları kısaca tanımlamak gerekirse doğrudan zarar, hukuka aykırı fiilin, herhangi bir ek unsur olmaksızın yol açtığı zararı ifade eder⁸²⁰. Mesela haksız fiil sebebiyle yaralanan bir şahsın düçar olduğu bedensel zarar, maliki olduğu eşyanın

⁸¹⁷ Eren, s. 617.

⁸¹⁸ Eren, s. 622, 623.

⁸¹⁹ Eren, s. 599; Çetiner, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 311.

⁸²⁰ Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku: Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 29.

uğradığı değer kaybı bu zarara örnek gösterilebilir. Dolaylı zarar aynı fiile eklenen başka unsurlardan dolayı uğranılan zarardır. Yaralanan kişinin tedavi masrafları, maliki olduğu eşya sebebiyle uğradığı kazanç kaybı, mahrum kalınan kâr gibi kayıplar dolaylı zarara örnek gösterilebilir⁸²¹. *Tandoğan* doğrudan ve dolaylı zarar mağdurunun aynı şahıs olması sebebiyle haksız fiil sorumluluğunda bu ayrımın önemini yitirdiğini; fiile uygun illiyet bağıyla bağlı her türlü zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸²². Yansıma zarar ise doğrudan zarar gören şahıs dışında, farklı bir kişinin daha zarar görmesi halidir. Yansıma zararda, zarara yol açan fiil ile ortaya çıkan sonuç arasındaki sebep sonuç ilişkisi doğrudan doğruya ortaya çıkan bir ilişki değildir. Ara olgular da söz konusu sonucun ortaya çıkmasında pay sahibidir. İlk mağdurdan farklı bir kişinin daha sonradan eklenen olgu sebebiyle zarara uğraması söz konusu olmaktadır⁸²³. Bu anlamda yansıma zarar ilk zararın mağduruna bağlı olarak üçüncü bir kişinin uğradığı dolaylı bir zarar olarak tanımlanabilir⁸²⁴. Örnek vermek gerekirse bir sahne sanatçısının yaralanması sebebiyle, önceden biletleri satılan bir gösteriyi gerçekleştirememesinden dolayı gösteriyi organize eden kişinin uğradığı zarar bu türden bir zarardır. Bu bağlamda aynı eylemin birden fazla kişiye, birbirlerinden bağımsız olacak bir şekilde zarar vermesi yansıma zarar değil, doğrudan zarar olarak nitelendirilmelidir; çünkü burada ilk mağdurun zararı sebebiyle ortaya çıkan bir üçüncü kişi zararı bulunmamaktadır⁸²⁵.

Bu kavramların ayrıca şirketler topluluğu penceresinden değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Daha açık ifade etmek gerekirse bağlı şirket alacaklısının zararının doğrudan, dolaylı veya yansıma zarar olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi; topluluk hâkiminin bağlı şirket alacaklılarına karşı sorumluluğunu da belirleyen önemli bir etmen olacaktır. Zira kural olarak haksız fiilde, bu fiilin etkilediği üçüncü kişiler zararının tazminini talep edemez⁸²⁶. Buna göre yansıma zarar mağdurları kural olarak haksız fiili gerçekleştiren kişiden tazminat talebinde bulunamaz⁸²⁷. Bu kuralın altında yatan sebep haksız fiil sebebiyle tazminat isteyebilecek şahıslara bir sınırlama getirmek ve öngörülemez sorumluluk taleplerinin önüne bir set

⁸²¹ Çakırca, Seda İrem, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 66; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 29.

⁸²² Tandoğan, Haluk, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 10.

⁸²³ Özel, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar Ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 4, ss. 81 – 106, s. 83; Çakırca, s. 80; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 30.

⁸²⁴ **Özel**, s. 85.

⁸²⁵ **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 31.

⁸²⁶ **Eren**, s. 609; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 30.

⁸²⁷ **Özel**, s. 93, 94.

çekmektir⁸²⁸. Bu bağlamda yansıma zarar mağdurları ancak açıkça kendilerine talep hakkı tanıyan bir hükmün varlığı halinde tazminat talep edebilir. Aksi takdirde tazminat talebi için gerekli olan hukuka aykırılık şartı gerçekleşmemiş sayılacaktır⁸²⁹. Türk Borçlar Kanunu'nda destekten yoksun kalma tazminatı bu yönde açık bir hükmün varlığı sebebiyle talep edilebilen bir yansıma zarar halidir. Diğer taraftan böyle açık bir hüküm olmamakla birlikte haksız fiile uygun illiyet bağıyla bağlı olan yansıma zarar, kişilik hakları, mülkiyet hakkı gibi mutlak bir hakkı koruyan birtakım hukuk normlarının ihlali sonucunda ortaya çıkmışsa yine tazmini talep edilebilir⁸³⁰. Bu durumda da üçüncü kişinin mutlak hakkını koruyan bir kanun hükmünün ihlali sebebiyle hukuka aykırılık şartı gerçekleşmiş sayılacaktır. Buna karşılık, alacak hakkı gibi mutlak olmayan, malvarlığına ilişkin hakların tazmini ise illiyet bağı olsa dahi hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediğinden, yansıma zarar mağduru tarafından talep edilemez⁸³¹. Hukuka aykırılık bağı olarak da adlandırılan bu şart esasında illiyet bağıyla alakalı bir unsurdur. Zarara yol açan olgulardan hangilerinin uygun illiyet bağı kapsamında değerlendirileceği hususunun bir belirsizliğe yol açmaması düşüncesiyle “*hukuka aykırılık bağı*” görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüş öncelikle ihlal edilen hükmün koruma amacının tespitini ve iddia edilen zarar tazmininin bu norm ile amaçlanıp amaçlanmadığının belirlenmesini tavsiye etmektedir⁸³². *Hatemi / Gökyayla* daha öngörülebilir bir uygulama iddiasıyla ortaya atılan bu görüşün aslında daha fazla belirsizliğe yol açacağını belirtmekte; haksız fiil sorumluluğunu hükme bağlayan TBK m. 49/1, 2 hükümlerinin varlığına rağmen bu kurallarla yetinilmeyip, özel hüküm arayışına girilmesini eleştirmektedir. Bu yaklaşımın yansıma zararlar ile ilgili olarak daha da öngörülemez bir uygulamaya yol açabileceği belirtilmektedir. Yazarlara göre, yansıma zararlar sınırlı olarak özel bir tazmin kuralının varlığının aranması kabul edilse dahi sözleşme ilişkisinin varlığı, TBK m. 49/2 gereğince ahlaka aykırılık yahut da *culpa in contrahendo* gereğince borç ilişkisinin varlığı durumunda da tazmin borcunun söz konusu olabileceği akılda tutulursa özel hükümler aramaya ve birtakım zorlama yorumlar getirmeye gerek kalmamaktadır⁸³³.

⁸²⁸ Tandoğan, s. 17.

⁸²⁹ Bkz. YRG. HGK. E. 2017/4-1465, K. 2021/1062 ve T. 22.9.2021 “...43. Yansıma zarar ise, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İlliyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi, özel bir koruma normunun ihlali gerekir.(Kazancı içtihad programı)”; Tandoğan, s. 30.

⁸³⁰ Çakırca, s. 126 - 131.

⁸³¹ Çakırca, s. 185.

⁸³² Hatemi / Gökyayla, s. 142; Çakırca, s. 138, 139.

⁸³³ Hatemi / Gökyayla, s. 142.

Bu açıklamalar ışığında, topluluk hâkiminin müdahaleleri sonucunda, borçlarını ifa edemez bir hale gelen bir bağlı şirketin alacaklılarının, alacaklarını tahsil edememekten kaynaklanan zararlarının hangi tür zarar kapsamına girdiği öncelikle ele alınması gereken meseledir. Alacaklıların topluluk hâkimine müracaat edip edemeyecekleri, zararlarının doğrudan zarar veya yansıma zarar olarak nitelendirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Eğer bağlı şirket alacaklısının zararı yansıma zarar olarak nitelendirilirse bunun tazmini yönündeki bir talep, hukuka aykırılık bağı şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilebilir. Bu bağlamda öncelikle, topluluk hâkiminin müdahaleleri sonucunda borçlarını ödeyemez hale gelen bağlı şirketin ilk mağdurdur ve bunun zararının bir ilk zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu irdelenmelidir. Bununla bağlantılı olarak, bağlı şirket alacaklısının da üçüncü kişi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla zararın yansıma zarar olup olmadığı hususunda belirleyici olacaktır.

Salt şekilci bir bakış açısıyla, bağlı şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğu; dolayısıyla, onun alacaklısının uğradığı zararın da yansıma zarar olacağı yönünde bir yorum benimsenirse sorun kolaylıkla çözülmektedir; çünkü daha ileri düzeyde bir araştırma yapmaya gerek kalmamaktadır. Ancak bu çözümün ne kadar adil ve ahlaki olduğu tartışmalıdır. Özellikle, topluluk hâkiminin süreklilik arz eden aşırı hâkimiyet uygulamaları ve sistematik müdahaleleri sebebiyle bağlı şirket topluluk hâkiminin bir aracı, uzvu veya parçası gibi faaliyet gösteren bir yapı haline gelmişse bu gerçekliği göz ardı etmek ne derece mümkündür. Böyle bir durumda bağlı şirketi bağımsız bir hukuk süjesi olarak değerlendirmek ve gerçeklikle uyuşmayan bu kabule hukuki sonuçlar bağlamak, şekilci bir yaklaşım olacaktır. Hâlbuki aşırı ve devamlı hâkimiyet uygulamaları sonucunda topluluk şirketleri arasındaki hukuki ayrılık, uygulamada faraziyeden ibaret bir hal almışsa bu faraziyenin sorumluluktan kurtulmak için bir gerekçe olarak kullanılması karşısında ihtiyatlı olunması gerekir. Topluluk hâkimi örnekleri TTK m. 202’de gösterilen hukuka aykırı müdahalelerini sistematik hale getirmiş ve kanunun aradığı sınırlara uygun bir biçimde yönlendiren, yöneltlen olmanın ötesinde tamamen topluluğu yöneten esas irade haline gelmişse bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesini, bir ilk zarar olarak nitelendirmek gerçekliğin inkârı anlamına gelecektir. Bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğine ve bunun bir sonucu olan mal ayrılığı kuralına saygı gösterilip gösterilmediği de dikkate alınması gereken bir meseledir⁸³⁴.

⁸³⁴ Böyle bir yapı söz konusu olmaksızın topluluk hâkimi TTK m. 202/1’de belirtildiği şekilde, topluluk menfaatini gözeterek, belirlenebilir ve bireyselleştirilebilir bir müdahalede bulunarak, bağlı şirketin malvarlığı zararına yol açmış olabilir. Bu sebeple bu şirket, ödeme güçlüğü içerisine düşmüşse bağlı şirketin zararı bir ilk zarar, alacaklının zararı ise bir yansıma zarar olarak nitelendirilebilir; çünkü burada TTK’nın gözettiği sınırlar

Böyle bir topluluk yapısı söz konusuysa topluluk şirketleri arasındaki sınırlar da uygulamada ortadan kalkmış demektir. Buna rağmen, bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğini dikkate almayan bir hâkimiyet uygulaması benimseyen topluluk hâkiminin, sorumluluk söz konusu olduğunda bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğini hatırlaması ve bunu ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Dolayısıyla böyle bir yapı söz konusuysa topluluk hâkiminin ayrılık kuralına dayanan iddialarına itibar ederek, şekli bir bakış açısıyla bağlı şirketin borçlarını ifa edemez bir hale gelmesi bir ilk zarar; buna bağlı olarak bağlı şirket alacaklısının zararını yansıma zarar olarak kabul etmek, topluluk hâkiminin hukuka aykırı eylemlerine rağmen sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir durumda zarar hiçbir kusuru olmayan alacaklı üzerinde kalacaktır. Gerçekliği göz önünde bulundurmeyen, salt şekilci bir bakış açısıyla konuya yaklaşılması sebebiyle ortaya çıkan bu sonucun hakkaniyet duygularıyla bağdaşmadığı açıkça görülebilir.

Hukuk uygulayıcıları, olay özelliklerini göz önünde bulundurmaksızın, salt şekilci bir bakış açısıyla bu tip kötüye kullanmaları cesaretlendirecek bir tutum benimsemekten kaçınmalıdır. Şirketler topluluğunun söz konusu olduğu olaylarda, topluluk hâkiminin, bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğine ve malvarlığına saygı gösterip göstermediği hususu gözden kaçırılmaması gereken önemli bir unsurdur. Bu bağlamda topluluk hâkimi ile bağlı şirket arasındaki ilişkilerin mahiyeti dikkate alınmalı; özellikle topluluk hâkiminin bağlı şirket malvarlığına el atıp atmadığı; bağlı şirketin mallarını kendi malı gibi kullanıp kullanmadığı; bağlı şirketin topluluk şirketlerine destek olma dışında gerçek bir ticari faaliyetinin bulunup bulunmadığı; dış dünyaya bağlı şirketle bir birlik intibai verilip verilmediği gibi hususlar incelenmelidir⁸³⁵. Sonuç olarak mal ayrılığı kuralının uygulanmadığı; topluluk hâkiminin bağlı şirket malvarlığı üzerinde karar verici esas irade olduğu anlaşılıyorsa bu durumu dikkate alan bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Hakikatte hukuka aykırı bir şekilde, aşırı hâkimiyet uygulamaları sebebiyle topluluk hâkiminin tasarrufu altında bulunan tek bir malvarlığı varsa ve

içerisinde hareket edilmiş ve bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğine ve malvarlığına saygı gösterilmiştir. Buna rağmen, bağlı şirket bir zarara uğramışsa TTK özel hükümleriyle çerçevesi belirlenen sorumluluk rejimi uygulama yeri bulacağından, bağlı şirket alacaklısının haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunma imkânı zaten söz konusu olmayacaktır. Alacaklı şartları oluşmuşsa TTK m. 202/1 (c)'de belirtilen tazminat davasını açabilir. Mesela TTK m. 202'de belirtildiği şekliyle topluluk hâkimi, bağlı şirketin sahibi olduğu çok değerli bir taşınmazın düşük bir bedelle topluluk içerisindeki başka bir bağlı şirkete devrini sağlıyor ve böylece bağlı şirketin malvarlığı yapısını güçsüzleştiriyor olsa; hukuka aykırı bu işlem sebebiyle bağlı şirketin uğradığı kayıp ve denkleştirilmemesi halinde bunun yol açtığı zarar, tespit edilebilir bir zarardır. Yukarıda da izah edildiği gibi bu zararın giderilmesi için TTK m. 202/1 (c) gereğince tazminat davası yoluna gidilebilir.

⁸³⁵ Daha çok tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davalarında gündeme gelen bu hususlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 392 vd.

bu malvarlığı görünüşte farklı bağlı şirketlere hasredilerek bölümlere ayrılmışsa bu görünüşe her halükarda bağlı kalmak adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Bu anlamda topluluk malvarlığının bir bölümünü oluşturan bağlı şirket malvarlığı azalarak alacaklının borcunu karşılamıyorsa bu bir ilk zarar, bundan dolayı ortaya çıkan alacaklının zararı da yansıma zarar olarak değerlendirilemez. Hal böyle olunca, bağlı şirket alacaklısının zararı da bir yansıma zarar olarak nitelendirilmemelidir; çünkü yansıma zarar ancak doğrudan zarar gören bir kişi varsa kabul edilebilecek bir zarar türüdür. Dolayısıyla bağlı şirketin kişiliğine gerçekte hiçbir önem verilmiyorsa bu sadece kâğıt üzerinde kalan bir formalite haline gelmişse yansıma zarar kuramının uygulanma şartları da kalmamıştır⁸³⁶.

Şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan özellikler, bağımlılık ilişkisi, topluluk içi dinamikler dikkate alınmaksızın salt kâğıt üstünde kalan ayrı tüzel kişilik ve mal ayrılığı kurallarından bahisle yapılacak bir değerlendirme adaletsiz sonuçlara yol açacak ve şirketler topluluğunun yapısal olarak istismarını cesaretlendirecektir. Kısacası şirketler topluluğu söz

⁸³⁶ Uygulamada topluluk hâkiminin aracı, hatta bir parçası olmaktan öte işlevi olmayan bağlı şirketin, borçlarını ifa edemez bir hale gelmesini bir ilk zarar, bundan etkilenen alacaklıların zararını da bir yansıma zarar olarak kabul etmek bizzat yansıma zarar kuramının kabulleriyle bağdaşmamaktadır. Bu kuram, bağımsız bir hukuk süjesinin düçar olduğu belirli bir zararın, bir başka hukuk süjesinin hukuk alanında yol açtığı dolaylı zararı yansıma zarar olarak nitelendirmekte ve haksız fiil sorumluluğuna bir sınır getirme düşüncesiyle bu sonraki zararın tazmin edilmeyeceği kuralını getirmektedir. Dolayısıyla yansıma zarar ancak bir doğrudan zarar görenin varlığı halinde söz konusu olabilir. Bu kuramın temel endişesi, haksız fiilin etkilediği şahıslara tazminat talep edebilme açısından bir sınırlama getirerek, haksız fiil sorumluluğunun ucu bucağı belirsiz bir sorumluluk sebebi haline gelmesini önlemektir. Bu endişe birbirinden bağımsız, birden fazla hukuk süjesinin varlığı halinde anlamlı bir endişedir. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, bağlı şirketin uğradığı zararı doğrudan zarar; bunun sonucunda bağlı şirket alacaklısının uğradığı zararı yansıma zarar olarak nitelendirmek her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle topluluk hâkimi, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini hiçbir sınır tanımaksızın, bağlı şirket menfaatlerine aykırı bir suretle kullanıyorsa bu durumu daha net bir şekilde görebiliriz. Burada iki farklı hukuk süjesinden çok adeta birden fazla yüze sahip tek bir kişilik bulunmaktadır. Hatta Anglo-Amerikan mahkeme kararlarında ve doktrininde bu tip yapılarla ilgili, durumun vehametini göstermek için yaratık (*creature*), araç (*device*), tuzak (*snare*) gibi mecazi kavramlar kullanıldığı görülmektedir (Bkz. Örneğin İngiliz mahkemelerince verilen *Adams ve Jones Lipman* kararları). Bu bağlamda bağlı şirketin bağımsızlığı gerçekte olmayan, sözde bir bağımsızlıkta zarar aslında topluluk hâkiminin veya genel olarak topluluğun malvarlığında meydana gelen bir eksilme olarak da değerlendirilebilir. Topluluk tehlikesi kavramını hatırlayacak olursak bu eksilme çoğu zaman göze alınan veya bilinçli olarak daha yüksek menfaatler için istenen bir eksilme de olabilir. Bu bağlamda topluluk hâkimi kendi menfaati için bağlı şirket menfaatlerini feda ediyorsa topluluk ölçeğinde yapılacak bir değerlendirmeye göre bu bir zarar olarak değerlendirilemez. Bağlı şirketin ödeme güçlüğü içerisine düşmesi daha yüksek oranda bir kazanç veya topluluk hâkiminin üstün menfaatleri için bilinçli olarak göze alınmış olabilir. Bu bağlamda meseleye sadece bağlı şirketin mali durumu nazarından bakılmamalıdır. Topluluk ölçeğinde, daha bütünlükçü bir değerlendirme yapıldığında bağlı şirketin borçlarını ifa edemez hale gelmesinin, yansıma zarar kuramının aradığı şekilde bir ilk zarar olarak değerlendirilmeyeceği görülecektir (Topluluk tehlikesi kavramı için bkz. Yuk. s. 156). Bunun dışında, topluluk hâkiminin bilinçli bir şekilde bağlı şirketleri mali olarak zayıflatması veya faaliyetlerine oranla yetersiz malvarlığıyla teçhiz etmesi de göz önünde bulundurulması gereken hususlardır. Mesela topluluk hâkimi, alacaklıların müracaat edebilecekleri bir malvarlığı bırakmama adına, borçlu bağlı şirketi atıl bir şekilde tutuyor veya onun kârlı ticari faaliyetlerini diğer topluluk şirketlerine yönlendirerek bilinçli bir şekilde mali yapısını zayıflatıyor olsa, bu bağlı şirketten alacağını elde edemeyen alacaklının zararını yansıma zarar olarak nitelendirmek ne derece doğru olacaktır?

konusuysa topluluğun yapısı ve topluluk tehlikesi olarak adlandırılan risk faktörü, münferit şirketlere göre daha farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Duruma göre, haklı şüphe söz konusuysa, borçlu bağlı şirketle hâkim ortaklık arasındaki tüzel kişilik perdesi aralanarak, görünenin aksine bu ikisinin aslında tek bir yapı olduğu ve bağlı şirket malvarlığının da esasında hâkim ortaklığın tasarrufu altında olduğu tespit edilebiliyorsa bu kabule göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir sonuca varıldığı takdirde, bağlı şirket malvarlığındaki eksilme bir yerde davalı topluluk hâkiminin kendi malvarlığında, kendi eylemleriyle yol açtığı bir eksilme olarak nitelendirilmeli ve alacaklının zararı da buna göre yansıma değil doğrudan zarar olarak değerlendirilmelidir.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması ve arka planda bulunan gerçekliği dikkate alarak bir değerlendirme yapılmasını öneren bu yaklaşım kabul edilmese ve bağlı şirket alacaklısının zararı yansıma zarar olarak nitelendirilse dahi, bağlı şirket alacaklısının TBK m. 49/2 hükmüne müracaat edebileceği düşünülmektedir. Topluluk hâkiminin bağlı şirket malvarlığının yönetiminde asıl karar verici irade olduğu; bağlı şirketin onun bir uzvu veya bölümü gibi faaliyet gösterdiği yapılarda, bu şirketin varlığını tehdit edecek nitelikte müdahalelerde bulunarak onun borca batık hale gelmesine yol açan aslında hâkim ortaklığın davranışlarıdır. Bu sonuçla bağlantılı olarak bağlı şirket alacaklısının alacağını elde edememekten kaynaklanan zararının da müsebbibi hâkim ortaklık olacaktır. Dolayısıyla topluluk hâkiminin davranışlarıyla bağlı şirket alacaklısının zararı arasında bir illiyet bağı bulunmaktadır. Ancak yansıma zararın tazmininde aranan diğer şart; yani hukuka aykırılık bağı unsuru açısından ise aynı sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Bağlı şirket alacaklısının mutlak bir hakkı ihlal edilmediğinden ve doğrudan onun menfaatlerini koruyan bir hukuk normunun ihlali de söz konusu olmadığından, alacaklının TBK m. 49/1 gereğince yansıma zararının tazmini için topluluk hâkimine başvurması mümkün olmayacaktır⁸³⁷. Hal böyleyken, topluluk hâkiminin sebep olduğu bu sonuçtan hiç etkilenmeksizin, zararı tamamen alacaklıların üzerinde bırakarak faaliyetlerine devam edebiliyor olması, hakkı koruyucu nitelikte özel bir hukuk normunun yokluğu sebebiyle hukuka aykırı olmasa dahi ahlaki anlamda sorunludur. Özellikle, hâkim ortaklık bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklı yetkilerini kullanırken, bu şirketten alacaklı olanların da zarara uğrayabileceklerini öngörebilmesine rağmen sorumlu davranmıyor ve bu sonucu da göze alarak bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek müdahalelerine devam ediyorsa bu davranışın ahlaka

⁸³⁷ YRG. HGK. E. 2013/21-2215, K. 2015/1487 ve T. 5.6.2015: “Yansıma zararı ise, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İlliyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi, özel bir koruma normunun ihlali gerekir.”

aykırılığı daha açık bir şekilde müşahade edilebilir. Bu bağlamda, bağlı şirket alacaklısı, TBK m. 49/2⁸³⁸ hükmü gereğince, topluluk hâkiminin ahlaka aykırı davranışıyla ve dolaylı kastla vermiş olduğu zararın tazmini için hâkim ortaklığa müracaat edebilir⁸³⁹.

3.2.2. Yöneticilerin Sorumluluğu

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasında alacaklının genel hükümler bağlamında topluluk hâkimine karşı talebini dayandırabileceği diğer bir hukuki sebep TTK m. 553 vd. gereğince yöneticilerin sorumluluğu olabilir⁸⁴⁰. Bağlı şirketin bir yönetim organı olmakla birlikte, bağlı şirketi gerçekte yöneten asıl yönetici aynı zamanda topluluk hâkimi konumundaki hâkim ortaksa yöneticinin sorumluluğu hükümlerine müracaat edilip edilemeyeceği tartışılması gereken bir konudur. Madde gerekçesinde mehaz İsviçre Borçlar Kanunu 754. maddesinde yapıldığı gibi fiili yönetici olarak nitelendirilen bu şahısların, yönetici olarak kabul edilmesini sağlayacak açık bir düzenlemenin yapılmadığı, madde metnindeki “yöneticiler” sözünün yorumlanmasının doktrine ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmektedir⁸⁴¹. Aslında ideal olan açık bir hüküm öngörerek fiili yöneticilerin tanımlanması ve sorumluluklarının belirtilmesidir. Mesela İngiliz

⁸³⁸ TBK m. 49/2: Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

⁸³⁹ Topluluk hâkiminin kusuruyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Yuk. s. 231.

⁸⁴⁰ TTK m. 553(1): Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, (...) ⁽²⁾ hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Yöneticilerin sorumluluğu meselesi esasında hukuk tekniği açısından bazı yerleşik kurallara istisna getiren bir düzenlemedir. Bunlardan birisi yöneticiler, yöneticisi oldukları şirkete karşı akde aykırılık sebebiyle sorumlu oldukları halde bu sorumluluğun kapsamı akde taraf olmayan ortaklar ve şirket alacaklılarına kadar uzatılmaktadır. Dolayısıyla sözleşme ilişkisinin ve buna dayalı sorumluluğun nisbiliği kuralına bir istisna hali söz konusudur. Diğer bir istisna da haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğunda, yansıma zarar mağdurlarının tazminat talep etme hakkına sahip olmadıkları yönündeki kurala getirilmiştir. Yansıma zarar mağduru olan paysahipleri ve alacaklılara, genel kurala istisna olarak kanun gereğince bir dava hakkı tanınmıştır. Çamoğlu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (Çamoğlu, Yönetim Kurulu), s. 123, 124. Çiçekli, Ali Fuat, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden).” **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 4, Sayı. 2 (2022): ss. 1067-1154, s. 1123.

⁸⁴¹ TTK Gerekçe m. 553 : “Kaynak ile 553 üncü madde arasında dört fark vardır. Hükmümüzde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları” denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fiili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyi ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür.”

hukukunda böyle bir yol izlenmiştir⁸⁴². Bununla birlikte, bugün genel kabul gören yaklaşıma göre, sadece kanun ve şirket ana sözleşmesi gibi resmi belgelerde belirtilen şekli organların değil, şirketi fiilen yöneten kişi veya grupların da organ kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁸⁴³.

3.2.2.1. Topluluk Hâkiminin Yönetici Olarak Tespitinde Dikkate Alınacak Hususlar

TTK açık bir düzenlemeyle fiili yöneticinin kim olduğunu, bu bağlamda hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiğini düzenlememiştir. Böyle bir düzenleme bulunmadığı için gerekçede de ifade edildiği üzere fiili yöneticinin kim olduğunu doktrin ve yargı kararları belirleyecektir. Bu kapsamda hangi kıstasların dikkate alınacağı önemlidir; zira her türlü müdahaleyi bu kapsamda değerlendirmek sorumluluk noktasında haksız sonuçlara yol açabilecektir.

Buna göre en fazla vurgu yapılan kıstas şirket yönetimindeki etkinliğin önemli ve üst düzeyde olmasıdır. Bu bağlamda, fiili yönetici olarak nitelendirilebilmek için etki altındaki tüzel kişiliğin iradesinin oluşumuna doğrudan ve belirleyici bir şekilde müdahil olunması gereklidir. Diğer bir deyişle, şirketin iradesinin oluşumuna önemli ölçüde katılan ve yönetim organının görevlerini bizzat kullanan kişi fiili organdır⁸⁴⁴. Mehaz İsviçre hukukundaki yaklaşım da bu esasa dayanmaktadır. Federal Mahkeme bir kararında şirkete karşı özel bir ilişki içerisinde bulunan ve bu ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini kişisel karar alma yetkisine dayanarak yerine getirmiş olan kimsenin organ konumunda olduğuna karar vermiştir. Mahkeme sırf yardım seviyesinde kalan müdahaleleri bu kapsamda değerlendirmemektedir⁸⁴⁵. Bu sebeple istisari nitelikte görüş

⁸⁴² İngiliz hukukunda görünürdeki resmi yöneticiler dışındaki yöneticileri ifade etmek üzere kullanılan iki farklı kavram bulunmaktadır. Bunlar gölge yönetici (*shadow director*) ve fiili yönetici (*de facto director*) kavramlarıdır. Bu iki kavram arasında önemli bir fark bulunmaktadır. *De facto* yönetici dış dünyaya karşı kendisini şirket yöneticisi olarak tanıtan, ancak aslında böyle bir göreve getirilmemiş kişiler için kullanılmaktadır. Bunlar daha çok yetkisiz temsilci konumundadır. Bizim dikkat çekmek istediğimiz gölge yöneticiler (*shadow directors*) ise dışa karşı kendilerinin yönetici olduğu iddiasında bulunmamaktadır. Onlar perde gerisinden şirketi idare eden gerçek iradeyi temsil etmektedir. 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu'nun 251/1 maddesinde (Companies Act 2006) gölge yönetici şirketin resmi yöneticilerinin yönlendirme veya talimatlarına uymalarının alışlageldik olduğu kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda şirketin yöneticilerinin talimatlarına göre hareket ettikleri kişi gölge yöneticidir. Aydoğan, Fatih, "Türk Ticaret Kanunu ile 2006 Tarihli İngiliz Şirketler Kanunu'nun (Companies Act 2006) Şirket Yöneticilerine İlişkin Hükümlerin Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, (Birinci Cilt) Ticaret Hukuku**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, sh. 223. Fransız hukukunda da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Fransız hukukuna göre şirket yönetimine bağımsız bir şekilde müdahil olan herkes fiili yönetici olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda yavru şirketi kontrol eden ana şirket de fiili yönetici olabilir. Bkz. **Öztek/Memiş**, s. 201. Fransız ve İngiliz hukukunun aksine Alman hukukunda tüzel kişilerin de fiili yönetici olabilecekleri kabul görmemektedir. **Vandekerckhove**, s. 357.

⁸⁴³ **Özsu**, s. 240,

⁸⁴⁴ Korkut, Ömer, "Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.1, Ankara, 2010, ss. 1367-1386, (**Korkut**, Fiili Yönetim Kurulu), s. 1370.

⁸⁴⁵ Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar zum Gesellschaftsrecht)**, Cilt. IV, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Pulaşlı, Şerh C. IV), s. 2820. Pulaşlı mehaz İsviçre hukukundaki uygulamaya atfen fiili

bildirenler, dolaylı olarak şirket iradesinin oluşumuna etki edenler fiili yönetici olarak değerlendirilemez⁸⁴⁶. Fiili organ veya yönetici olarak nitelendirilen kişilerin, yönetim kurulunun görev ve yetkisini kullanabilme; bağımsız hareket ederek kararlar alabilme ve uygulayabilme; dahası, aldığı kararları geri alıp zararı önleyebilme gücüne sahip olması gerekir⁸⁴⁷.

Fiili yönetici olarak değerlendirilebilme açısından şirket yönetiminde etkinin devamlılığının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Mehaz İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre uzun süreli ve düzenli olarak şirketin iradesinin oluşmasına katılmış olmak gereklidir. Bir kereliğine şirket iradesine etki etmek fiili organ olarak nitelendirilebilmek için yeterli değildir⁸⁴⁸. Buna karşılık diğer bir görüş, devamlılık yönünde bir şart ileri sürmenin, yönetimde etkili olan kişilerin sorumlu tutulmalarına engel olacağını haklı olarak ileri sürmektedir. Buna göre şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, topluluk hâkiminin, bağlı şirket açısından önemli bir kararın alınmasına etki etmesi fiili yönetici olarak nitelendirilmesi için yeterlidir⁸⁴⁹. Bize göre de fiili yönetici olarak nitelendirilme açısından etkinin devamlılığı yönünde bir şart aramak, bu hükmün uygulanma kapsamını hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak derecede sınırlandıracaktır. Bağlı şirketlere devamlı suretle etkide bulunulması, aşağıda ele aldığımız tek ekonomik birim teorisi kapsamında dikkate alınması gereken bir husustur⁸⁵⁰.

TTK'daki mevcut düzenlemeler ve doktrinde gelişen anlayış ışığında kanaatimizce fiili yöneticiler de TTK m. 553 anlamında yönetici olarak kabul edilmeli ve bu madde hükmü gereğince sorumlu tutulabilmelidir⁸⁵¹. Mesela 2016 tarihli onama kararında Yargıtay 11. HD yönetimde söz sahibi olan hâkim ortakların sorumluluğu cihetine gitmiştir⁸⁵²:

yöneticiyi (veya organı) şu şekilde tanımlamaktadır: “Tüzel kişinin yetkili organı (genel kurul veya yönetim kurulu) tarafından seçilmemiş ve sicile tescil edilmemiş bir kimse yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlık ve temel hususları açacak bir biçimde yardımcı olmuşsa, fiili organdır.” Benzer bir tanım Korkut tarafından da yapılmaktadır: “Menfaat sahibinin, bir ticaret şirketiyle kanunî organ ilişkisi olmadığı gibi, maddî organ ilişkisi de bulunmadan, konumu ve kullandığı yetkilerle şirket yönetimini etkilemesi, fiili organ (faktisches Organ) olarak nitelendirilmektedir. Uygulamada fiili yönetim kurulu üyesi olarak görülen kişiler; daha çok büyük pay sahibi, kredi kuruluşu veya büyük tedarikçi (Hauptlieferant) gibi kişilerdir.” Bkz. Korkut, Ömer, **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, (Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu), s. 105; Özsu, s. 244.

⁸⁴⁶ Korkut, Fiili Yönetim Kurulu, s. 1370

⁸⁴⁷ Çiçekli, s. 1087.

⁸⁴⁸ Korkut, Fiili Yönetim Kurulu, s.1371.

⁸⁴⁹ Korkut, Fiili Yönetim Kurulu, s.1371; Özsu, s. 244.

⁸⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Aşa. Sh. 441.

⁸⁵¹ Tekinalp, Sermaye, s. 431; Özcanlı, s. 24; Aksoyak, Mustafa, **Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 99.

⁸⁵² YRG. 11 HD. E. 2016/3251, K. 2016/6984, T. 23.06.2016.

“...02/04/2003 tarihinde kurulduğu anlaşılan A... Güzellik ve Solaryum Hizmetleri A.Ş.'nin ortakları tarafından taahhüt edilen sermayenin şirket ortakları tarafından ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterildiği, bu tutardaki sermaye payı kadar şirketin zarara uğratıldığının anlaşıldığı, dava dışı M... Reklam Film San. ve Tic. A.Ş.'nin, bilirkişiler tarafından incelenen 2003-2004 yılı defterleri ve yardımcı-muavin hesaba ait bilgisayar çıktılarına göre; 30/06/2003 tarihi itibarıyla davacı şirketten 100.000,00 TL tutarında tahsilatın kaydedilmiş olduğu, 31/12/2004 tarihi itibarıyla 104,316,97 TL davacı şirkete borç bakiyesinin görüldüğü, pay sahipleri olarak görünen davalıların, sınırlı sorumlu olduklarından ve bu sıfatları nedeniyle de şirketin zararından sorumlu olmadıkları, davalılar K. U., C. C. U., M. H. U., Y. U., B.U., M.U., M.U.'ın **hakim ortak sıfatı ile sorumlu oldukları, tüzel kişilik perdesinin aralanması ile yönetimde talimatları ile şirkete yön veren ve kararların oluşmasını sağlayan hakim ortakların şirket zararından sorumlu olduklarının kabulü gerektiği**, şirkette hizmet sözleşmesi ile çalışanların verilen kararların alınmasında ve denetiminde söz sahibi olmadıklarından, davalılar ...'ın zarardan sorumlu olmadıkları, yönetim ve denetim kurul üyeleri M. A., İ.G., M.U., D.B.ve E.K.'ın sorumlu tutulması gerektiği, ...hakim ortak, yönetim ve denetim kurulu üyesi olan davalılar bakımından davanın kabulü ile diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiştir.⁸⁵³”

Mahkeme fiili yöneticinin tespitinde tüzel kişilik perdesinin aralanması yönteminden faydalanmıştır. Tüzel kişilik perdesinin aralanması, perdenin kaldırılmasından farklı olarak gerçek durumun tespiti amacıyla yapılan yargısal bir işlemdir. Somut davada da bu kapsamda öncelikle tüzel kişilik perdesi aralanarak söz sahibi fiili ortaklar tespit edilmiştir. Sonrasında ise bu şekilde tespit edilen şahısların sorumlulukları cihetine gidilmiştir.

Bu tespitler ışığında, her ne kadar bağlı şirketin bir organı olmasa dahi hâkimiyetten kaynaklanan yetkileri kullanarak bağlı şirketi eylemli olarak yöneten topluluk hâkiminin, fiili yönetici olarak kabulü mümkündür⁸⁵⁴. Topluluk hâkiminin belirli bir müdahalesi onun fiili yönetici olarak nitelendirilmesi için yeterlidir; zira böyle bir nitelendirme için devamlı suretle bağlı şirketin işlerine müdahale ediyor olması şart değildir⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Metindeki koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

⁸⁵⁴ **Özsu**, s. 240, 248. *Yasaman* bir gerekçe sunmaksızın sadece tam hâkimiyet kuran topluluk hâkiminin fiili yönetici olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir (Bkz. Yasaman, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 97-112, s. 100). *Pulaşlı* da eserinde TTK m. 203’te bulunan bağlı şirket yönetim kurulunun talimatlara uyma yükümlülüğü kapsamında açıklamalarda bulunmaktadır (**Pulaşlı**, Şerh Cilt IV, s. 2823). Bundan sadece tam hâkim topluluk hâkiminin fiili yönetici olarak kabul edilebileceği; kısmi hâkimiyet halinde böyle bir adım atılamayacağı şeklinde bir anlam çıkarılabilir. Böyle bir yaklaşım müdahale uygulamalarına odaklanan fiili yönetici tanımıyla uyumlu değildir; zira kısmi hâkimiyet halinde de hâkim teşebbüs yardım seviyesinin üzerinde bir müdahalede bulunarak yönetime etki edebilir. Dolayısıyla fiili yönetici paysahipliği oranına göre değil fiili müdahalelerin seviyesine ve etkisine göre tespit edilmelidir.

⁸⁵⁵ **Özsu**, s. 251. Gölge yöneticiyle ilgili düzenleme getiren CA 2006 s. 251/3’de şirketler topluluğunu ilgilendiren istisna niteliğinde bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre bir şirket veya başka bir tüzel kişiliğin (*body corporate*), kendisine bağlı şirketler (*subsidiary companies*) açısından, sırf talimatlarına veya yönlendirmelerine uyulması adet haline geldiği için şu hususlarla ilgili olarak gölge yönetici sayılmayacağı hükme bağlanmıştır: yöneticilerin genel yükümlülükleri, pay sahibi onayı gerektiren hukuki işlemler, şirketin aynı zamanda yöneticisi olan tek pay sahibiyile sözleşme yapması. Bkz. **Aydoğan**, s. 223.

3.2.2.2. Sorumluluk

Topluluk hâkimi, bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini kullanarak doğrudan onun iradesine etki etmiş ve söz konusu iradenin hayata geçirilmesi sonucunda bir zarar ortaya çıkmışsa bu zarardan dolayı bağlı şirkete, onun şirket pay sahipleri veya alacaklılarına karşı TTK m. 553 vd. hükümler çerçevesinde sorumlu tutulabilmelidir⁸⁵⁶. Esasında bu durum da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin özel uygulama biçimlerinden birisidir⁸⁵⁷.

Yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 aynı konuda hüküm öngören yürürlükten kaldırılmış 6762 sy. Türk Ticaret Kanunu'nun 309. maddesine göre önemli farklılıklar içermektedir. Mülga 6762 sy. TTK m 309'a göre zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının sadece dolaylı zararın tazminiyle ilgili bir dava hakkı vardır. Kendilerinin doğrudan uğradığı zarar için dava hakları bulunmamaktadır. Ancak, hükmolunacak tazminat şirkete verilir. Buna karşılık TTK m. 553'te öngörülen mevcut düzenlemeye göre alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için dava açabileceklerdir. Dolayısıyla mevcut TTK mülga 6762 sayılı Kanun'un 309' uncu maddesinin aksine hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanabilir kurallar içermektedir⁸⁵⁸.

Zararın türüne göre alacaklının dava ve talep hakları ile bunların dayanağını oluşturan hukuki sebep farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda bir ayrıma gidilerek sorumluluk konusunu tartışmak faydalı olacaktır.

3.2.2.2.1. Alacaklının Doğrudan Zararının Tazmini

Bir şirketten alacaklı olan şahıs – veya azınlık pay sahibi – o şirketi idare eden yöneticilerin birtakım karar ve uygulamalarından doğrudan doğruya etkilenebilir. Bu suretle meydana gelen bir zarar söz konusuysa bu doğrudan zarar olarak nitelendirilir. Mesela alacaklının yönetim kurulunun talimatıyla düzenlenen sahte bilançoya aldanarak kredi vermesi; şirketin iflasın eşiğinde olduğunun alacaklıdan gizlenmesi gibi hususlar doğrudan zarara örnek

⁸⁵⁶ Bununla birlikte bağlı şirket yöneticileri bu durumu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar. Zira anonim şirketi üst düzeyde yönetme yetkisi devredilemez bir yetkidir (TTK m. 375/1(a)). Bu sebeple bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, hâkim ana şirketin bağlı şirketin yönetimine müdahale ettiğini ileri sürerek kendilerinin sorumlu tutulamayacağı yönünde bir savunmada bulunamazlar. Bkz. **Odman Boztosun**, s. 127.

⁸⁵⁷ **Özsu**, s. 248.

⁸⁵⁸ **Pulaşlı**, Şerh Cilt IV, s. 2816.

gösterilebilir⁸⁵⁹. Alacaklının zararı, borçlusu şirketin zararından bağımsız bir şekilde ortaya çıktığından dolayı doğrudan zarar olarak nitelendirilmektedir⁸⁶⁰.

TTK m. 553 özel olarak bu tip doğrudan zararların alacaklı tarafından talep edilebilmesine cevaz vermektedir. Dolayısıyla bağlı şirket alacaklısı da fiili yönetici olarak nitelendirilebilen bir topluluk hâkimine doğrudan zararının tazmini için müracaat edebilir. Burada alacaklının zararı şirketin zararından bağımsız bir zarar olduğundan, alacaklı kendi zararının yine kendisine ödenmesi için doğrudan fiili yönetici topluluk hâkimine yönelebilir⁸⁶¹. Zira TTK m. 553 gereğince açılan doğrudan zararın tazmini davasının amacı şirket sermayesinin korunması değil bizzat alacaklının şahsi hakkının korunmasıdır⁸⁶².

Yöneticinin doğrudan zararlardan dolayı sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur⁸⁶³. TTK m. 553 gereğince bu sorumluluğun doğabilmesi için fiili yönetici konumundaki topluluk hâkiminin, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusuruyla ihlal etmiş olması gerekir. Madde metninde geçen “*kanun*” kelimesi TTK ve diğer tüm kanunları kapsayan bir içeriğe sahiptir. Aynı metinde bahsi geçen “*yükümlülükler*” kelimesi de TTK m. 369’da açıkça belirtilen yükümlülükler ile genel olarak yönetim kurulunun, şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik yükümlülüklerini içermektedir⁸⁶⁴.

3.2.2.2.2. Alacaklının Dolaylı Zararının Tazmini

Alacaklı, borçlusu olan şirketin zararından dolayı bir zarara uğramışsa bu, dolaylı zarar olarak nitelendirilmektedir. Aslında, daha doğru bir ifadeyle, alacaklının zararını yansıma zarar olarak nitelendirmek gerekir; çünkü alacaklı üçüncü kişi konumundadır. Alacaklı, borçlusu olan

⁸⁵⁹ Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, (Pulaşlı, Şirketler Genel), s. 645; Tekinalp, Sermaye, s. 444, 445.

⁸⁶⁰ Çamoğlu, Yönetim Kurulu, s. 147.

⁸⁶¹ Pulaşlı, Şirketler Genel, s. 645.

⁸⁶² Çiçekli, s. 1081; “...Yöneticilerin eylemleri sonucunda şirket ortaklarının doğrudan zararlarının varlığı halinde ise ortaklığın zararından müstakil olarak kişisel zararlar söz konusu olacağından ortaklar tazminatın kendilerine verilmesini isteyebilirler...”, YRG. 11. HD, E.2020/6333, K.2021/6754, 1.12.2021, (Çiçekli, s. 1082, dn. 52).

⁸⁶³ TTK m. 371/5 hükmüne göre anonim şirketlerde temsile veya yönetime yetkili olan yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Burada bahsi geçen haksız fiil sorumluluğu, TTK m. 553/1’de hükme bağlanan sorumluluktan farklı bir duruma dayanmaktadır. Yönetime yetkili bir yönetim kurulu üyesinin kendisine karşı bir haksız fiilde bulunduğunu iddia eden şahıs TBK hükümleri gereği haksız fiilin şartlarını ispat etmelidir. Bkz. **Odman Bostosun**, s. 140, 141.

⁸⁶⁴ Çiçekli, s. 1079.

şirketin doğrudan zararı sebebiyle alacağını tahsil edememesi sebebiyle bir zarara uğramaktadır⁸⁶⁵.

Alacaklının yansımaya zararının tazminiyle ilgili hüküm öngören düzenleme TTK m. 556'dır. Hukuki sorumlulukla alakalı bölümde, “*Şirketin zararı*” başlığı altında yer alan bu düzenlemeye göre, bağlı şirket alacaklısı, şirketin zararı için topluluk hâkimi konumundaki fiili yöneticiye başvurabilir⁸⁶⁶. Alacaklının TTK m. 556/1 gereğince tazminat davası açabilmesi için boçlusu şirketin iflas etmiş olması şarttır. Bunun da ötesinde alacaklı, ancak iflas idaresi bu davayı açmadığı takdirde dava açabilir (TTK m. 556/2). Bu bağlamda alacaklı aslında kendi uğradığı yansımaya zararı değil, şirketin zararını talep edebilmektedir⁸⁶⁷. Her ne kadar alacaklının talebi şirketin zararının yine şirkete ödenmesiyle kayıtlı olsa da Kanun bu davayı açan alacaklı açısından önemli bir imtiyaz tanımaktadır. Eğer alacaklının davası kabul görürse elde edilen hâsıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur. Böylelikle şirket alacaklısının yansımaya zararı da dolaylı bir yoldan da olsa telafi edilmiş olacaktır⁸⁶⁸. Ancak bu koruma mekanizmasının alacaklılar açısından ne kadar faydalı olduğu tartışmaya açıktır.

Yansımaya zararın tazmini davasında sorumluluğun hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre alacaklı – veya pay sahibi – kendi zararından ziyade şirketin zararını talep ettiğinden, doğrudan zarara yol açan hukuki sebep neyse ona dayanmak

⁸⁶⁵ Buna karşılık *Çiçekli* TTK'nın yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin “*alacaklının alacağının güvencesi, şirketin malvarlığıdır*” ilkesi çerçevesinde düzenlendiğine işaret ederek, şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil edememekten kaynaklanan zararı doğrudan zarar olarak nitelendirmektedir. Yazara göre alacaklılar, şirketten tahsil edemedikleri alacakları için yönetim kuruluna karşı doğrudan zarara uğradıkları iddiasıyla sorumluluk davası açabilir. Yazar, şirketin kötü yönetimi sonucunda malvarlığının azalması sebebiyle alacaklıların uğradığı zararın yansımaya zarar olduğu düşünülse bile doktrinde, alacaklıların alacağı tahsil imkânı kalmamışsa artık doğrudan zararının bulunduğu ve tazminatın şirkete değil kendilerine ödenmesini talep edebileceklerinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. **Çiçekli**, s. 1088, 1089, 1091 dn. 82.

⁸⁶⁶ **Tekinalp**, Sermaye, s. 444, 445.

⁸⁶⁷ **Çamoğlu** bu düzenlemenin üçüncü kişinin yansımaya zararını talep edemeyeceği kuralına bir istisna getirdiğini belirterek, bu istisnanın gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: “*Her ne kadar ortaklar ve alacaklılar, şirketin zararı için dava açabiliyor olsalar da işin yapısal ayrıntılarına girildiğinde gördüğümüz şey ortakların haklarının tüzel kişi kisvesi altında toplandığıdır. Tüzel kişinin uğradığı zararın nihai yüklenicileri ortaklar ve malvarlığının azalması sebebiyle alacağını elde edemeyen alacaklılar olmaktadır*”. Ancak bu istisna tam anlamıyla bir istisna olarak da adlandırılmaz; çünkü alacaklı bizzat kendi zararını değil borçlusu şirketin zararını talep ve dava edebilmektedir. Bununla birlikte borçlu şirketin zararının tazmini, onun malvarlığına sağlayacağı katkı nispetinde alacaklıları da tatmin edecektir. Bkz. **Çamoğlu**, Yönetim Kurulu, s. 125.

⁸⁶⁸ **Pulaşlı**, Şerh, Cilt IV, 2836, 2837; Can, Mehmet Çelebi, “Pay Sahiplerinin Veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında Ttk M. 1534'ün Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, Y. 2017, Sa. 4, s. 13; Kaplan, İbrahim, “6102 Sayılı Yttk Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016: ss. 3493-3510, (**Kaplan**, Yönetim Kurulu), s. 3500.

durumundadır. Genelde şirketle yönetim kurulu arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Bu kabule göre alacaklının açacağı davanın sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir tazminat davası olduğu ifade edilebilir⁸⁶⁹. Diğer bir görüş ise bu davanın bizzat Kanun tarafından öngörülen ve düzenlenen bir dava olduğunu savunmaktadır. Buna göre tazminat davası kanundan doğan borç ilişkisine dayanmaktadır⁸⁷⁰. TTK m. 556 hükmü göz önünde bulundurulduğunda bu görüşe üstünlük verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

3.3. Şirketler Topluluğunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

TTK özel hükümleriyle getirilen şirketler topluluğu sorumluluk rejiminin uygulamada bir etki doğurmadığını ve uygulamada alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine başvurarak bir çözüm yolu aradıklarını belirtmişik⁸⁷¹. Bu hatırlatmayla birlikte, bu kısma kadar incelediğimiz başvuru yolları içerisinde uygulamada en fazla müracaat edilen yolun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi olduğu ifade edilebilir. Uygulama da bu eğilime ayak uydurmuş ve mahkemeler, özellikle son yıllarda yaygın ve yoğun bir şekilde bu teoriyi uygulamaya başlamışlardır. Bu sebeple, genel hükümler dışında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasının da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mevcut uygulama ele alınmış ve daha öngörülebilir ve tutarlı bir çerçeve benimsenmesi adına birtakım önerilerde bulunulmuştur.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi TMK'nın 2. maddesinde hükme bağlanan hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılmaktadır. Hem doktrin hem de yargı makamları, meşru ticari amaçlar için kanun koyucu tarafından hukuki bir çerçeveye bağlanan ve girişimcilerin hizmetine sunulan şirket gibi kurumsal yapıların istismarını, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmektedir. Bu gibi durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve kurumsal yapıyı kötüye kullananların sorumlu tutulması genel olarak kabul görmektedir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması şirketler topluluğunda da gündeme gelebilir. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda bir ayrıma gitmekte fayda vardır. Teorinin ilk olarak uygulama yeri bulabileceği durumlar, tezin ilk bölümünde ele aldığımız geleneksel perdeyi kaldırma (*traditional veil piercing*) davalarında rastlanılan durumlar olabilir.

⁸⁶⁹ Çiçekli, s. 1123.

⁸⁷⁰ Çamoğlu, Yönetim Kurulu, s. 124.

⁸⁷¹ Tespitlerimize göre TTK'nın getirdiği sorumluluk hükümleri bugüne kadar sadece bir kez uygulanmış; onda da yine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisiyle karıştırılarak bir uygulama yolu izlenmiştir. Bkz. Yuk. s. 218.

Burada da işaret edildiği gibi şirket tüzel kişiliğinin bir perdeleme aracı olarak kullanıldığı durumlarda, mahkemeler ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarına istisna getirerek perde gerisinde bulunan gerçekliği esas almakta ve buna dayalı olarak bir sonuca varabilmektedir. Dolayısıyla geleneksel perdeyi kaldırma olarak adlandırılabilir bu uygulamanın altında yatan sebep şirket tüzel kişiliğinin TMK m. 2 hükmüne aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasıdır⁸⁷². Bu ilk durumla alakalı olarak geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin şirketler topluluğuna uyarlanmasından bahsedebiliriz.

Bunun dışında ikinci bir ihtimal şirketler topluluğunun yapısal olarak kötüye kullanılması olabilir. Her ne kadar şirketler topluluğu münferit şirketler gibi bir tüzel kişiliğe sahip olmasa da çok şirketli bir yapı olarak kötüye kullanılmaya açıktır. Özellikle dışa kapalı, az sayıda bağlı şirketten müteşekkil topluluklarda bu durum daha açık bir şekilde gözlemlenebilir. Bazı girişimciler şirketler topluluğunun hukuken çok parçalı görünümüne karşılık iktisadi olarak tek bir birim gibi faaliyet gösterebilme imkânını istismar edebilir. Aşağıda da tartışıldığı üzere, şirketler topluluğunun yapısal olarak kötüye kullanılmasına karşı geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu sebeple şirketler topluluğunun yapısal olarak özelliklerini dikkate alan özgün bir perdeyi kaldırma yaklaşımına ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. Bu noktada ABD ve İngiliz hukukunda gündeme gelen tek ekonomik birim yaklaşımı (*single economic unit doctrine*) temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında ortaya atılan görüşlerden faydalanılabilir.

3.3.1. Geleneksel Perdeyi Kaldırma Teorisinin Şirketler Topluluğuna Uyarlanması

Topluluk hâkiminin sorumluluğu, ilk bölümde ele aldığımız tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davalarına konu tipik usûlsüzlükler kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışına bağlanabiliyorsa bu teorinin uygulanabilirliği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Yukarıda değindiğimiz Yargıtay kararları kapsamında benimsenen iki aşamalı incelemenin unsurları gerçekleşmişse alacaklı perdenin kaldırılmasını ve bağlı şirketten tahsil edemediği alacağının topluluk hâkimi tarafından ödenmesini talep edebilir⁸⁷³. Bu bağlamda bağlı şirket veya şirketler, geleneksel perdeyi kaldırma davalarında gördüğümüz şekliyle, bir sorumluluktan kaçınma (*evasion*) veya bir olgunun gizlenmesi (*concealment*) amacıyla araçsallaştırılmışsa ve topluluk hâkiminin hileli davranışları tespit edilebiliyorsa mahkeme tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına

⁸⁷² Geleneksel perdeyi kaldırma teorisi hakkında Bkz. Yuk. s. 31.

⁸⁷³ Yargıtay uygulamalarıyla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 88 vd.

karar verebilir. Mesela bağılı şirket tamamen bir tabela şirketi niteliğindedir veya topluluk hâkimi borcu ödemekten kaçınmak için bağılı şirketin malvarlığı değerlerini usulsüz birtakım işlemlerle başka topluluk şirketlerine aktarmış ve bu suretle bağılı şirketi borçlarını ödeyemez hale getirmiş olabilir. Bu durumda alacaklı hâkim ve bağılı şirket arasında organik bağ bulunduğunu, bağılı şirketin araçsallaştırıldığını ve topluluk hâkiminin aldatıcı/hileli davranışları sebebiyle alacağını asıl borçlusundan tahsil edemediğini ileri sürerek perdenin kaldırılmasını talep edebilir.

Sermaye şirketleriyle ilgili olarak tüzel kişiliğin bir sonucu olan ayrılık ilkesi ve bu ortaklık yapısına sağlanan bir imtiyaz niteliğindeki sınırlı sorumluluk ilkesinin kanun koyucunun iradesine aykırı olarak kötüye kullanılması, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirildiğinden bu talebin yasal dayanağı TMK m. 2 olacaktır. Dolayısıyla şirket tüzel kişiliğinin bir borçtan doğan sorumluluktan veya bir diğer yükümlülüğünden kaçınma amacıyla istismar edilmesi durumunda, bunun TMK m. 2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edeceği ve bu gerekçeyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceği konusunda gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında genel bir mutabakat vardır.

Bu çerçevede içerisinde şirket tüzel kişiliğini kötüye kullanan hâkim ortağın bir gerçek kişi veya başka bir şirket olmasının da esasen bir önemi yoktur. Aynı şekilde, bir borç veya yükümlülüğünden kurtulma amacıyla, topluluk yapısı içerisinde bir bağılı şirketin perdeleme aracı olarak kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlaline yol açmasıyla ilgili olarak da herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple bu gibi durumlarda geleneksel perdenin kaldırılması esasları uygulanarak bağılı şirketin tüzel kişiliğini kötüye kullanan hâkim teşebbüse ulaşılabilir⁸⁷⁴.

Bu noktada özellikle dikkat çekilmesi gereken konu çapraz perdeyi kaldırma konusudur. Bu uygulama özellikle şirketler topluluğu söz konusu olduğunda gündeme gelebilecek bir durumdur. Eğer topluluk hâkimi yukarıda verilen örnekteki gibi, topluluk şirketlerini organize bir şekilde, gizleme veya borçtan kaçınma amacıyla perdeleme vasıtası olarak kullanmışsa perdenin kaldırılması bu organizasyona dâhil olan kardeş şirketlere de uzatılabilir. Mesela örnekteki gibi, sorumluluktan kaçınmak için bir bağılı şirketin malları, başka bir bağılı şirkete aktarılmışsa alacaklı hem kendi borçlusu, hem de topluluk hâkimi ve malların aktarıldığı bağılı şirkete karşı

⁸⁷⁴ Geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin mahkemeler tarafından uygulanmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 88.

talepte bulunabilir. Böyle bir durumda topluluk hâkimine karşı düz, kardeş şirketlere karşı çapraz perdeyi kaldırma yoluna gidilebilir⁸⁷⁵.

Bununla birlikte, geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin uygulanma şartları dikkate alındığında çapraz perdeyi kaldırmanın, topluluk yapısının sunduğu çok şirketle faaliyet gösterebilme olanağını kötüye kullanarak ileride doğabilecek sorumluluk hallerini bertaraf etme ve topluluk tehlikesi kavramıyla ifade edilen risklerle ilgili bir çözüm getirmediğini ifade etmek gerekir⁸⁷⁶. TTK hükümleri kapsamında kanun koyucuyu birtakım hukuki düzenlemeler yoluyla şirketler topluluğunu hüküm altına almaya iten konu, yani topluluk tehlikesinin altında yatan risklerin kaynağı, topluluk hâkiminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumsuzca kullanmasıdır. Bağlı şirket menfaatlerine önem verilmemesi, tamamen topluluk hâkiminin menfaatlerine odaklanan bir politika benimsenmesi, topluluğa dâhil bağlı şirketlerin alacaklıları için büyük risk oluşturmaktadır. Topluluk hâkiminin, bağlı şirketlerin menfaatini dikkate almayan sorumsuz politikaları sebebiyle, bu şirketlerden biri ödeme güçlüğü içerisine düşer ve alacaklı bu sebeple kendi borçlusundan alacağını tahsil edemezse bu sonucun ortaya çıkmasında önemli pay sahibi olan topluluk hâkimine ve onun kontrolü altında olan diğer topluluk şirketlerine tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasını talep ederek müracaat edemez. Zira burada geleneksel perdeyi kaldırma davalarında gördüğümüz üzere gizleme veya kaçınma amacıyla şirketin bir araç olarak kullanılması durumu yoktur. Bizzat topluluk hâkiminin, işletme politikaları ve hâkimiyet uygulamaları istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Dolayısıyla iki aşamalı incelemenin unsurları olan araçsallaştırma ve aldatıcı / hileli davranış unsurları gerçekleşmemektedir. Özellikle topluluk tehlikesinin gerçekleşmesi sonucunu doğuracak kötü hâkimiyet uygulamaları, tipik perdeyi kaldırmada aranan aldatıcı veya hileli davranış şartını karşılamamaktadır. Burada topluluk hâkimi doğrudan bağlı şirket alacaklısını aldatma gibi bir davranış içerisinde değildir; zira topluluk hâkiminin bağlı şirket alacaklısını aldatma gibi bir amaçla bağlı şirket menfaatlerini dikkate almayan bir hâkimiyet pratiği geliştirmesi gibi bir durum mantıken mümkün değildir. Mesela topluluk hâkimi, bağlı şirketleri bir şubesi veya şirket bölümü gibi idare ediyor olabilir. Bu ve benzeri durumlarda araçsallaştırma unsuru yönünden sorun yoktur. Ancak burada geleneksel perdeyi kaldırma davalarında görüldüğü şekliyle, aldatıcı veya hileli davranış olarak değerlendirilebilecek bir durum söz konusu değildir. Esasında burada bir davranış dahi yoktur. Topluluğun yapılandırılması ve bağlı şirketlerin böyle

⁸⁷⁵ Yanlı, s. 40. Çapraz perdeyi kaldırmayla ilgili öneriler için bkz. Aşa. s. 353.

⁸⁷⁶ Topluluk tehlikesi kavramı için bkz. Yuk. s. 156 vd.

bir yapı içerisindeki işlevleri bir sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla davranışa odaklı geleneksel perdeyi kaldırmanın, aldatıcı / hileli davranış unsurunu, topluluğun yapısal olarak sorunlu olduğu durumlarda olduğu gibi uygulama imkânımız bulunmamaktadır. Bunlar somut olay kapsamında topluluk hâkiminin davranışının kınanabilirliğinden çok topluluğun yapısal özellikleriyle alakalı konulardır. Sorun topluluk hâkiminin muayyen bir davranışından ziyade topluluğun hukuka aykırı yapısından kaynaklanmaktaysa farklı bir yaklaşıma ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz. Bu yaklaşım olay özelinde birtakım davranışların aldatıcı veya hileli olup olmamasına göre sonuca varan geleneksel perdeyi kaldırma davalarından farklı olarak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımını mümkün kılan yapısal sorunlara odaklanmalıdır. Bu konuyla ilgili detaylı açıklamalar aşağıda tek ekonomik birim bahsinde yapılacaktır.

3.3.2. Tek Ekonomik Birim Temelinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Kanun koyucu vergi avantajları, üretim, pazarlama ve rekabet yönünden sağladığı imkânlar sebebiyle zaman içerisinde uygulamada ortaya çıkan çok şirketli yapıları, meşru ticari amaçlar için tanıyarak girişimcilerin hizmetine sunmuştur⁸⁷⁷. Kanun'un şirketler topluluğu olarak adlandırdığı bu yapılar, bir iktisadi girişimin birden fazla şirket altında kurumsallaştırılmasına imkân tanımaktadır. Dolayısıyla şirketler topluluğu hukuki boyutu itibariyle çokluğu; iktisadi boyutu itibariyle de tekliği içinde barındıran bir yapıdır. Bu boyutlar arasındaki farklılık istismara açık bir alan yaratmaktadır. Görünüşte çok şirketli bir yapı var olmakla birlikte, şirketler topluluğu aslında tek şirket gibi faaliyet gösteriyor ve bu yolla üçüncü kişilerin mağduriyetine yol açıyorsa adaletin tesisi için görünüşten ziyade gerçekliğe odaklanmak gerekebilir. Bu yapıların kötüniyetli girişimciler tarafından istismarına hukuk düzeni müsaade etmemelidir.

Şirketler topluluğunun kötüniyetli amaçlar için kullanılması ve üçüncü kişilerin mağduriyetine yol açan yapılar haline gelmesi sorununa mevcut düzenlemeler bir çözüm getirmemektedir. Bu kısma kadar incelediğimiz; TTK özel hükümleri, haksız fiil ve yöneticinin sorumluluğu kötü yapılandırma veya yönetim sebebiyle bağlı şirketin varlığının tehlikeye düşmesi ve alacaklılarının mağduriyeti konusunda yeterli değildir. Görünüşe göre mevcut şartlar altında bağlı şirket alacaklısının dayanabileceği tek yol tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi. Uygulamada da bu yönde bir yaklaşım gelişmiştir. Aşağıda detaylı bir şekilde tartışıldığı üzere bağlı şirket alacaklılarının ortak yönetim, iş ve faaliyet alanlarının varlığı, dışa karşı verilen birlik intibai, ortak malvarlığı ve çalışanlar gibi olguları ileri sürerek tüzel kişilik

⁸⁷⁷ Şirketler topluluğunu ortaya çıkaran iktisadi ve hukuki nedenler hakkında bkz. Yuk. s. 121.

perdesinin kaldırılmasını ve bağlı şirket borcunun, onu gerçekte yöneten topluluk hâkimi tarafından ödenmesini talep ettikleri görülmektedir. Mahkemeler de çoğunlukla bu talebe olumlu yanıt vermektedir. Ancak tutarlı ve öngörülebilir bir yargı uygulamasının varlığından bahsetmek pek de mümkün değildir. Tezin yazılış amaçlarından birisi mevcut uygulamanın daha da iyileştirilebilmesi adına, karşılaştırmalı hukuk verilerinden de faydalanarak şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasıyla ilgili birtakım önerilerde bulunmaktadır. Özellikle şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan bazı sorunlara karşı konuya davranışçı bir bakış açısıyla yaklaşan geleneksel perdeyi kaldırma teorisini uygulayarak bir çözüm getirmek mümkün olmayabilir. Geleneksel perdeyi kaldırma yaklaşımları münferit şirket yapısı ve onun ayrı tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluk gibi özellikleri (*entity law*) dikkate alınarak geliştirilmiş yaklaşımlardır. Bir dizi anlaşmaya dayalı gevşek işbirliği yapılarından, dışa kapalı küçük şirketlerden kurulu topluluklara kadar çok farklı formlarda ortaya çıkabilen şirket yoğunlaşmalarının yol açtığı sorunlara bu yaklaşımlar etkin bir cevap verememektedir. Mesela ABD hukukuyla ilgili açıklamalarda değindiğimiz alt benlik (*alter ego*) teorisi çoğunlukla şekli diyebileceğimiz hususlara ağırlık vermektedir. Bu bağlamda, şirketin araçsallaştırılmasıyla ilgili olarak dikkate alınan hususlar şirket toplantılarının usulüne uygun bir şekilde yapılması, kayıt altına alınması, ilanı, tebliği gibi daha çok usuli yükümlülüklerle sınırlı kalmaktadır. Şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânı ise faaliyeti ve malvarlığını bölümlere ayırma, girişimin malvarlığını riskli faaliyetlerden izole ederek muhtemel zararı alacaklıların sırtında bırakma gibi münferit şirketlerden farklı riskleri barındırmaktadır. Bu bağlamda, bazı topluluk yapılarında, muhtemel zararı dışlama (*externalization*) amacıyla, cep gibi kullanılan, girişimin malvarlığının tahsis edildiği kabuk şirketler (*sham companies*) ile sorumluluğa yol açabilecek riskli işlerin yürütüldüğü, zayıf malvarlığıyla donatılmış şirketler gibi görünenden farklı işlevlere sahip şirketler bulunuyor olabilir. Böyle bir yapı söz konusuysa, topluluk şirketlerini bu bağlamdan ayrı düşünerek münferit şirketler gibi ele almak ve birtakım usuli prosedürlerin uygulanıp uygulanmadığıyla sınırlı bir değerlendirme yapmak kötüniyetli girişimcilerin sorumluluktan kurtulmalarına yol açacaktır⁸⁷⁸. Buna göre, şirketler topluluğu söz konusuysa araçsallaştırma unsuruyla ilgili olarak, topluluğun yapısını da dikkate alan daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır.

Geleneksel perdeyi kaldırmada aranan ikinci şart olan aldatma veya hile konusunda da şirketler topluluğu söz konusu olduğunda bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Geleneksel perdeyi

⁸⁷⁸ Dearborn, s. 208.

kaldırma teorisi davranışçı bir yaklaşıma sahip olduğundan, münferit şirket söz konusu olduğunda perde gerisinde bulunan ortağın aldatıcı / hileli davranışı sıkı sıkıya aranmaktadır. Aksi takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebi reddedilmektedir. Ancak bu yaklaşım, topluluğun yapısal sorunlarından kaynaklanan bir perdeyi kaldırma ve sorumluluk hali söz konusuysa aynı sıklıkta uygulanamayabilir. Topluluk hâkiminin, muhtemel zararı dışlama amacıyla çok şirketli bir yapı kurmasını veya bağlı şirketlerin varlığını tehlikeye sokan kötü hâkimiyet uygulamalarını, üçüncü kişi konumundaki bağlı şirket alacaklısına yönelik bir aldatıcı/hileli davranış olarak vasıflandırmak mümkün değildir⁸⁷⁹. Bu bağlamda mahkemeler hile unsurunu arama konusunda ya tereddüte düşmekte ya da bu şartı hiç uygulamamaktadır⁸⁸⁰.

Bu sebeplerle geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin uygulanabilirliği hususunda tereddüte yol açan, topluluğun yapısal özelliklerinden kaynaklanan bazı sorunlu hallerle ilgili olarak yapısalcı bir perdeyi kaldırma uygulamasının mümkün olup olmadığı hususu ayrıca araştırılmalıdır. Özellikle şirketler topluluğunun sağladığı, çok şirketli bir yapı altında faaliyet gösterme imkânının kötüye kullanılması; topluluğun tek bir birim veya ünite gibi faaliyet gösterecek şekilde yapılandırılması; topluluk hâkiminin aşırı ve devamlı hâkimiyet uygulamaları sonucunda bağlı şirketleri araçsallaştırması gibi meseleler daha bütünlüklü bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Bu sorunlara karşı özgün bir perdeyi kaldırma yaklaşımı geliştirirken, topluluğun ekonomik temelini dikkate alan tek ekonomik birim doktrini (*single economic unit doctrine*), tek işletme teorisi (*unified business enterprise*) gibi isimlerle kavramlaştırılan yaklaşımlar yol gösterici olabilir⁸⁸¹. Bunun için öncelikle tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gündeme gelebileceği sorunların tespitine ihtiyaç vardır.

3.3.2.1. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulanabileceği Sorunlu Alanlar

Tek ekonomik birim teorisinin gündeme gelebileceği, yapısal özelliklerine dikkat edilmesi gereken topluluklar iki şekilde ortaya çıkmış olabilir. Bunlar ya bir işletme faaliyetinin (*unified business enterprise*) aşırı bir şekilde bölümlendirilmesi (*excessive fragmentation of a business*

⁸⁷⁹ Davranışçı perdeyi kaldırma yaklaşımları, kontrol olgusunun tam olarak bu kapsamda değerlendirilememesi sebebiyle şirketler topluluğuyla ilgili sorunlarda yetersiz kalmaktadır. Bkz. **Dearborn**, s. 249-251.

⁸⁸⁰ Mesela aşağıda detaylı bir şekilde incelediğimiz SC kararında, ilk derece mahkemesiyle Yargıtay arasındaki anlaşmazlığın temel sebebi aldatıcı / hileli davranış unsurunun uygulanıp uygulanmayacağı hususudur.

⁸⁸¹ Şirketler topluluğunu bir adi ortaklık gibi değerlendirip bu yoldan topluluğun sorumluluğuna kapı aralayan görüşler Türk hukukunda kabul görmemektedir. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 751. Biz de aynı düşüncedeyiz. Şirketler topluluğunun sorumluluğunu sağlayabilecek yegâne araç meşru ekonomik amaçlar için girişimcilerin hizmetine sunulan topluluk yapısının kötüye kullanılmasına odaklanan bir perdeyi kaldırma yöntemi olabilir. Bu çalışmanın esas amacı da böyle bir ihtiyacın varlığına dikkat çekmek ve çözüme yönelik teorik katkıda bulunmaktır.

enterprise) sonucunda bilinçli olarak hayata geçirilmiş ya da yoğun müdahaleler sonrası fiilen böyle bir yapıya dönüşmüştür (*qualifizierte faktische konzern*). Bu nitelikteki topluluklar, aşağıda detaylı bir şekilde tartışılacağı üzere alacaklılar açısından önemli riskleri barındıran yapılar olsa da bu durum her hâlükârda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirmeyebilir. İstisnai nitelikteki bir çözüm yolu olan perdeyi kaldırmanın sıkı şartlara bağlanması gerekir. Bu şartlarla ilgili öneriler aşağıda ayrıca yapılmıştır⁸⁸². Burada tek ekonomik birim yaklaşımının uygulanabileceği topluluk yapıları ve bunların yol açabilecekleri sorunlar vurgulanmıştır.

3.3.2.1.1. Şirketler Topluluğunun Yapısal Olarak Kötüye Kullanılması

Şirketlerin bir perdeleme vasıtası olarak kullanımı bir istismar hali olarak nitelendirilmiş ve buna karşılık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi geliştirilmiştir. Benzer bir tehlike şirketler topluluğu için de geçerlidir. Şirketler topluluğu yapısının sağladığı çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânı kötüye kullanılmaya müsaittir. Topluluğun dışa yansıyan çok parçalı ve teoride birbirinden bağımsız unsurlardan oluşan hukuki boyutuyla, temelinde bulunan ve bir bütünlüğe sahip işletme boyutu arasındaki farklılık istismara açık bir alan yaratmaktadır.

Bu durumun tipik örneklerinden birisi işletme faaliyetinin aşırı bölümlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan topluluklarda görülebilmektedir. Açıklanabilir ekonomik gerekçelere dayanan haller hariç, münferit tek şirket çatısı altında yürütülebilecek bir ekonomik faaliyetin aşırı bölümlendirilmesi (*excessive fragmentation of a business enterprise*) yoluyla hayata geçirilen topluluklar alacaklılar açısından önemli bir risk kaynağıdır. Kötüniyetle, muhtemel alacaklılara karşı önlem alma amcıyla böyle bir yapılandırma yoluna gidilmişse gerçekte bir şirketler topluluğunun varlığı dahi şüphelidir; zira topluluğu oluşturan şirketler her ne kadar kâğıt üzerinde ayrı birer tüzel kişilik olsa da gerçekte topluluk hâkiminin amaçlarına hizmet eden birer araç durumundadır. Öyle ki, bağlı şirketler sanki topluluk hâkiminin birer şubesi veya bir bölümü gibi konumlandırılmıştır. Bunlar kendilerine özgü bir yönetim iradesine sahip değildir. Asıl yönetici irade, topluluk hâkimidir.

Örnek vermek gerekirse bir inşaat firmasının ekonomik faaliyetinin unsurlarını oluşturan çimento ve sair inşaat malzemesi tedariki, araç parkı kurulması, inşa, emlak alım – satımı gibi işler için ayrı limited veya anonim şirketler kurduğunu varsayalım. Bu şirketlerin hepsi gerçek veya tüzel kişi, bir çatı işletmenin hâkimiyeti altında olduğundan bir şirketler topluluğu vücuda gelecektir. Esasında bu işlerin hepsi tek bir şirket çatısı altında da yürütülebilir. Ancak girişimci

⁸⁸² Bkz. Aşa. s. 390 vd.

şahsın normalde aynı şirketin münferit bölümleri altında yürütülebilecek bu işler için ayrı tüzel kişilikler kurmasında önemli menfaatleri vardır. Her şeyden önce sınırlı sorumluluğa karşı bir garanti fonu olduğu ifade edilen şirket malvarlığı, böylelikle bölümlere ayrılmaktadır (*asset partitioning*). Böylece sınırlı sorumluluğun sağladığı koruma katbekat artırılmaktadır⁸⁸³.

Girişimci işletme faaliyetini bir şirketler topluluğu yerine, münferit bir şirket altında kurumsallaştırsaydı aynı ekonomik faaliyete özgülenen bütün bir malvarlığına alacağın tahsili amacıyla başvurulabilecekti. Ancak girişimi bu şekilde yapılandırarak malvarlığını bölümlere ayırma ve aynı faaliyetin bir parçası olan farklı şirketlere tahsis etme imkânına kavuşmaktadır. Bu suretle, hem kendisini sorumluluktan kurtarmakta hem de müracaat edilebilecek malvarlığı miktarını önemli ölçüde daraltmaktadır. Böylece sınırlı sorumluluk kuralına karşılık alacaklılar için bir garanti fonu teşkil eden şirket malvarlığının bu fonksiyonu etkisiz hale getirilmektedir. Bunun sonucunda faaliyetin risklerinden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması veya daha doğru bir ifadeyle alacaklının üzerinde bırakılması mümkün hale gelecektir. Bu durum istismara açık bir alan yaratmaktadır. Bu durumun farkına varan kötünietli girişimciler, gerçek iktisadi amaçları takip etmekten ziyade ileride karşılaşılabilecekleri sorumluluk hallerine karşı bir önlem olarak malvarlığı yönünden zayıf bağlı şirketlerin yer aldığı topluluklar kurabilirler. Böylece girişime özgülenen malvarlığını parçalara ayırarak birbirinden izole etme yoluyla sınırlı sorumluluğu daha da güçlendirme ve sorumluluk söz konusu olduğunda buna ilişkin mahkeme kararlarını uygulanamaz hale getirebilme imkânına kavuşmaktadırlar⁸⁸⁴.

Bunu örneğimizdeki inşaat firması üzerinden somutlaştırmak gerekirse kötünietli bir girişimci, girişime özgülediği malvarlığını bölümlere ayırarak topluluğa mensup şirketlere tahsis etmiş ve en riskli faaliyeti yürüten inşa işleriyle uğraşan bağlı şirkete, faaliyetleriyle orantısız bir malvarlığı bırakmış olsa bu durum alacaklılar açısından önemli bir risk oluşturacaktır. Böyle bir yola tevessül eden girişimci, topluluğun en riskli faaliyetlerini bir bağlı şirkete tahsis ederek topluluk hâkimi olan şirketin doğrudan sorumlu tutulma tehlikesini bertaraf edebilmektedir⁸⁸⁵. Böyle bir topluluk yapısında, bu bağlı şirket faaliyetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu inşaat malzemesi, araç parkuru, emek ve benzeri tüm ihtiyaçları diğer bağlı şirketlerden leasing ve sair yollarla tedarik edebilir. Bir iş kazası meydana gelir ve bağlı şirket malvarlığı ölen veya

⁸⁸³ Şirket özkaynaklarının bir sorumluluk fonu oluşturmasıyla ilgili olarak bkz. Yanlı, s. 113.

⁸⁸⁴ Petrin, Martin/Choudhury, Barnali, "Group Company Liability" **European Business Organization Law Review**, Vol. 19, 2018, ss. 771–796, s. 774.

⁸⁸⁵ Dearborn, s. 206.

yaralanan işçilerin tazminat alacaklarını karşılamaya yetmezse bu faaliyetin esas faydalanıcısı olan topluluk hâkimi ve diğer şirketlerin malvarlığına müracaat edilemeyecek midir⁸⁸⁶?

Aynı soru sözleşmesel alacaklar açısından da sorulabilir. Farz edelimki çeşitli sebeplerle inşaa faaliyetlerinde gecikmeler oldu ve inşaatın zamanında tamamlanamaması sebebiyle taahhüd edilen taşınmazlar alacaklılara hiç ya da zamanında teslim edilemedi veya ayıplı mal tesliminde bulunuldu. Bu sadece sözleşmeye taraf olan bağlı şirketin meselesi olarak mı kabul edilecektir⁸⁸⁷?

Bu sorunlara yol açan sebeplerden birisi şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânının sadece malvarlığının bölümlendirilmesini değil işletme faaliyetlerinin de bölümlendirilmesine fırsat tanınmasıdır. Topluluk öyle bir tasarlanabilir ki, bazı bağlı şirketlere, işletme faaliyeti için gerekli olan malvarlığını muhafaza etme işlevi verilebilirken, diğer bazıları tamamen operasyonel amaçlarla kullanılabilir. Kabaca ifade etmek gerekirse, şirketler topluluğu kendi iç işleyişinde malvarlığı kuruluşu (*owning entity*) ve faaliyet kuruluşu (*operational entity*) olmak üzere iki ayrı kuruluşu barındırabilir⁸⁸⁸. İşletme faaliyetinin dış dünyayla muhatap olan yüzünü temsil eden ve riskli faaliyetlerini yürüten faaliyet kuruluşu altındaki şirketler, ihtiyaç duydukları kaynakları malvarlığı kuruluşu altındaki şirketlerden tedarik

⁸⁸⁶ *Del Santo v. Bristol County Stadium Inc* (United States Court of Appeals First Circuit. 273 F.2d 605) kararına konu olayda müsabaka esnasında kaza geçirerek yaralanan otomobil yarışçısı davacı yarışları düzenleyen *Monarch* isimli tek malvarlığı bir daktilo olan şirketin ihmaliinden dolayı yarış pistini işleten ve bu tip organizasyonlar için arz eden stadyum şirketini dava etmiştir. İlk derece mahkemesi iki şirketin farklı tüzel kişilikler olduğundan bahisle davanın reddine karar vermiştir. Buna karşılık istinaf mahkemesi şu gerekçeyle davacıyı haklı bulmuştur: “...Her ne kadar *Monarch* ayrı bir şirket olsa da işletme faaliyeti bir bütün olarak mekân, zaman, faaliyet ve amaç birliği açısından bakıldığında aslında tektir. Yöneticisi bir muhasebeci olan *Monarch* bağımsız bir hizmet sağlayıcısından ziyade muhasebe kayıtlarını takip eden, davalının işletme faaliyetinin belirli safhalarında devreye sokulan bir kabuk şirkete benzemektedir.”

⁸⁸⁷ Bu örnekteki benzer bir topluluk yapısı *Herman v. Mobile Homes Corp.*, 317 Mich. 233 (Mich. 1947) kararına konu davada görülebilir. Topluluk *Currier Lumber Company* isimli ana şirket ile *Inter Urban Land Company* ve *Mobile Homes Corporation* isimli bağlı şirketlerden oluşmaktadır. İlk olarak ana şirket *Currier* kereste ve inşaat malzemeleri alım-satımı amacıyla kurulmuştur. Daha sonra kurulan bağlı şirketlerden *Inter Urban Land* taşınmaz alım-satımı, *Mobile Homes* ise genel olarak inşaat faaliyetleriyle iştigal etmektedir. Davacılar topluluğun emlak alım satım şirketi olan *Inter Urban Land* şirketiyle konut alımı için sözleşme yapmışlardır. İnşaat tamamlanıp taşınmazlar teslim edildikten kısa bir süre sonra bunların kötü işçilik ve malzeme kalitesizliğinden dolayı ayıplı olduğu anlaşılmıştır. Ayıbın giderilmesi için ana şirkete yapılan girişimlerin sonuç vermemesi üzerine davacılar bu şirkete karşı tazminat davaları açmıştır. Michigan Yüksek Mahkemesi (*Michigan Supreme Court*) ana şirketle birlikte bağlı iki yavru şirketin de sorumluluğuna hükmetmiştir. Mahkeme sadece sözleşmenin taraflarıyla kısıtlı bir inceleme yapmamış; topluluğu genel olarak yapısal özelliklerini dikkate alarak incelemiştir. Sonuç olarak da emlak ve inşaat işleriyle uğraşan bağlı şirketlerin ana şirkete bağlı birer bölüm veya araç (*mere departments, instrumentalities and adjuncts*) olduğu tespitinde bulunarak topluluğun esasında tek bir işletme olduğunu belirlemiştir. Mahkeme kararda tipik perdeyi kaldırma davalarındaki iki veya üç faktörlü testin bir unsuru olan kusurluluğa ilişkin bir olgunun varlığına ayrıca gerek bulunmadığını belirtmiştir. Özellikle aşırı hâkimiyet uygulamaları, idari ve mali bağımlılık gibi hususların altı çizilerek topluluğun tek bir işletme/girişim haline geldiği tespit edilmiş ve aşırı yetersiz malvarlığı, bağlı şirketlerin topluluk içi faaliyetlerden hiç kâr etmemeleri, şirketler arası malvarlığı değerlerinin devamlı el değiştirmesi gibi hususlar ayrıca vurgulanarak sonuca ulaşılmıştır.

⁸⁸⁸ LoPucki, Lynn M., “The Essential Structure of Judgment Proofing”, *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 1, Nov., 1998, pp. 147-160, (LoPucki, Essential), s. 147.

etmektedir. Böylelikle topluluğun malvarlığı riskli faaliyetlerde bulunan ve dış dünyayla sözleşmesel ilişkiler kuran şirketlerde bulundurulmamakta ve bu suretle sorumluluk hallerine karşı önlem alınmaktadır. Bu durumu *Exxon Valdez* olayından hareketle daha somutlaştırabiliriz. Deniz taşımacılığı üzerine faaliyette bulunan bir toplulukta bazı bağlı şirketler, işletmenin ihtiyaç duyduğu tanker gemilerinin mülkiyetine sahip olmakla birlikte taşımacılık faaliyetinde bulunmamaktadır (*owning entity*). Diğer bazı bağlı şirketlerse navlun sözleşmeleri akdetmekte ve leasing yoluyla diğer bağlı şirketlerden tedarik ettikleri gemilerle taşımacılık faaliyetini yürütmektedir (*operational entity*). Gemilerden birisi, faaliyet şirketlerinden birinin çalışanının hatası sebebiyle bir kazaya karışsa ve petrol sızıntısı veya sair bir çevre felaketine yol açsa meydana gelen zararı ciddi bir malvarlığı bulunmayan bu şirketin tazmin etmesi mümkün olmayacaktır. Alacaklılar şirketin iflasını sağlasa dahi topluluk açısından bu durumun bir mahsuru bulunmayacaktır, çünkü bu şirketin yerine ikame edebileceği başka şirketler de vardır⁸⁸⁹. Kazaya yol açan şirketin diğer topluluk şirketiyle yaptığı leasing sözleşmesi, mağdur alacaklılara herhangi bir hak tanımamaktadır. Bu durumda görünüşe göre, topluluğun kendi içindeki iş bölümüne göre yaptığı ayrımları bir kenara bırakarak işletme seviyesinde, daha bütünlüklü bir değerlendirme yapmayı sağlayacak yaklaşımlara ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, eldeki olanaklara göre en etkin çözüm yolu, tek ekonomik birim (*single economic unit*) veya işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) gibi isimlerle anılan perdeyi kaldırma yöntemlerine başvurulmasıdır.

Malvarlığının bölümlendirilmesi yoluyla sınırlı sorumluluğun daha da tahkim edilmesi meselesi üzerinde biraz daha ayrıntılı durmak faydalı olacaktır. Bu sorunu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse ABD’de görülen meşhur *Walkovsky taxicab* davası bu anlamda açıklayıcı olabilir. Davaya konu olayda 20 araçlık, taksicilik faaliyetini konu alan bir işletme bulunmaktadır. Bu işletme 10 şirketli bir topluluk yapısı altında faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla her iki araç için bir şirket kurulmuştur⁸⁹⁰. Böylelikle işletmeye özgülenen malvarlığı şirketler vasıtasıyla bölümlere ayrılarak birbirinden ayrıştırılmıştır. Bunun sonucunda sorumluluğun daha da sınırlandırılması sağlanmaktadır. Dahası somut olayda kurulmuş olan şirketlerin sahip olduğu araçların sigorta primleri de olabildiğince düşük tutulmuştur. Şirketlerden birisinin, *Seon Cab Corporation*, sahibi olduğu taksilerden birisi, bir yayaya çarparak ağır yaralamıştır. Söz konusu şirketin malvarlığı, haliyle davacının 500.000 USD tutarındaki tazminat

⁸⁸⁹ Bainbridge, Abolishing, s. 530.

⁸⁹⁰ *Walkovsky v Carlton*, Court of Appeals of New York, 18 NY2d 414, November 29, 1966

taleplerini karşılamaya yetmemektedir. Davacı söz konusu şirketlerin görünüşte birbirinden bağımsız faaliyet gösteren şirketler olduğunu, ancak gerçekte finansman, tedarik, tamirat, çalışanlar ve park yeri gibi konularla ilgili olarak tek bir yapı, ünite ve girişim olarak faaliyet gösterdiğini ileri sürerek söz konusu şirketlerin tamamının sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmektedir. Bununla birlikte, bütün şirketlerin malvarlığı dahi bir araya gelse davacının zararını karşılamaya yetmemektedir. Bu sebeple davacı, bütün bu işletmeyi yöneten gerçek kişinin, yani *Carlton* isimli kişinin de şahsen sorumluluğunu talep etmektedir.

Davacı tazminat taleplerini kısaca şu iddiaya dayandırmaktadır: 10 şirketten hiç biri bağımsız bir kişiliğe sahip değildir; aksine, her biri *Carlton*'ın taksicilik işini yürütmek için kullandığı tek işletmenin birer parçasıdır. Mahkeme, bir şirketin kendinden daha geniş bir işletme faaliyetinin parçası olmasını perdenin kaldırılması için yeterli bulmamıştır. Dolayısıyla, bir işletme faaliyetini, bölümlere ayırarak çok şirketli bir yapı altında organize etmek, kontrol gücüne sahip pay sahibinin şahsi sorumluluğu sonucunu doğurmayacaktır. Bu en fazla topluluk şirketlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesine ve birlikte sorumluluklarına yol açabilir⁸⁹¹. Mahkemenin bu yöndeki tespitleri üzerine davacı *Walkovsky* alternatif bir iddiada bulunmuş ve *Carlton*'ın belirtildiği şekilde çok şirketli bir yapıyı hayata geçirmiş olmasının, kamuyu aldatmaya yönelik hukuk dışı bir teşebbüs olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, aldatma ve hile iddiasını da kabul etmemiş; sadece sınırlı sorumluluğun sağladığı imkânlardan yararlanmak için olsa dahi, bir işletmeyi çok şirketli bir yapı altında organize etmenin hile olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme geleneksel perdeyi kaldırmada uygulandığı haliyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili bir analiz yapmıştır. Hileyi davranışçı bir yaklaşımla sınırlı olarak değerlendiren mahkeme sadece işletmenin çok sayıda şirketten oluşuyor olması ve yetersiz malvarlığı gerekçeleriyle perdenin kaldırılarak bütün şirketlerin ve ortakların malvarlığına el uzatılmasının doğru olmayacağına hükmetmiştir⁸⁹². Sonuç olarak mahkeme, perdenin kaldırılması yönündeki taleplerini alt benlik teorisi (*alter ego*) kapsamında sunabileceğini belirterek davacıya, davasını değiştirme hakkı tanımış; ancak davanın reddine karar vermiştir. Sonraki süreçte tarafların dava dışı sulh yoluyla bir anlaşmaya vardığı belirtilmektedir⁸⁹³.

⁸⁹¹ **Bainbridge**, Abolishing, s. 483.

⁸⁹² Mahkemenin bu kararı, muhalif kalan Yargıç Keating tarafından şirket formunun kötüye kullanılmasına cevaz verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Aslında burada şirket formundan ziyade, şirketler topluluğunun formu kötüye kullanılmaktadır. Belki daha doğru bir ifadeyle şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketli bir yapı altında faaliyet gösterebilme hakkı kötüye kullanılmaktadır; çünkü şirketler topluluğunun, şirketler gibi formal çerçevesi kanun tarafından belirlenmiş bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

⁸⁹³ **Bainbridge**, Abolishing, s. 483

Bize göre ABD mahkemesinin bu kararı hatalıdır⁸⁹⁴. Eldeki veriler *ex post* bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda, taksicilik gibi tehlikeli bir faaliyete girişen kurucuların, iktisadi ihtiyaçları karşılamaktan ziyade ileride kendilerine yöneltilebilecek sorumluluk taleplerini boşa çıkarmak ve sorumluluktan kurtulmak amacıyla çok şirketli bir yapı oluşturduklarını göstermektedir. Topluluğa mensup şirketler arasındaki ayrım tamamen bir faraziye. Zira ortak işyeri, ortak çalışanlar ortak idareciler ve sair hususlar göstermektedir ki bu şirketler esasında münferit bir şirket gibi yönetilmektedir. Ancak iş sorumluluğa gelince bu faktörleri yok sayıp şekli bir bakış açısıyla sadece kazayı yapan aracın maliki konumundaki şirketin sorumlu olacağını kabul etmek nimet – külfet dengesini bozacağından hakkaniyete aykırı olacaktır⁸⁹⁵. Diğer taraftan söz konusu şirketin malvarlığı haksız fiilden kaynaklanan borcun ifası için yeterli olmadığından böyle bir yaklaşım faaliyetin risklerinin dışlanması ve ortaya çıkan zararın alacaklı üzerinde bırakılması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir yapılandırma söz konusuysa hile ve aldatmayı salt davranışçı bir bakış açısıyla yorumlamak görüldüğü üzere hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Dolayısıyla, geleneksel perdeyi kaldırmaya hâkim olan davranışçı yaklaşım, şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan sorunlara tam anlamıyla bir çözüm getirmemektedir. Şirketler topluluğunun yapısal olarak sunduğu çok şirketle faaliyet yürütebilme imkânı, üçüncü şahısların zararına yol açacak şekilde istismar ediliyorsa ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkesinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağdaşmaz. Kanunun tanıdığı bir imkânı bu şekilde kötüye kullanan girişimcilerin ayrı tüzel kişilik savunmalarına itibar edilmemelidir. Gerçek durum dikkate alınarak topluluğun aslında tek ekonomik birim olduğu belirtilmeli ve sorumluluktan kaçırılmaya çalışılan malvarlığına erişim sağlanabilmelidir.

Yine ülkemizde yaşanan olaylardan hareketle benzer bir örnek verilebilir. Mesela bir madencilik şirketinin işletme haklarını aldığı her bir maden ocağı için ayrı bir bağlı şirket kurarak şirketler topluluğu altında faaliyetlerini sürdürdüğünü farz edelim. Bu maden ocaklarından birisinde meydana gelen bir göçük veya başka bir iş kazası sonrasında hayatını kaybeden veya yaralanan işçilerin kendileri yahut destekten yoksun kalan yakınları kendilerini bir anda haksız fiil mağduru olarak alacaklı konumunda bulacaktır. Bu alacaklıların muhatabı hâkimiyet altındaki bağlı şirkettir. Borç eğer bağlı şirketin ödeyemeyeceği kadar yüksekse iflas usulü uygulanacak

⁸⁹⁴ Benzer nitelikte pek çok *Taxicab* kararında *Walkovsky* kararının aksine perdenin kaldırılması yönünde kararlar alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 295.

⁸⁹⁵ Küçük, Damla, “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt. 77, 2019, ss. 287-360, s. 321.

alacaklılar kısmen veya tamamen alacaklarını tahsil edemeyecektir. Ancak mevcut şartlarda eğer haksız fiilin meydana gelmesinde bir payı yoksa hâkim şirketin bu durumdan hiç etkilenmeden faaliyetlerine devam etmesi mümkündür. Hatta mevcut bağlı şirketi tasfiye etmesi, işletme hakkını elinde bulundurduğu söz konusu maden için yeni bir şirket kurması ve gelecekte meydana gelecek riskleri de benzer şekilde savuşturmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁸⁹⁶. Hukuk düzeninden bu duruma sessiz kalması beklenmemelidir. Zararın ortaya çıkan sonuçta hiçbir payı olmayan mağdur şahıslar üzerinde bırakılması hakkaniyete aykırı olacaktır.

Hal böyleyken katı bir yaklaşımla ayrılık kuralından bahisle sadece ilgili bağlı şirketlerle sınırlı bir sorumluluk çerçevesi benimsemek hakkaniyetle bağdaşmaz. Özellikle haksız fiil alacaklıları düşünüldüğünde, bağlı şirket malvarlığı kendisini bir anda alacaklı pozisyonunda bulan kişilerin tazminat taleplerini karşılamaya yetmezse bu talebin diğer topluluk şirketlerine yöneltilememesi ahlaki değildir. Bu bağlamda bahse konu ticari faaliyetin bir bütün olarak sahibi, yöneticisi ve faydalanıcısı olan topluluk hâkiminin, iş sorumluluğa gelince sınırlı sorumluluk ve ayrılık kuralını ileri sürerek kenara çekilmesine ve sorumluluğu yine kendi kontrolü altında olan bağlı şirketin sırtında bırakmasına, o da yetersiz kaldığında zarara alacaklıların katlanıyor olmasına hukuk düzeni sessiz kalmamalıdır⁸⁹⁷. Aksi takdirde topluluk hâkimi tazminat borcunu ifa edemediği için tasfiye edilen bağlı şirket yerine yeni bir şirket kurarak meydana gelen olaydan hiç etkilenmeksizin faaliyetlerine kaldığı yerden devam edebilecektir. Kanun koyucunun şirketler topluluğunu tanıyarak girişimcilerin kullanımına sunması bu tip çarpıklıklara rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaz. Bu sebeple kişilerin mağduriyetine yol açan bir durum söz konusu olduğunda, bütünlükçü bir yaklaşımla topluluğun çarpık yapılaşmasını göz önünde bulunduran bir perdeyi kaldırma metodunun geliştirilmesine ihtiyaç vardır; zira sorunun kaynağını bir bütün olarak topluluğun yapısı oluşturmaktadır⁸⁹⁸. Ancak bu her halükarda tüzel kişilik perdesinin

⁸⁹⁶ Şirketin iflasından önce bunu öngören ortakların yeni bir şirket kurarak mevcut şirketin malvarlıklarını dolambaçlı yollarla yeni kurulan şirkete aktarmaları sıklıkla görülebilen bir olgudur. Borçlarıyla birlikte kaderine terk edilen şirketin ticari faaliyetleri bu yeni kurulan şirket üzerinden devam ettirilmektedir. Bu amaçla kurulan şirketler için İngiliz hukukunda küllerinden doğan şirket manasına gelen *phoenix company* tabiri kullanılmaktadır. **Davies/Worthington**, s. 237; **Vandekerckhove**, s. 301.

⁸⁹⁷ Bu husus tutarlı olma yükümlülüğü olarak da ifade edilen *Contra factum proprium nemo venire potest* ilkesiyle de gerekçelendirilmektedir. Bu ilke özellikle sözleşmelerin kuruluşu ve yerine getirilmesinde tarafların tutarlı davranmaları; destekledikleri veya reddettikleri bir hususun daha sonra sırf menfaatleri bunu gerektiriyor diye aksini ileri sürememelerinin gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Ayrım ve sınırlı sorumluluk ilkeleri de bu anlamda menfaat icabı dikkate alınmazken daha sonra sorumluluk söz konusu olduğunda sınımlanacak bir kaçış yolu olarak kullanılamamalıdır. **Vandekerckhove**, s. 500.

⁸⁹⁸ *Lutter* de topluluğun yapısal olarak kötüye kullanılmasını *Institutsmissbrauch* olarak nitelendirmekte ve bir perdenin kaldırılması sebebi olarak göstermektedir. *Lutter, Marcus*, “Die zivilrechtliche Haftung in der

kaldırılacağı anlamına da gelmemelidir. Zira münferit bir şirket çatısı altında yürütülebilecek bir işletme faaliyetini, sınırlı sorumluluğu daha da güçlendirme amacıyla aşırı bölümlendirmek ve çok şirketli bir yapı altında yürütüyor olmak her ne kadar şirketler topluluğunun tanınma gerekçeleriyle uyumlu olmasa da bu durum, tek başına perdenin kaldırılması ve sorumluluğun ithafı için yeterli değildir. Kanun koyucunun meşru ticari amaçlar için girişimcilerin kullanımına sunduğu bu yapının sağladığı imkânların kötüye kullanıldığı da ortaya konulmalıdır. Bu bağlamda dikkate alınması gereken hususlar aşağıda detaylı bir şekilde ayrıca tartışılmıştır⁸⁹⁹.

3.3.2.1.2. Aşırı Hâkimiyet Uygulamaları Sonucunda Münferit Şirket Gibi Faaliyet Gösteren Topluluk Sorunu

Şirketler topluluğu bilinçli olarak münferit bir şirket gibi faaliyet göstermek üzere tasarlanmış olmamakla birlikte zaman içerisinde böyle bir yapıya bürünmüş olabilir. Böyle bir topluluk yapısının zaman içerisinde ortaya çıkmasına topluluk hâkiminin meşruiyet sınırlarının dışına çıkan aşırı müdahaleci hâkimiyet uygulamaları sebep olmaktadır. Topluluk hâkiminin tamamen kontrol sahibi olduğu bu topluluklarda hangi müdahalelerin kayba yol açtığı bireysel olarak tespiti ve sebep olunan kayıp ve zararın hesaplanması mümkün olmadığından, TTK'nın özel hükümlerinin öngördüğü denkleştirme ve şirket zararının tazminine dayalı sorumluluk sisteminin münhasıran uygulanma imkânı yoktur.

Alman hukukunda topluluk hâkiminin nitelikli müdahaleleri sebebiyle ortaya çıkan bu nitelikteki topluluklar nitelikli fiili topluluklar (*qualifiziert faktischer konzern*) olarak adlandırılmaktadır⁹⁰⁰. Kısaca hatırlatmak gerekirse nitelikli müdahale – basit müdahale ayrımı Alman hukukunda fiili topluluklar için kabul edilmiş bir ayrımdır⁹⁰¹. Basit müdahale kavramıyla ifade edilmek istenen esasında TTK'nın topluluk hukuku kurallarının düzenleme altına aldığı, bağlı şirketin kaybına yol açan ve kanun hükümleri gereğince denkleştirme yükümlülüğü doğuran

Unternehmensgruppe”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, ZGR Vol. 11, Issue 2, 1982, pp. 276 – 290, (Lutter, zivilrechtliche), s. 252, 253. Daha detaylı bilgi için bkz. aşağıda s. 339.

⁸⁹⁹ Bkz. Aşa. s. 390.

⁹⁰⁰ Alman hukukunda konzernler adi (*einfach*) konzern ve fevkalade (*qualifiziert*) konzern olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Adi konzernlerde topluluk hâkimi bağlı şirket yöneticilerini tayin etmekte, yıllık planlamalar yaparak hedef koymakta ve tüm konzernin yıllık planlarına göre gerekli mali desteği sağlamaktadır. Adi konzernde topluluk hâkimi istisnai durumlarda bağlı şirket yönetimine müdahale etmektedir. Buna karşılık fevkalade konzernde topluluk hâkimi bağlı işletmeyi ayrı kişiliğe sahip bir şirket olarak görmemekte; ona kendi işletmesinin bir parçası gibi davranmakta ve onu tüm konzernin menfaatine hizmet eden bir araç haline getirmektedir. Bkz. Yanlı, s. 144, 145. Diğer taraftan kavramsal olarak nitelikli fiili konzern kavramının bir şirketler topluluğu türünden ziyade bir koruma yaklaşımına işaret ettiğiyle ilgili olarak Bkz. Göktürk, s. 125, dn. 342.

⁹⁰¹ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 169 vd.

ve de denkleştirilme kabiliyeti olan müdahalelerdir. Bu anlamda topluluk hâkiminin kayba yol açan eylemleri somut olarak tespit edilebiliyor ve bu suretle ortaya çıkan kayıp denkleştirilebiliyorsa basit müdahalenin varlığından sözedilebilir. TTK basit müdahaleden kaynaklı denkleştirme ve tazminat konusunu hâkimiyetin kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmektedir.

Basit müdahale adı altında gruplandırılabilen müdahalelerin aksine alacaklının zararına yol açan müdahalenin somutlaştırılması ve bireyselleştirilmesi mümkün olmayabilir. Nitelikli müdahale olarak adlandırılabilen bu tarz hâkimiyet pratiklerinin söz konusu olduğu topluluk yapılarında bağlı şirketin bağımsız kişiliği tamamıyla bir faraziye haline gelmiştir. Bağlı şirketin topluluğun amaçları için devamlı suretle bir araç haline getirilmesi söz konusudur. Hatta öyle ki *Lutter*'in tabiriyle bağlı şirketin, topluluğun bir kölesi haline geldiğinden dahi söz edilebilir⁹⁰². Mesela BGH aşağıda ele aldığımız *TBB* kararında bağlı şirketin topluluk hâkimi şirketin bir bölümü (*Betriebsabteilung*) haline geldiğinin altını çizmektedir⁹⁰³. Topluluk hâkiminin hâkimiyet uygulamaları o derece yoğun ve uzun sürelidir ki bağlı şirketin kaybını tespit edip denkleştirmek mümkün değildir. Basit fiili konzern kapsamında meydana gelebilecek kayıpları ve tazminat talepleri yönünden çeşitli düzenlemeler öngören Alman kanunu (APOK m. 311, 317) nitelikli fiili konzern için açık bir hüküm içermemektedir.

Anonim şirketlerden oluşan bir konzern söz konusuysa Alman hukukunda kaybın ölçülemediği nitelikli fiili konzernler için sözleşmesel konzernlere uygulanan hükümlerin kıyasen uygulanması teklif edilmektedir⁹⁰⁴. Zira Alman konzern hukukuna göre bu tarz yoğun hâkimiyet pratiklerine sözleşmesel konzernler kapsamında müsaade edilmektedir. Sözleşme olmaksızın fiili müdahalelerle aynı sonuca ulaşılmışsa sözleşmesel konzernlerle ilgili sorumluluk rejiminin kıyas yoluyla nitelikli fiili topluluklara da uygulanması gerektiği kabul görmektedir. Böylece sözleşmesel topluluklarla ilgili hüküm öngören APOK m. 302 gereğince bağlı şirketin bilanço zararı tutarında hâkim şirket aleyhine alacak kaydetmesiyle zararın giderilmesi söz konusu olmaktadır⁹⁰⁵. Yani topluluk hâkimi fiili olarak bağlı şirketi tam anlamıyla kontrol altına almışsa ona verdirdiği kayıpları tek tek tespit edip denkleştirmesi mümkün olmadığından, dönemsel zararı toplu olarak giderim borcu söz konusu olacaktır⁹⁰⁶.

⁹⁰² *Lutter*, zivilrechtliche, s. 264.

⁹⁰³ *Emmerich / Sonnenschein*, s. 395.

⁹⁰⁴ *Krieger*, s. 754.

⁹⁰⁵ *Emmerich / Habersack*, s. 770,771.

⁹⁰⁶ Gürbüz Usluel, Aslı E., “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme” 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, İstanbul, 10-12 Mayıs 2012, s. 297.

Limited şirketler yönündense bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu çözümsüzlüğün ne şekilde giderilebileceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Özellikle alacaklının korunması noktasında yetersiz kalan Alman konzern hukukunun bu eksiğinin ne şekilde tamamlanabileceği meselesi Alman doktrini ve yargısını uzun süre meşgul etmiştir. Alman mahkemeleri tarafından, aşağıda detaylı bir şekilde izah ettiğimiz gibi APOK hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanan yokedici etkide bulunmadan kaynaklanan sorumluluk doktrini (*Existenzvernichtungshaftung*), haksız fiil sorumluluğuna dayanan çözüm yolları zaman içerisinde uygulamaya sokulmuştur⁹⁰⁷.

Nitelikli müdahaleler sonucunda tamamen topluluk hâkiminin bir aracı haline gelen bağlı şirket sorunu, TTK m. 195 – 209 ile çerçevesi çizilen Türk şirketler topluluğu hukuku tarafından da çözüme kavuşturulmamış bir sorundur. Topluluk hâkiminin aşırı hâkimiyet uygulamaları sebebiyle bağlı şirket malvarlığında meydana gelen kayıpların bireyselleştirilememesi ve somut olarak tespit edilememesi sebebiyle denkleştirmenin mümkün olmadığı durumlarda nasıl bir çözüm yolu getirileceği özel hükümlerle düzenleme altına alınmamıştır⁹⁰⁸. Alman APOK m. 302 kapsamında geliştirilen çözüme benzer bir çözüm de mümkün değildir; zira burada olduğu gibi sözleşmesel ve fiili konzern şeklinde bir ayırım yapılmamaktadır⁹⁰⁹. Alman konzern hukukunun sözleşmesel topluluklar için öngördüğü bağlayıcı talimat verme yetkisini, Türk şirketler topluluğu hukuku tam hâkimiyetin söz konusu olduğu topluluklar için öngörmüştür. Bunun dışındaki topluluklarda topluluk hâkiminin yetkisi yönlendirmede bulunma ile sınırlıdır. Buna karşılık her iki durumda da bir nitelikli fiili topluluk ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, kısmi hâkimiyetin

⁹⁰⁷ İlgili mahkeme kararları için bkz. Aşa. s. 323.

⁹⁰⁸ *Yanlı* henüz mevcut düzenlemeler kabul edilmeden çok önce, 2000 yılında yayınlanan Doçentlik takdim eserinde bu tip topluluklar için özel bir kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu altını çizmiştir. Yazar bir anonim şirkete hâkim olan ve işletme niteliği taşıyan pay sahibinin, ortaklığı, onun çıkarlarını dikkate almaksızın kendi çıkarları uğruna zarara uğratması halinde, tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağını; ancak adi fiili topluluklarda bağlı şirket ile alacaklılarının hakları için sağlanan bu korumanın nitelikli fiili topluluklarda fayda sağlamayacağını ifade etmektedir. Bu tip topluluklarda hâkim olan işletme bağlı şirketin, çıkarlarını yeterince dikkate almadan sevk ve idare etmektedir. Dolayısıyla, bağlı şirket yapılan müdahaleler ile sonuçlarının birbirinden ayırt edilemeyeceği bir şekilde zarara uğratılmaktadır. Bu gibi durumlara ilgili olarak kanunda özel bir düzenlemeye gidilmesi yanında diğer bir imkân da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve ortaklık alacaklılarına karşı hâkim olan pay sahibinin doğrudan sorumlu kılınmasıdır. Bkz. *Yanlı*, s. 253.

⁹⁰⁹ *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 231. *Okutan Nilsson* bu durumda denkleştirme imkânı olmadığından hukuka aykırılığın doğrudan meydana geldiği, dolayısıyla faaliyet yılı sonu beklenmeden TTK özel hükümleriyle benimsenen dava ve talep haklarının kullanılabilirliğini savunmaktadır. *Özcanlı*'nın da belirttiği gibi bu önlem etkin bir koruma sağlamamaktadır; zira tek faydası denkleştirme zamanını öne çekmesidir. Bu noktada uygulanacak hükümler genel hükümler, özellikle de haksız fiil hükümleri olmalıdır. Bkz. *Özcanlı*, s. 248. Bağlı şirket alacaklısı yukarıda tartıştığımız gibi haksız fiil ve fiili yöneticinin sorumluluğu hükümlerine dayanarak zararının tazminini topluluk hâkiminden talep edebilmelidir. Ancak bunun da ötesinde eğer topluluk hâkiminin aşırı ve devamlılık arz eden hâkimiyet uygulamaları topluluğu münferit şirket gibi idare edilen bir yapıya dönüştürmüştü, bizzat bu yapının çarpıklığı ve hukuka aykırılığı bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasına gerekçe yapılabilir (Bkz. Aşa. s. 390).

söz konusu olduğu, dolayısıyla yönlendirme seviyesinde bir müdahalenin meşru sayıldığı bir topluluk yapısında da müdahalelerin nitelikli olması mümkündür.

Ortaya çıkan sonucu Alman hukukunda olduğu gibi bağlayıcı talimat verme yetkisinin söz konusu olduğu yapıya, yani tam hâkimiyet haline, kıyasla çözmek de mümkün değildir; çünkü tam hâkimiyet hali için öngörülen çözüm yolu da kısmi hâkimiyet için öngörülen çözüm yoluyla aynıdır⁹¹⁰. Her ne kadar aksini iddia eden görüşler olsa da tam hâkimiyet halinde de bağlı şirket alacaklısı kendi alacağının kendisine ödenmesi talebiyle bir tazminat davası açamamaktadır⁹¹¹. Aynen kısmi hâkimiyetin söz konusu olduğu bir bağlı şirket alacaklısı gibi bağlı şirketin kaybının yine şirkete ödenmesi talebiyle bir tazminat davası açabilecektir. Diğer taraftan nitelikli müdahaleler sebebiyle somutlaştırılması ve bu sebeple boyutu tespit edilemeyen böyle bir kaybın telafisi için ne şekilde tazminat davası açılacağı de açık değildir. Belki Alman konzern hukukunun sözleşmesel topluluklar için öngördüğü çözüm, yani APOK m. 302’de ki düzenleme örnek alınarak bağlı şirketin o mali yılda uğradığı bilanço zararının tazminat davasına esas alınabileceği ileri sürülebilir. Ancak bu hususlarda Kanun’da açıklık bulunmamaktadır. Bazı yazarlar hâkimiyetin uygulanması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli kayıplarla sınırlı olmak üzere TTK m. 202/1(b) hükmünün dönemsel bilanço zararının toplu olarak tazminine imkân verdiğini iddia etmektedir. Zira burada hâkimin istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse duruma uygun ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Burada ifade edilen duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüm ibaresinin yıllık bilanço zararının üstlenilmesine yasal dayanak oluşturabileceği belirtilmektedir⁹¹².

Kanunun çözümsüz bıraktığı nitelikli fiili topluluk sorununa yine tek ekonomik birim yaklaşımından hareketle bir çözüm arayışında bulunulabilir. Bu topluluklar Alman mahkemeleri ve hukukçularına göre kapsamlı ve devamlı (*dauernd und umfassend*) nitelikteki müdahaleler sonucu ortaya çıkmaktadır. ABD mahkemeleri ve hukukçuları da aşırı kontrol uygulamaları (*the excessive exercise of control*) gibi tabirlerle aslında benzer bir duruma işaret etmektedir. Ana şirketin bağlı şirketin işletme faaliyetlerine aşırı derecede müdahil olduğu durumlarda bağlı şirketin bağımsız bir kişiliğinden bahsedilemeyeceği belirtilmekte ve bu durumda topluluğun hukuki görünümünden ziyade işletme tabanını esas alan yaklaşımların uygulama yeri bulacağı

⁹¹⁰ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 258 dn. 703.

⁹¹¹ Karşı görüşler için bkz. yuk. sh. 199 vd.

⁹¹² Akin, s. 258, 259.

belirlenmektedir⁹¹³. Dolayısıyla topluluk aşırı müdahaleler sonucunda yapısal olarak münferit bir işletme, ünite veya birim gibi faaliyet gösteriyorsa bu husus aşağıda ele alacağımız tek ekonomik birim yaklaşımı temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerekçe yapılabilir⁹¹⁴. Bunun dışında her hâlükârda alacaklı ilke olarak yukarıda ele alınan hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması kapsamında haksız fiil veya yöneticinin sorumluluğu hükümlerine dayanarak doğrudan topluluk hâkimine müracaat edebilmelidir.

Sonuç olarak topluluk hâkiminin nitelikli müdahaleleri sonucunda topluluğu tek bir birim haline getirip getirmediği hususu dikkate alınması gereken önemli bir meseledir. Topluluk hâkiminin hukuka aykırı hâkimiyet uygulamaları sebebiyle bağlı şirketler onun bir aracı haline gelmiş ve bu suretle kendilerine ait bir iradeleri olmaksızın, tamamen topluluk hâkiminin bir uzvu veya parçası gibi hareket etmeye başlamışlarsa bu nitelikteki bir topluluk yapısının ortaya çıkarabileceği riskler konusunda bilinçli olunmalıdır. Hâkimiyetin varlığı topluluk hâkimine sınırsız bir müdahale hakkı tanımamaktadır. Topluluk hâkimi, hukukun gözünde bağımsız bir tüzel kişilik olan hâkimiyeti altındaki bir şirkete keyfi müdahalelerde bulunamaz; ancak topluluğun genel menfaatine uygun olmak kaydıyla, onun varlığını tehlikeye sokmayacak bir şekilde yönlendirmede bulunabilmesine Kanun tarafından izin verilmiştir. Bağlı şirketlerin araçsallaştırılması; topluluğun, topluluk hâkiminin veya diğer bağlı şirketlerin menfaatleri doğrultusunda kullanılarak mali durumlarının kötüleştirilmesi sonucunda alacaklıların zarara uğratılması, dürüstlük kuralıyla da bağdaşmamakta ve hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal etmektedir⁹¹⁵.

Hiçbir sınır ve ilke tanımaksızın yapılan aşırı ve sürekli müdahalelerin şekillendirdiği bir topluluk yapısı sorunlu bir yapıdır. Bu sorunlu yapı sadece bağlı şirketlerin değil onunla ilişki içerisinde olan azınlık pay sahibi, alacaklılar gibi diğer paydaşların da mağduriyetine yol açabilir. Kanun koyucuyu şirketler topluluğunu tanıyarak kısmen de olsa düzenleme altına alma yoluna iten de topluluk tehlikesi olarak nitelendirilen bu tip mağduriyetlere engel olma endişesidir. Bu sebeple topluluk hâkiminin, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumlu bir şekilde kullanmasını temin eden, bağlı şirketi koruyucu birtakım kurallar getirilmiş; bu önlemlerin yetersiz kalması ihtimaline binaen de bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Ancak mevcut

⁹¹³ Matheson, John H., “The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study Of Piercing The Corporate Veil In The Parent-Subsidiary Context”, **North Carolina Law Review**, Vol. 87, 2009, pp. 1091-1155, s. 1103, 1104.

⁹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 390.

⁹¹⁵ **Özsu**, s. 257.

sorumluluk hükümleri tek bir birim gibi hareket eden bu tip topluluk yapıları için etkin bir çözüm sunmamaktadır. Mevcut şartlar altında alacaklının müracaat edebileceği en etkin yol tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi olarak görülmektedir. Bununla birlikte, sadece topluluğun tek ekonomik birim haline gelmesi, perdeyi kaldırma ve sorumluluk ithafı için yeterli görülmemelidir. Hukuk düzeninin öngördüğü kurallarla çatışma halinde olan bu yapının kötüye kullanıldığı ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açtığını gösterir olguların da tespitine ihtiyaç vardır. Bu meseleyle ilgili görüş ve önerilerimiz aşağıda ayrıca sunulmuştur⁹¹⁶.

3.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuk

Bir önceki başlık altında ele alınan sorunların kaynağında tek bir işletme veya ekonomik birim olarak faaliyet gösteren bir şirketler topluluğu yapısı yatmaktadır. Bu tip topluluklar hukuken çok parçalı bir yapı gibi görülsede ekonomik olarak tek bir birim oluşturmaktadır. Sorunun kaynağında hukukun kabul ettiği faraziyenin, ekonomik gerçeklikle çatışması yatmaktadır. Aynı sorunlarla karşılaşan bazı hukuk sistemleri, topluluğun ekonomik temelini dikkate alan birtakım çözüm yolları arayışına gitmiştir. Bu kısımda Amerikan, İngiliz ve Alman hukuku ile AB rekabet hukukunda topluluğun ekonomik temelini esas alan bu tarz yaklaşımlar incelenecektir.

3.3.2.2.1. Amerikan Hukuku

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında öncü konumunda bulunan ABD hukukunda da topluluğa mensup şirketlerden birinin borcundan dolayı diğer topluluk şirketlerinin sorumluluğu yoluna gidilip gidilemeyeceği (*intragroup liability*) önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu soruna çözüm arama noktasında farklı yollar benimsenmiştir. Bunları kısaca geleneksel perdeyi kaldırma teorilerinin uyarlanması ve topluluğun ekonomik temelini esas alan özgün uygulamalar şeklinde ikiye ayırabiliriz.

3.3.2.2.1.1. Geleneksel Perdeyi Kaldırma Teorilerinin Uygulanması

Yukarıda geleneksel perdeyi kaldırma bahsinde ismi geçen alt benlik (*alter ego*) ve araçsallaştırma (*instrumentality*) teorileri sorumluluk meselesiyle ilgili olarak da sıklıkla kullanılmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi birbiri yerine de ikame edilen bu teoriler esnek

⁹¹⁶ Bkz. Aşa. s. 390.

bir çerçeveye sahiptir⁹¹⁷. Olay özelliklerine göre mahkemeler aşağıda detaylı bir şekilde değineceğimiz tek ekonomik birim veya işletme yaklaşımına benzer bir uygulama yoluna gidebilmektedir. Bunu yaparken mahkemelerin kusurlulukla alakalı hileli veya kınanabilir davranış unsurunu ya hiç aramadıkları ya da genel uygulamaya göre çok daha esnek bir şekilde uyguladıkları dikkati çekmektedir.

ABD’de ana şirket – bağlı şirket sorumluluk meseleleriyle ilgili olarak geleneksel üç faktörlü testin (*the traditional 'three-factor' doctrine*) sorunlu olduğu; bu sebeple ana şirketin kontrolü ve hâkimiyetini (*parent control/dominance*) sorumluluk için yeterli gören tek faktörlü bir perdeyi kaldırma (*single factor piercing*) uygulamasının kabulünü teklif eden bir yaklaşım da vardır. Bu anlayış mahkeme uygulamalarında da karşılık bulabilmiştir. Bugün mahkemeler sadece bir unsurun gerçekleştiği durumlarda dahi perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir⁹¹⁸. Özellikle bağlı şirketin bağımsız bir varlığının bulunmadığı çok bariz bir şekilde ortadaysa kusurluluğa ilişkin ikinci unsur ve illiyete ilişkin üçüncü unsurun bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın perdenin kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Bu suretle perdenin kaldırılması sonucunu doğuran başlıca durumlar bağlı şirketin bağımsız malvarlığının veya personelinin bulunmaması, kendine ait bir işletme hedefinin olmaması, kendi başına karar alabilme gücüne sahip olmaması gibi durumlardır⁹¹⁹.

Örnek vermek gerekirse, 1960 tarihli *Del Santo V. Bristol County Stadium, Inc.* kararında temyiz mahkemesi şu gerekçelerle bağlı şirketin kendine ait bir kişiliğinin olmadığını tespit etmiştir⁹²⁰:

⁹¹⁷ İki ayaklı ve üç ayaklı test olarak da adlandırılan bu teorilerin unsurları *Consumer’s Co-Op of Walworth County v. Olsen* 142 Wis. 2d 465 (1988) isimli kararda şu şekilde somutlaştırılmıştır: “...Araçsallık (*instrumentality*) veya alt benlik (*alter ego*) doktrinleri aşağıdaki hususların ispatını şart koşmaktadır:(1) Kontrol: sadece pay çoğunluğu değil, mutlak anlamda hâkimiyet kurulması anlaşılmalıdır. Davaya konu hedef alınan işlem veya eylem noktasında sadece mali anlamda değil politika ve işletme pratiği belirleme bağlamında da bir bağımlılık söz konusu olmalıdır. Böylelikle şirketin söz konusu işlemle ilgili olarak bağımsız bir iradesi, akli olmadığı ortaya koyulmalıdır. (2) Bu kontrol veya hâkimiyet davalı tarafından yasa kaynaklı veya diğer bir şekilde hukuk tarafından yüklenen bir ödevin veya davacının hukuki haklarına yönelik haksız ve ahlak dışı bir ihlali gerçekleştirmek amacıyla hile veya diğer bir haksız eylemde bulunmak için kullanılmış olmalıdır. (3) Yukarıda belirtilen hâkimiyet ve ihlal meydana gelen zararın birinci derecede sebebi olmalıdır...”

⁹¹⁸ *Blumberg* haksız fiilden kaynaklanan borç söz konusuysa bazı davalarda Federal Mahkemelerin yanı sıra Texas ve New York eyalet mahkemelerinin araçsallaştırmayı yeterli gördüklerini, ayrıca bir usulsüzlük veya kınanabilirlik (*wrongful or inequitable conduct*) şartı aramadıklarını belirtmektedir. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s.: 177 vd.

⁹¹⁹ **Strasser**, s. 642.

⁹²⁰ *Del Santo v. Bristol County Stadium, Inc.*, 273 F.2d 605, 608 (1st Cir. 1960). Benzer şekilde 1987 tarihli *McKinney v. Gannett Co.* kararında Temyiz Mahkemesi hâkim şirketin bağlı şirkete çok az hareket alanı tanıdığı, ona bir departmanı gibi davrandığı, bütün kârın hâkim şirkete ödendiği ve her ne kadar bağlı şirket tarafından imzalsan da davaya konu iş akdini hâkim şirketin müzakere edip kaleme aldığı ve ihlal ettiğini belirterek perdenin kaldırılmasına ve hâkim şirketin davacıya karşı borçtan sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

“*Monarch* (bağlı şirket) kelimenin tam anlamıyla bağımsız bir şirket olsa da bütün olarak girişim (*enterprise*), zaman, faaliyet ve amaç bakımından tektir. İdarecisi bir muhasebeci olan bu şirket bağımsız bir girişimci olmaktan ziyade davalının belirli işlerini yürüten bir muhasip kabuktan (*a bookkeeping shell*) daha fazlası değildir.”

Bazı davalarda da kusurlu davranış/kötüye kullanma veya suistimal (*wrongful conduct*) olarak adlandırılan ikinci unsurun varlığı perdenin kaldırılması için yeterli görülmüştür. Mesela şirket bir borç veya yükümlülüğten kaçınmak için kullanılıyorsa mahkemeler birinci unsura tekabül eden bağlı şirketin bağımsız kişiliğine saygı, kurumsal prosedürler ve sair gerekliliklere uyulmuş olsa dahi perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir⁹²¹. Kötüye kullanma çok farklı şekillerde meydana gelebilir. En tipik durumlar varolan bir borç veya sorumluluktan kaçınmak için bağlı şirketi kullanarak hileli davranışlar içerisine girme, şirket veya onun ekonomik gücü hakkında üçüncü kişileri aldatarak yanlış kanaat uyandırma veya bağlı şirketin içini boşaltma yahut da malvarlığını topluluk hâkiminin malvarlığıyla karıştırma olarak göze çarpmaktadır⁹²².

Bağlı şirketin üçüncü kişileri aldatma amacıyla kullanılabilir olması çoğu durumda onun bağımsız bir kişiliğinin olmadığına da delalet etmektedir. Bu sebeple bazı kararlarda mahkemeler topluluk hâkiminin aldatici davranışlarını gerekçe göstererek bağlı şirketin bağımsız bir kişiliğinin olmadığını belirterek de perdenin kaldırılmasına yönelik kararlar vermiştir. Mesela *Chatterley v. Omnico*⁹²³ kararında mahkeme hâkim şirketin kendisine hizmet eden şirketlerin çabalarından faydalanarak her türlü kârı elde ettiğini, sorumluluk söz konusu olduğunda ise bir paravan şirketin adını kullanarak yükümlülüklerden kendini soyutlamasını sorunlu bulmuştur. Bu gerekçeyle mahkeme hem bağlı şirketin paravan şirket (*façade*) niteliğinde olduğunu belirterek onun bağımsız bir kişiliğinin olmadığını vurgulamış, hem de hâkim şirketin hâkimiyetini kötüye kullanarak sorumluluktan kaçındığını ifade etmiştir⁹²⁴. Dolayısıyla bu örneklerden de anlaşılacağı üzere Amerikan mahkemeleri geleneksel perdeyi kaldırma başlığı altında incelenen teorileri oldukça esnek bir şekilde uygulamaktadır.

Bu örneklere rağmen ABD mahkemelerinin geleneksel teoriler dışında ana şirket – bağlı şirket sorumluluk ilişkileri noktasında ayrı bir test benimsediğini iddia etmek güçtür. İstisnai olarak bir kararında (*Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club International, Inc*⁹²⁵) New York temyiz mahkemesi (*Court of Appeal*) açıkça üç faktörlü testi terk ettiğini ve kontrolü yeterli gören tek faktörlü perdeyi kaldırma uygulamasını kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak bir

⁹²¹ Strasser, s. 643.

⁹²² Strasser, s. 643.

⁹²³ *Chatterley v. Omnico* 485 P.2d 667 (Utah 1971).

⁹²⁴ Strasser, s. 644.

⁹²⁵ *Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club International Inc.* 2 F.3d 24 2d Cir. 1993

süre sonra aynı mahkeme *Freeman v. Complex Computing Co.* (119 F.3d 1044-2d Cir. 1997) kararında *Carte Blanche* kararındaki uygulamasının aslında üç faktörlü testin olaya uyarlanarak uygulanmasından başka bir şey olmadığını belirterek klasik teorileri esnek uygulama şeklindeki anlayışa geri dönmüştür⁹²⁶.

"...tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yaygın olarak iki durumda izin verilir: bunlar dolandırıcılık veya başka bir usulsüzlüğü engellemek ve bir ana ortaklığın bir bağlı ortaklığa hâkim olduğu ve onu kontrol ettiği durumlardır. Tahakküm ve kontrol unsuru hiçbir zaman tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını haklı çıkarmak için tek başına yeterli değildir. Kontrol, bir dolandırıcılık veya başka usulsüzlüğü gerçekleştirmek için kullanılmadıkça sınırlı sorumluluk geçerli olacaktır."

Dolayısıyla sadece kontrol veya hâkimiyetin varlığı ana şirketin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu alt benlik (*alter ego*) ve araçsallaştırma (*instrumentality*) doktrininde uygulanan testin ilk unsurunu oluşturan "formalitelerin göz ardı edilmesi" (*disregard of formalities*) şartı kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur. Ne kadar esnek de olsa ikinci unsur yani haksızlık (*unfairness*) şartının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılmaktadır⁹²⁷.

Buna rağmen perdenin kaldırılmasında belirleyici temel faktör ana şirketin sahip olduğu kontrol gücüdür⁹²⁸. Hâkim şirketin bağlı şirketi bir araç haline getirip getirmediği önemli bir göstergedir. Alt benlik teorisinin (*alter ego theory*) unsurlarının da içeren araçsallaştırma teorisi (*instrumentality theory*) üzerinden devam edecek olursak, bu teorinin kurucusu *Powell* mahkemelere yol gösterme adına bazı hususları listelemiştir. Buna göre,

- 1- Ana şirket bağlı şirket hisselerinin tamamına veya önemli bir çoğunluğuna sahipse;
- 2- Ana şirket ve bağlı şirket ortak yönetici ve çalışanlara sahipse;
- 3- Ana şirket bağlı şirketi finanse ediyorsa;

⁹²⁶ Bkz. **Matheson**, s. 1126, 1127

⁹²⁷ **Barber**, s. 397.

⁹²⁸ Şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ana şirketin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumluluğunu daha öngörülebilir kılma amacıyla istatistiki veriler üzerinden bir değerlendirme yapan *Matheson* ilginç sonuçlara ulaşmıştır. Mahkemelerin hangi faktörlerin varlığı halinde perdenin kaldırılması yönünde daha sık karar verdiği üzerinde duran yazar çeşitli kategoriler altında istatistiki veriler sunmaktadır. Ana şirketin kontrolü/hâkimiyet (*parent control/dominance*) unsurunun bulunduğu davalarda perdenin kaldırılma oranı %82, bulunmadığı davalarda %2.1, tartışılmadığı davalarda ise %13.4 olarak belirlenmiştir. Bkz. **Matheson**, s. 1124.

- 4- Ana şirket bağılı şirketin sermayesini sağlamış veya başka yollardan kuruluşunu sağlamışsa;
- 5- Bağılı şirket aşırı yetersiz sermayeyle faaliyet gösteriyorsa;
- 6- Ana şirket bağılı şirketin ücret ve sair giderlerini ödüyor veya kayıplarını karşılıyorsa;
- 7- Bağılı şirketin ana şirketle yürüttüğü hariç önemli bir ticari faaliyeti bulunmamakta ve sadece ana şirketle yaptığı işten gelen gelirlere dayanmaktaysa;
- 8- Ana şirketin evrak ve bildirimlerinde bağılı şirket bir departman veya bölüm olarak anılıyor veya bağılı şirketin ticari faaliyetleri ana şirketin faaliyetlerinin bir parçası olarak değerlendiriliyorsa;
- 9- Ana şirket bağılı şirketin mallarını kendi malı gibi kullanıyorsa;
- 10- Bağılı şirket yönetim kurulu veya yöneticileri idare ettikleri şirketin menfaatlerini düşünerek bağımsız hareket etmek yerine ana şirketten talimat alıyor ve onun menfaatlerine öncelik veriyorlarsa;
- 11- Bağılı şirket açısından şekli hukuki formalitelere riayet edilmiyorsa;
- 12- Şirketler arası borç işlemleri piyasa şartlarına uygun olmaktan ziyade bağılı şirketlerin zararına topluluk hâkiminin yararına olacak şekilde yapılıyorsa;
- 13- Ana şirket ve bağılı şirketler konsolide bilanço açıklıyor ve/veya konsolide vergi iadesi için başvuru yapıyorlarsa;
- 14- Bağılı şirket adına kararlar ana şirket veya onun yöneticileri tarafından alınmaktaysa;
- 15- Ana şirketle bağılı şirket arasındaki sözleşmeler daha çok ana şirket lehineyse;

16- Ana şirketle bağlı şirketin faaliyetleri malvarlıklarının karışması, karşılıklı aktiviteler, ortak yönetim ve denetim sonucunda aşırı seviyede entegre olmuş ve iç içe geçmişse;

17 - Bağlı şirket kâr etmeksizin faaliyet gösteriyorsa; bağlı şirketin ana şirketin bir aracı (*instrumentality*) haline geldiğinden söz edilebilir⁹²⁹.

Bir diğer bakış açısına göre alt benlik ve araçsallaştırma teorilerinin tipik uygulaması kapsamında bağlı şirketin araçsallaştırılması, perdenin kaldırılmasıyla ilgili standart bir ispat meselesi olarak da değerlendirilmektedir. Diğer taraftan bunun aynı zamanda sonuca da etki eden bir tespit olduğu görüşü de dile getirilmektedir. Bu husus davanın şartlarına göre sorumluluğun çerçevesi noktasında bazı farklılıklara yol açabilmektedir⁹³⁰. Buna göre ana şirket ile yavru şirket arasındaki ayrımın gerçekte olmadığı mahkeme kararıyla tespit edilmişse o karar yönünden iki şirketin bağımsız kişiliklerinin ortadan kalktığı; bu sebeple tek bir yapı varmış gibi değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla mesela alacaklı bu şirketlerden birisi için alacağından feragat ederse diğeri de bu feragatten yararlanır. Birisi borcu ifa ederse diğeri de ifa etmiş sayılır⁹³¹. Bu uygulama aşağıda ele alınan işletme teorisine benzer bir yaklaşım olarak dikkat çekmektedir.

3.3.2.2.1.2. Topluluğun İktisadi Temelini Esas Alan Uygulamalar

Şirketler topluluğunda sorumluluk meselesiyle ilgili olarak kullanılan yöntemler geleneksel perdeyi kaldırma teorilerinden türetilenlerle sınırlı değildir. ABD mahkemeleri girişimin işletme veya teşebbüs boyutunu esas alan uygulamalarda da bulunmaktadır. ABD mahkemelerince içtihad hukukuyla geliştirilen tek ticari işletme teorisi (*the single business enterprise theory*) iki veya daha fazla şirketin ayrı kurumlar olarak hareket etmeyip, kaynaklarını ortak bir ticari amacı gerçekleştirmek için eşgüdüm içerisinde kullanmaları durumunda, bu amacı gerçekleştirme çabaları sırasında ortaya çıkan borçlardan dolayı birlikte sorumluluklarına kapı aralayan bir teoridir⁹³².

Uygulamada ABD mahkemeleri çoğunlukla geleneksel perdeyi kaldırma testinden bağımsız olarak ana şirket ve bağlı şirketlerin tek bir işletme haline geldiklerini belirterek sonuca

⁹²⁹ Vandekerckhove, s. 81. Benzer bir listeyi Barber da sunmaktadır bkz. Barber, s. 398.

⁹³⁰ Blumberg, Corporate Groups, s. 129.

⁹³¹ Blumberg, Corporate Groups, s. 131, 132.

⁹³² Küçük, s. 324.

varmaktadır. Bu tip davalarda görülen tipik unsurlar, hakimiyet veya kontrol, ekonomik ve idari entegrasyon, idarede karşılıklı bağımlılık (idari hizmetlerin merkezileştirilmesi), mali yönden karşılıklı bağımlılık, çalışanların ortak kullanımı ve kamuoyunda yerleşmiş ortak kimlik gibi hususlardır⁹³³. Bu bağlamda bu yaklaşım şirketin hukuki boyutundan ziyade ekonomik boyutunu dikkate alarak sorumluluk ilişkilerini ele almayı önermektedir.

Bahsi geçen yaklaşımın uygulama alanlarından birisi yasal düzenlemelerin yorumlanmasıdır. Özellikle birtakım kanunlarda görülen malik, işleten, işveren gibi tabirler şirketler topluluğunun tamamını kapsayacak şekilde geniş yoruma tabi tutulabilmekte ve bütün bir topluluk tek bir ünite olarak değerlendirilebilmektedir⁹³⁴.

Bunun dışında kanunun böyle bir yoruma imkân vermediği durumlarda da mahkemeler somut olgular ışığında topluluğun hukuki görünüşün aksine gerçekte tek bir birim olduğu sonucuna varabilmektedir. Bu yaklaşım özellikle sözleşmesel alacaklar söz konusu olduğunda *single business enterprise theory* (tek işletme teorisi), *enterprise entity theory* (işletme kişiliği/kuruluşu teorisi) veya *enterprise theory* (işletme teorisi) gibi ifadeler kullanılarak uygulanmaktadır. Haksız fiil veya benzeri bir sebepten kaynaklanan zoraki alacaklılık durumu söz konusuysa daha çok *enterprise liability* (işletme sorumluluğu) kavramı kullanılmaktadır⁹³⁵. Ancak bu kavramların kullanımı konusunda net kıstaslar olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Hepsi mahkemeler tarafından birbiri yerine kullanılabilir⁹³⁶.

⁹³³ Vandekerckhove, s. 502.

⁹³⁴ Mesela 1929 tarihli *Flink v. Paladini* 279 U.S. 59 (1929) kararında ABD yüksek mahkemesi bir gemiye malik olan şirketin ortaklarını geminin müşterek malikleri gibi nitelendirmiştir. Vandekerckhove, s. 503.

⁹³⁵ Haksız fiillerin özellikle ayrı değerlendirilmesinin altında yatan sebep daha çok haksız fiil hukukunun ilkeleriyle şirketler hukukunun ilkelerinin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğunda birbirleriyle uyumuyor olması olarak gösterilmektedir. Son zamanlarda işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) görünümü altında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkelerin şirketler topluluğunun önüne geçtiği ifade edilmektedir. Bu ilkeler kısaca şu şekilde sıralanabilir: 1) ekonomik faaliyete odaklanılması, 2) zarar gören haksız fiil mağdurunun zararının etkin bir şekilde karşılanması, 3) zararın karşılanmasında aynı ekonomik faaliyetin bir parçası olan aktörlerden yeterli kaynaklara sahip olana sorumluluk atfına imkân tanınması, 4) günümüzde ekonomik faaliyetler gitgide birbirleriyle bağlantılı olup tam olarak hangi üretim aşamasındaki kusur veya hatanın zarara sebebiyet verdiği mağdur için mümkün olmayabilir. Bu anlamda bir ürünün üretilmesine dâhil olan tüm unsurların sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Ürün sorumluluğuyla ilgili bu yaklaşım uygun hallerde tüm ticari faaliyetlere uygulanabilir. Dolayısıyla mağdur duruma göre belirli bir topluluk bileşeni şirkete değil bütün bir topluluğa müracaat edebilmelidir. 5) Haksız fiil hukuku sigorta sistemi yoluyla zararın nihai olarak bütün polişe alıcıları tarafından paylaşılmasını sağlamaktadır. Bkz **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 163.

⁹³⁶ İşletme teorisinin ilk olarak haksız fiil olaylarıyla ilgili olarak ortaya çıktığı ve daha sonra sözleşme borçlarıyla ilgili olarak da uygulanmaya başlandığı belirtilmektedir. Haksız fiil hukuku kapsamında ortaya çıkmasına yol açan en önemli sebep ise endüstrileşmeyle birlikte sıkı kusur sorumluluğuna dayanan klasik yaklaşımdan ayrılarak kusursuz sorumluluğu da kabul eden bir yaklaşımın kabul görür hale gelmesidir. Bu bağlamda işletme teorisi veya sorumluluğu bir noktaya kadar kusursuz sorumluluk yaklaşımının bir yansımasıdır denilebilir. Rabin, Robert L., "Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability", **Maryland Law Review**, Vol. 55, 1996, pp. 1190- 1209, s. 1193. Anglo – Amerikan hukuk sistemleri içerisinde haksız fiil sorumluluğu

Ancak her halde sorumluluğun ortaklara yöneltilebilmesini sağlayan esas, şirketin işletme temelini dikkate alınmasıdır. Dolayısıyla borcun veya sorumluluğun sebebi farklı olsa dahi kullanılan yöntem ve ulaşılan sonuç aynı olmaktadır. Bu cümleden, işletme yaklaşımının temel önerisi şirketler arasındaki ilişkinin aşırı derecede iç içe geçtiği topluluk yapılarında ekonomik realiteyi dikkate alarak şirketler topluluğunu tek bir işletme veya teşebbüs olarak kabul etmek şeklinde özetlenebilir⁹³⁷.

İlk olarak Prof Dr. Adolf Berle tarafından sistematik bir şekilde izah edilen bu teori şirket olarak hukuk dünyasında vücut bulan yapının aynı zamanda bir teşebbüs/işletme olarak ekonomik boyutunun da bulunduğu dikkat çekmektedir. Bu kısımda ilk olarak *Berle* tarafından sistematize edilen işletme teorisi (*enterprise entity theory*) kısaca tanıtılacak daha sonra bu yaklaşımın günümüze etkileri özellikle önemli davalardan bahisle tartışılacaktır.

3.3.2.2.1.2.1. İşletme teorisinin sistematize edilişi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi belli şartlarda girişimin hukuki boyutundan ziyade ekonomik boyutunu dikkate almayı öneren teşebbüs yaklaşımı ilk kez ABD’li hukukçu Profesör Adolf Berle tarafından sistematik bir teori çerçevesinde izah edilmiştir. *Berle* teorisini işletme kuruluşu teorisi (*enterprise entity theory*) olarak adlandırmaktadır. Bu adlandırmayla vurgulanmak istenen, şirketin temelinde bulunan işletmeye kurumsallık kazandırılması ve bu suretle dış dünyada görünen hukuki elbiseden farklı gerçek şirket yapısının tespit edilmesidir⁹³⁸.

Berle İşletmenin büyüklüğü arttıkça yeni yeni bileşenlere sahip olduğu; gitgide daha da dallanıp budaklandığı gerçeğinden hareketle teorisini geliştirmiştir. Bu büyüme ekonomik işletmeye eklenen tam veya kısmen hâkimiyet altındaki şirketler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Dolayısıyla holding niteliğinde olan veya olmayan bir topluluk hâkiminin eşgüdümü altında, ekonomik olarak bir bütünlük teşkil etmekle birlikte farklı tüzel kişiliklerden oluşan kendine özgü bir yapı ortaya çıkmaktadır. Hatta bazı durumlarda esasında söz konusu teşebbüsün bir

kapsamında ortaya çıkmakla birlikte bu yaklaşım zaman içerisinde ABD, Avusturalya, Birleşik Krallık ve Kanada gibi ülkelerde hem yasal düzenlemeleri (*statutory law*) hem de içtihad hukukunu (*common law*) önemli ölçüde etkilemiştir. Özellikle adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu, ürün sorumluluğu (*products liability*), çevrenin korunması gibi konularda bu teorisinin önemli etkileri olmuştur. Bkz. Brodie, Douglas, **Enterprise Liability and the Common Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, sh: 1- 15.

⁹³⁷ Strasser, s. 646.

⁹³⁸ Berle Jr, Adolf A., “The Theory of Enterprise Entity”, **Columbia Law Review**, Vol. 47, No. 3 (Apr., 1947), pp. 343-358.

bölümü olarak adlandırılabilir birimlerin hukuken bağımsız şirketler şeklinde yapılandırıldığı görülmektedir⁹³⁹.

Berle'e göre bu durum yapay bir kişiliğe sahip şirket kavramının ortaya çıkış mantığıyla bağdaşmamaktadır; çünkü tüzel kişilik (*corporate personality*) – veya ticaret şirketi – kavramı bir girişimde bulunan belirli bir gruba yapay bir kişilik atfedilmesi fikrine dayanmaktadır. Dolayısıyla farazi/yapay kişilik (*artificial personality*) iktisadi bir projenin girişimcisi olmak üzere tasarlanmıştır. Bir girişim veya teşebbüs içerisinde çok sayıda yapay kişiliğin olması bu anlayışla uyumsuzdur⁹⁴⁰.

Dolayısıyla klasik bakış açısına göre şirket bir teşebbüse, farazi kişilik bahsetme amacıyla tasarlanan bir yapıdır. Bu bakış açısına göre bir girişim sadece bir şirket tarafından temsil edilmelidir. Bu anlamda işletme veya teşebbüs (veya girişim), söz konusu faaliyetin iktisadi yüzünü; şirket veya tüzel kişilik ise hukuki yüzünü temsil etmektedir. Bu anlamda aynı gerçekliğin bu iki farklı yüzü arasında bir özdeşlik olması gerekmektedir. Bu sebeple bir iktisadi faaliyetin birden fazla şirketi içerecek şekilde topluluklar vasıtasıyla yürütülmesi bir aykırılık olarak görülmektedir. Dolayısıyla aynı iktisadi faaliyet çerçevesinde oluşturulan, sevk ve idare edilen şirketlerin oluşturduğu topluluğun kimi durumlarda faaliyetin iktisadi boyutu dikkate alınarak tek bir birim olarak ele alınması ortaya çıkan sorunların çözümünde yardımcı olacaktır. Bu teori hukuki formalizmden ziyade iktisadi gerçekliğe öncelik verilmesini tavsiye etmektedir⁹⁴¹.

Berle teorisinin iki farklı fonksiyonu olduğunu ifade etmektedir. Bunlar hukuk düzeni tarafından tanınmayan tüzel kişiliğin sağlanması ve hukuk düzeni tarafından tanınan tüzel kişiliğin göz ardı edilmesidir⁹⁴².

a) Tüzel kişilik tanıma fonksiyonu

Bu durumun gündeme gelebileceği çeşitli haller söz konusu olabilmektedir⁹⁴³. Bizim konumuz açısından önem arz eden durum şirketin (*corporate personality*), temelinde bulunan

⁹³⁹ **Berle**, s. 343.

⁹⁴⁰ **Berle**, s. 344.

⁹⁴¹ **Berle**, s. 344.

⁹⁴² **Berle**, s. 345.

⁹⁴³ En basit olanı işletmenin kurulduğu ancak çeşitli hukuki gerekliliklerin henüz veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması sebebiyle şirket tüzel kişiliğinin ortaya çıkmadığı durumlardır. Burada şirket kurma iradesiyle bir araya gelen kişiler arasında anlaşma yoluyla bir iç ilişki tesis edilmiş ama bunun dış dünyaya şirket formunda yansımaları gerçekleşmemiştir. Bu birlikteliğin veya iç şirketin üçüncü kişilerle münasebetlerinde bir şirket gibi davrandığı durumlarda fiilen (*de facto*) bir şirket varmış gibi farazi kişiliğin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

işletmenin (*enterprise*) tamamına değil bir kısmına veya parçasına karşılık gelmesi halidir. Bu durum uygulamada şirketler topluluğu kapsamında ortaya çıkmaktadır. Bir hâkim şirketin kendisine bağlı şirketleri topluluğun üzerine bina edildiği iktisadi girişimin veya işletmenin genel menfaatlerine göre sevk ve idare ettiği durumlarda, bağlı şirketlerin hukuken ayrı birer tüzel kişilikleri olsa dahi bağımsızlıkları söz konusu değildir. Dolayısıyla iktisadi ve fiili durum gözönünde bulundurularak bağlı ortaklıkların malvarlıklarının ve sorumluluklarının yeniden değerlendirilmesine ve biçimlendirilmesine ihtiyaç vardır. *Berle* Amerikan mahkemelerinin bunu yaparken, temsil (*agency*), salt araçsallık (*mere instrumentality*) veya bağlı şirketin gerçekte bir kişiliğinin olmadığı gibi gerekçelere dayandıklarını not etmektedir⁹⁴⁴.

Şirketler topluluğu, hâkim şirket (veya ana şirket (*parent*)) – bağlı şirket (veya yavru şirket (*subsidiary*)) ilişkileri söz konusu olduğunda bağlı şirketin tüzel kişiliği göz ardı edilerek ondan kaynaklanan sorumluluğun hâkim şirkete yöneltilmesi gündeme gelmektedir. *Berle*, aşırı derecede içiçe geçmiş, neredeyse bütünleşmiş topluluk yapılarında bağlı şirkete ayrı bir kişilik atfedilmesine ve bunun göz ardı edilmesine karşı çıkmaktadır. Yazara göre tüzel kişiliği yok saymayı öneren perdenin kaldırılmasının olumsuz (*negative*) yönünden ziyade sorumluluğu genişleten olumlu (*positive*) yönüne odaklanan bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Dolayısıyla burada yapılması gereken ilgili şirketlerin malvarlıklarının bir bütün olarak ele alınması ve ortak ekonomik yapı temelinde yeni bir çerçeve belirlenmesidir⁹⁴⁵. Farklı şirketler faaliyetlerini birleştirmişler ve fiiliyatta tek bir teşebbüs haline gelmişler ise gerektiğinde bunların tüzel kişiliklerinin göz ardı edilmesi ve borçları ve varlıklarının bir havuzda toplanması gündeme gelebilir⁹⁴⁶.

Burada önemli olan husus pay sahipliğinden ziyade pratikte şirketler arası ayrılığa dikkat edilip edilmediğidir. Zira bir şirket bir diğerinin bütün paylarına sahip olsa dahi yönetimde özerklik tanınmış olabilir. Bu anlamda yazara göre mesela sermayenin yetersizliği bağlı şirketin ayrı bir ekonomik faaliyeti olmadığı hususunda önemli bir göstergedir; çünkü hâkim ortaktan bağımsız bir işletme faaliyeti yürütülebilmesi her şeyden önce şirketin uygun ekonomik

⁹⁴⁴ *Berle*, s. 348.

⁹⁴⁵ *Berle*, s. 348.

⁹⁴⁶ *Berle*, s. 349. Yazar bu tezine dayanak olarak Yüksek Mahkemenin (*Supreme Court*) *Sampson v. Imperial Paper Co.*, 313 U. S. 215 (1940) kararını örnek göstermektedir. Burada mahkeme söz konusu tasfiye aşamasındaki şirketin esasında çoğunluk hissedarlarının “cebi” (*pocket*) olmaktan öte bir işlevi olmadığını belirterek ortaklar ile şirketin malvarlığı arasındaki ayrımın dikkate alınmayacağına; dolayısıyla şirket alacaklılarının şirket malvarlığından öncelikli olarak alacaklarını tahsil etme ayrıcalığından faydalanamayacaklarına hükmetmiştir. Dolayısıyla hâkim ortağın şahsi alacaklıları da eşit bir şekilde (*pari passu*) şirket malvarlığının tasfiyesine katılabilecektir.

kaynaklarla donatılmasına bağlıdır. Gerekli hallerde mahkeme kararlarıyla birbirine eklenmiş ayrı parçalar halindeki birleşen şirketlerden yeni bir kuruluş/teşekkül (*a new entity*) meydana getirilebilir. Bu suretle işletmeyle (*enterprise*) uyumsuz farazi kişilik göz ardı edilmekte ve kendine özgü malvarlığı yapısıyla yeni bir teşekkül çerçevesi çizilmektedir. Böylelikle elle tutulur teşebbüs/işletme olgusuna ve onun üçüncü kişilerle olan ilişkilerine dayanan; sorumlulukların daha kolay bir şekilde yöneltilebileceği varlıklara sahip yeni bir teşekkül yargısal olarak oluşturulmaktadır⁹⁴⁷.

Sampsell v. Imperial Paper kararında Yüksek Mahkeme her ne kadar birden fazla tüzel kişilik bulunsa da tek bir işletme (*enterprise*) olduğunu tespit etmiş ve işletmenin tamamlayıcı parçalarından birinin borçlarından bütün işletmenin sorumluluğunun söz konusu olacağına hükmetmiştir. *Berle* mahkemenin böylelikle sorumluluk ithafına olanak tanımak için devletin idari organları tarafından tanınmayan yeni bir teşekkülü vücuda getirdiğine ve bu teşekkülü oluşturan bileşen unsurların malvarlıklarının bütün alacaklıların taleplerine açıldığına dikkat çekmektedir. Dolayısıyla ekonomik realite, mahkemeyi kâğıt üzerinde bulunan şirket olgusunu bir kenara itmeye ve görünüşte iki ama gerçekte tek olan teşekkül olgusunu kabul etmeye zorlamıştır. Bunun sonucunda sorumluluk meselelerinin şirket tüzel kişiliğinden kaynaklanan hukuki olgulara göre değil işletme olgusuna göre ele alınması sağlanmıştır^{948,949}.

⁹⁴⁷ **Berle**, s. 349.

⁹⁴⁸ **Berle**, s. 350.

⁹⁴⁹ Bu bağlamda anılması gereken diğer bir karar Amerikan Yüksek Mahkemesi (*the Supreme Court*) tarafından verilmiş 1939 tarihli *Deeprook* kararıdır (karar metni için bkz *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 U.S. 307 (1939)<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/307/case.html> Erişim tarihi: 21.02.2023). Burada borca batık duruma gelmiş *Deeprook* isimli bir şirketin yeniden yapılandırılmasında, şirket esas sözleşmesindeki mevcut düzenlemelere göre şirketin hâkimi olan *Standard* isimli şirketin alacaklarına öncelik verilip verilmemesi meselesi dava konusu yapılmıştır. Esas sözleşmeye göre hâkim şirket dışında *Deeprook*'ta bulunan kâr payında imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlı temettüleri tamamıyla ödendiği sürece yönetime katılma hakları bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme şirketin hâkiminin ödünç yoluyla bu şirkete sağladığı finansmanın aslında sermaye koyma borcunu bertaraf etme amacıyla yapıldığını ve dolayısıyla şirketin yetersiz sermayeyle teçhiz edilmesinden *Standard*'ın sorumlu olduğunu öncelikle vurgulamıştır. Bağlı şirketin iflasa sürüklenmesinde esasında hâkim şirkete olan aşırı borçlanma etkili olmuştur. Bunun dışında hâkim şirket yöneticilerinin bağlı şirket yönetimine etkin olarak müdahale etmesi, azlık pay sahiplerini yönetimden uzak tutmak için şirketin mali durumu iyi olmamasına rağmen aşırı maliyetli kar payı imtiyazlarını ödemekte ısrar etmesi ve bu suretle hâkim şirketin menfaatlerini öncelemeleri de bu sonucu doğuran diğer bir önemli faktör olarak belirtilmiştir. Bu sebeplerle yüksek mahkeme hâkim şirketle bağlı şirket arasındaki ayrımın sadece hukuksal nitelikte, itibari bir ayrım olduğu iddiasını haklı bulmuş, bağlı şirket alacaklılarının önünde hâkim şirketin alacaklarına öncelik veren, bağlı şirkette bulunan azınlık pay sahiplerinin haklarını tehlikeye düşüren ve onları yönetimden dışlayan bir anlayışla şirketin yeniden yapılandırılmasına müsaade edilemeyeceğini ifade etmiştir. *Berle*, bu karardan bütün bir topluluğun yüksek menfaatleri için bağlı şirketin alacaklılarının veya azlık pay sahiplerinin zararına sebebiyet verilmişse bu kişilere bizzat hâkim şirketin alacaklısı veya pay sahiplerinden daha az bir hak tanınamayacağı sonucunu çıkarmaktadır. Bkz. **Berle**, s. 357.

b) Tüzel kişiliği yoksayma fonksiyonu

Aslında teorinin yukarıda bahsettiğimiz fonksiyonu da varolan bir tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi halini içermektedir. Zira bu işlem görünüşte var olan tüzel kişilik yapısının yerine iktisadi gerçekliğe dayanan yeni bir yapı kurma veya mevcut faraziyei gerçekliğe yaklaştırma amacıyla yapılmaktadır. Bu sebeple tüzel kişiliği genişletme, teorinin olumlu (*pozitive*) yönü olarak nitelendirilmektedir. Burada ise olumsuz (*negative*) bir bakış açısıyla, tüzel kişilik ve onun sonucu olan ayrılık prensibine bağlanan hukuki sonuçların tanınmaması yönünde bir tutum alınmaktadır. Böylelikle perde gerisinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğuna kapı aralanmaktadır.

Tüzel kişilikle onun temelinde bulunan işletme arasındaki ilişki (*entity – enterprise relationship*) bağlamında, mahzurlu veya sakıncalı bir girişimin tüzel kişilik yapısıyla perdelenmesinin önüne geçmek için böyle bir tutum benimsendiği belirtilmektedir. Dolayısıyla burada da aslında tüzel kişilik gerçekliğiyle onun temelinde bulunan işletme – girişim gerçekliği arasında amaçlanan faaliyetin niteliği itibarıyla bir uyumsuzluk bulunmaktadır⁹⁵⁰. Bu anlamda şirketin, bir suçu, hileli birtakım işlemleri gizlemek veya hukuk düzeni tarafından aranan birtakım yükümlülüklerden kaçınmak gibi usulsüzlükleri gerçekleştirmek amacıyla kullanılması halinde yok sayılması gerektiği genel olarak kabul görmektedir. Burada bahsi geçen “hukuk dışılık” ve “usulsüzlük” unsurunun şirketin kayıtlarında veya belgelerinde açıkça yer alması elbetteki beklenmemelidir. Bu unsurların varlığı şirketin faaliyetleriyle ilgili olgulardan hareketle tespit edilebilmektedir⁹⁵¹.

Dolayısıyla burada da şirket tüzel kişiliğine karşı bir itiraz getirildiğinde gözler temelde bulunan iktisadi girişime çevrilmektedir. Farklı olarak temelde bulunan işletme veya iktisadi teşekkül de hukuka aykırı, hileli veya suça hizmet ediyor görülmekte veya kamu düzeni açısından sakıncalı bulunmaktaysa şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olduğu yönündeki savunma dikkate alınmaz. Esasında her ne kadar burada tüzel kişiliğin göz ardı edilmesinden bahsediliyorsa da (*disregard of corporate fiction*) aslında bir hileye veya hukuka aykırılığa engel olma hali bulunmaktadır. Zira arada bir şirket veya gerçek kişi olması herhangi bir fark yaratmamaktadır. Sonucu belirleyen temelde bulunan ekonomik faaliyetin niteliği olmaktadır⁹⁵².

⁹⁵⁰ Berle, s. 357, 352, 354.

⁹⁵¹ Berle, s. 353.

⁹⁵² Berle, s. 354.

3.3.2.2.1.2.2. İşletme yaklaşımının uygulamadaki yansımaları

ABD mahkemelerinin tek bir işletme (*single business enterprise*) gibi faaliyet gösteren şirket topluluklarını çok kuruluşlu bir işletme (*multi-corporate enterprise*) olarak değerlendirdiği ve sorumluluğu bu kabul üzerinden sonuca bağladığı çok sayıda kararı vardır. Bu kısımda mahkemelerin emsal karar olarak sıklıkla atıf yaptıkları önemli bazı kararlar kısaca tanıtılacaktır.

a) İlk dönem kararları

1. Demiryolu işletmeciliği ile ilgili kararlar

İşletme yaklaşımının uygulama yeri bulunduğu önemli alanlardan birisi yavru şirkete ait haksız fiil sorumluluğunun ana şirkete yöneltilebilmesi meselesidir. Bu mesele ilk olarak demiryolu işletmeciliğiyle ilgili davalarda gündeme gelmiştir. 19. yy.'da ABD'nin demiryollarıyla donatılmasında demiryolu şirketlerinin büyük rolü olmuştur. Birbirini tamamlayan belirli hatlardaki taşımacılıkla iştigal eden ayrı şirketler üst konumdaki başka bir şirket tarafından kontrol altına alınarak bir şirketler topluluğu oluşturmuştur. Bu şirketlerin karıştığı kazalardan dolayı ortaya çıkan haksız fiil kaynaklı taleplerde grup içi sorumluluk meselesi ilk olarak 1894 tarihli *Pennsylvania Railroad v. Jones* davasında gündeme gelmiştir⁹⁵³. Bu davada Pennsylvania sistemine dâhil kısımda meydana gelen bir trenyolu kazasında yaralanan posta memurları, topluluğun bağlı şirketlerinden birisinin lokomotif, bir diğerinin de içinde seyahat ettikleri vagonu sağladıklarını belirtmiştir. Ayrıca trende bulunan görevlilerin diğer bağlı şirketlerin elemanları olduğunu, ancak başlarında bulunan sorumlu konumundaki kişinin ana şirketin üniformasını giydiğini, bu üniformanın düğmelerindeyse başka bir bağlı şirketin isminin yazdığını ileri sürerek taşımacılık işine dâhil olan tüm bu şirketlerin birlikte sorumlu tutulmalarını talep etmiştir⁹⁵⁴. Mahkeme birlikte bir işletme faaliyeti yürütüldüğünü kabul etmekle birlikte ana şirketin bağlı şirkete doğrudan personel temin etmediği veya kârdan pay almadığı gibi gerekçelerle bu seviyede bir ekonomik entegrasyonun sorumluluk için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır⁹⁵⁵.

Buna karşılık 1925 yılında görülen başka bir davada, *Davis v. Alexander* kararında, ekonomik entegrasyona ilişkin yaklaşım daha farklıdır. Bu kararda mahkeme bir demiryolu şirketi diğerini kontrol ediyor ve ikisi bir sistem olarak faaliyet gösteriyorlarsa hâkim şirketin

⁹⁵³ *Pennsylvania R. Co. v. Jones*, 155 U.S. 333 (1894)

⁹⁵⁴ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 232.

⁹⁵⁵ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 232.

diğerinin ihmalinden kaynaklanan zarardan dolayı sorumlu olacağı sonucuna varmıştır⁹⁵⁶. Daha sonraki tarihlerde verilen kararlarda ise topluluk şirketlerinin oluşturduğu hat sistemi ve dolayısıyla bir işletme faaliyeti çevresinde şekillenen ekonomik entegrasyondan ziyade klasik tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde kullanılan yaklaşımlar demiryolu davalarında dikkate alınır olmuştur. Bu değişikliği sağlayan öncü kararlardan birisi 1926 tarihli *Berkey v. Third Avenue Railway* kararıdır⁹⁵⁷.

Bu kararda *Davis* kararına göre oldukça tutucu bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu davaya konu olayda da belirli bir rota üzerinde bulunan birbiriyle bağlantılı hatlar üzerindeki demiryolu taşımacılığı aynı gruba dâhil bağlı şirketler tarafından yapılmaktadır. Bütün vagonlar ana şirketin mülkiyetinde olup bağlı şirketlere kiralanmıştır. Mahkeme kazanın meydana geldiği hattı işleten bağlı şirketin malvarlığının borçlarına ve taahhüdlerine oranla oldukça yüksek bir seviyede olduğunu, kendi elemanlarını sadece kendi hatlarında istihdam ettiğini, diğer hatlara transfer yaparken bağlı şirketin kendi adını kullandığını belirterek bağlı şirketin bağımsız bir hareket alanına sahip olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte şirketin iki yönetim kurulu üyesi ana şirkette de görev almaktadır. Ana şirket işletme masraflarını karşılamakta ve bağlı şirketi mali olarak desteklemektedir. Mahkeme *Davis* kararındaki gibi bir işletme birliği ve ekonomik entegrasyon üzerinden analiz yapmamış; hakimiyetin hiç hareket alanı bırakmayacak bir şekilde kullanılmasının temsil ilişkisine (*agency*) yol açacağını, bu kadar yoğun olmaması durumunda dürüstlük ve hakkaniyet testine müracaat edileceğini belirtmiştir. Kısacası mahkeme olayı şirketler topluluğu kapsamında değil geleneksel perdeyi kaldırma davalarında olduğu şekliyle hâkim ortağın etkisi altındaki şirketi kendi amaçları için kullanıp kullanmadığıyla sınırlı bir çerçevede ele almıştır. Bu anlayış sonraki yıllarda da takip edilmiş ve meseleye geleneksel perdeyi kaldırma davalarında benimsenen yaklaşım çerçevesinde yaklaşılmıştır. Dolayısıyla ekonomik bütünlükten ziyade ana şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrolünü ne denli yoğun kullandığını gösterir olgular; mesela, ana şirketin bağlı şirket personeline talimat vermesi, bağlı şirket faaliyetlerinde kendi personelini kullanması, bağlı şirketin tamamen ana şirketin bir aracı haline gelip gelmediği gibi hususlar dikkate alınır olmuştur⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Bazı yorumcular bu karardaki yaklaşımın sadece demiryolu davalarında değil genel bir standart olarak kabul edilmesini önermişlerdir. Buna göre eğer belirli bir iş veya işletme faaliyeti söz konusuysa sadece bu faaliyetle iştigal eden bağlı şirketin içi boş işletme kabı (*empty business container*) – yani hukuki form – bir kenara bırakılmalı ve ana şirket sorumlu tutulabilmelidir. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s.233.

⁹⁵⁷ *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84

⁹⁵⁸ **Blumberg**, *Corporate Groups*, s.233.

2. Fountain v. Lumber Co. kararı

Emsal karar olarak sıklıkla atıf alan 1912 tarihli *Fountain v. Lumber Co.* kararı tek işletme yaklaşımın uygulandığı ilk kararlardan birisidir⁹⁵⁹. Karara konu olayda C.R. Johnson isimli kerestecilikle uğraşan bir şahıs, davacıyla kereste fabrikasının kendisine ait bir araziye taşınması konusunda sözleşme yapmıştır. Bu şahıs aynı zamanda C.R. Johnson Lumber Co. ve West Lumber Co. isimli şirketlerin de paylarının tamamına sahip hakim ortağı, yasal temsilcisi, yöneticisidir. Davalı konumundaki bu şahıs bağlı şirketler dışında özel olarak da kereste ticaretiyle iştigal etmektedir. Davalı sözleşme gereğince ifa etmesi gereken para borcunda temerrüde düştüğünden, davacı fabrikanın taşınacağı arazi üzerindeki ağaç ve diğer kereste malzemelerine tedbir koydurmak için bunlar üzerinde hak sahibi olduğunu düşündüğü gerçek şahıs C. R. Johnson ve şirketi C.R. Johnson Lumber Co.'ya müracaat etmiş; ancak yapılan inceleme sonucunda gerçek hak sahibinin diğer şirket West Lumber Co. olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine davacı talebini bu şirkete yöneltmiş ve üçüne de alacağı için dava açmıştır. Dava devam ederken topluluk hâkimi gerçek kişi ve C. R. Johnson Lumber Co. iflas etmiştir. Tasfiye sürecinde bütün malvarlığının hala ticari hayatını devam ettiren West Lumber Co. Üzerinde bulunduğu, bütün borç ve yükümlülüklerin ise topluluk hâkimi gerçek kişi ve diğer bağlı şirket C.R. Johnson üzerinde bırakıldığı anlaşılmıştır. Davalı C. R. Johnson söz konusu arazi üzerindeki keresteyi West Lumber Co.'ya para karşılığı sattığını, bu emval üzerinde hak sahibi olmadığını, davacıyla olan sözleşmeyi de kendi şahsı ve diğer iflas eden şirket C.R. Johnson Lumber Co.. adına yaptığını, West Lumber Co. şirketinin bu hukuki uyumsuzlukta taraf olmadığını savunmuştur. Sonuç olarak mahkeme dışı karşı verilen izlenime vurgu yaparak West Lumber Co. şirketinin de sözleşmeye taraf olduğunu ve dava konusu borçtan sorumlu olduğuna karar vermiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court*) bu kararda ilk kez bir şirketin başkanının şirketin mallarıyla ilgili bir işlem yaparken açıkça ifade etmese de birey olarak o mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı ve şirket adına hareket ettiği yönünde bir karinenin geçerli olacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin bu uygulaması ABD mahkemelerince işletme teorisinin (*single enterprise theory*) dolaylı olarak tanınması şeklinde değerlendirilmektedir⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Supreme Court of North Carolina 76 S.E. 533 (N.C. 1912).

⁹⁶⁰ Bkz. *Glenn v. Wagner* 313 S.E.2d 832 (1984)

b) Glenn v. Wagner kararı

Fountain v. Lumber Co. kararını teyit eden ve daha da geliştiren *Glenn v. Wagner* kararı da ayrıca ele alınmayı hak eden bir karardır. Dava konusu olayı kısaca özetlemeye gerekirse şu hususları vurgulamak icap eder: B-Bom isimli şirket maliki olduğu Salem Manor isimli oteli D&S isimli bir başka şirkete kiralamıştır. Anlaşmaya göre D&S otelde bulunan bağımsız bölümleri kiralayacak ve elde ettiği gelirin büyük bir kısmını aralarındaki kira sözleşmesine atfen B-Bom'a ödeyecektir. B-Bom'un hakim ortağı David Wagner isimli bir gerçek şahıstır. Oteli işleten kişi ise bu şahsın akrabası Smilie Wagner isimli bir başka şahıstır. Bu şahıs D&S isimli şirkette aynı zamanda %50 pay sahibidir. Her iki şirketin de kurumsal ofisi David Wagner'in hukuk bürosudur. Davacılar otelde konaklayan şahıslardır. Konaklama ücretlerini zamanında ödemedikleri gerekçesiyle Smilie Wagner davacıların odalarını boşaltarak şahsi eşyalarını bir depoya kaldırmıştır. Eşyalarının zarara uğradığını ve kaybolduğunu iddia eden davacılar her iki şirketle birlikte David ve Smilie Wagner isimli ortaklara da tazminat davası açmıştır. Davacılar, duruşma boyunca ve temyizde, D & S'nin gerçek bir kurumsal varlığa sahip olmadığını ve yalnızca B-Bom'un Salem Manor'daki kiralama işini yürüttüğü bir araç veya kanal olarak işlev gördüğünü iddia etmişlerdir.

David ve Smilie D&S'in yetkilileridir; David Wagner başkan ve mali işler sorumlusu, Smilie ise başkan yardımcısı ve sekreter olarak şirkette görevlidir. Şirketin tek faaliyeti Salem Manor'un işletilmesidir. D&S adına yapılan tek resmi işlem B-Bom ile imzalanan kira sözleşmesidir. David Wagner sözleşmeyi kaleme almış ve hem B-Bom hem de D&S'in başkanı olarak 1 Ocak 1978 tarihinde imzalamıştır. Kira sözleşmesi gereğince D&S Salem Manor için B-Bom'a aylık kira ödemesi yapacaktır. D&S bu ödemeyi kendi topladığı kira paralarından yapacaktır. B-Bom kira çeklerini David Wagner vasıtasıyla almış, hâsılatın bir bölümü B-Bom'un Salem Manor'un maliki olarak yaptığı masraflar için kullanılmıştır. B-Bom'un hissedarı olarak David Wagner geri kalan miktarın yarısını almıştır. B-Bom'un diğer hissedarı George Hill D&S'e hiç müdahil olmamış; sadece D&S kira ödemesinde temerrüde düştüğü zaman akla gelmiştir. Salem Manor'da kiralanacak her bir üniteyle ilgili kira miktarını B-Bom belirlemiştir. Diğer tüm hususlarda D&S'in mali durumunu Smilie Wagner kontrol etmiştir. Defterleri tutmuş, işçileri işe almış, kendi maaşını belirlemiş ve David Wagner'a aylık muhasebe bildirimlerinde bulunmuştur. David beyanında D&S'in malvarlığını kullanmakta Smilie'ye herhangi bir özel sınırlama koymadığını, onun bu şirketi idarede geniş bir hareket alanı olduğunu ve ne yaptığını çok fazla sorgulamadığını belirtmiştir.

Davalılar B-Bom ve D & S'nin ayrı tüzel kişilikler olduğunu; B-Bom'un D & S'nin hissedarı olmadığını ve B-Bom'un D & S'nin politikaları ve uygulamaları üzerinde başka bir şekilde kontrol sahibi olduğunu gösteren hiçbir kanıt sunulmadığını; iki şirket arasındaki tek resmi ilişkinin kiralayan/kiracı ilişkisi olduğunu ve Salem Manor'un kiralayanı olarak B-Bom'un kiracısı D & S'nin haksız fiillerinden sorumlu tutulamayacağını iddia etmektedir.

Davacıların davayı jüriye götürme taleplerinin kabulü sebebiyle davalılardan B-Bom bu karara karşı itirazda bulunmuştur. İtirazı inceleyen North Carolina İstinaf Mahkemesi (North Carolina Court of Appeals) sonuç olarak davacıların taleplerinde haklı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme sonuca varırken geleneksel perdeyi kaldırma davalarında uygulanan araçsallık (*instrumentality*) testinin unsurlarının gerçekleşmediğini tespit etmiş ve bu kapsamda alt derece mahkemesinin verdiği talimatın hatalı olduğuna hükmetmiştir.

Bu sonuca varırken mahkeme B-Bom ve D & S arasında ortak mülkiyet ve yönetim nedeniyle temelde yatan bir bağın varlığına ve bu bağ sayesinde B-Bom'un D & S'yi kontrol etme yeteneğine sahip olmasına rağmen, davacıların zararına sebep olan olayların bu bağdan kaynaklanmadığı hususuna vurgu yapmaktadır. Eldeki deliller davalılar David Wagner'ın D&S'in genel yönetimi ve kontrolünü oteli işleten Smilie Wagner'a bıraktığını göstermektedir. Dolayısıyla B-Bom'un diğer şirket üzerinde bir kontrol uygulaması tespit edilemediğinden araçsallık testinin şartları gerçekleşmemiştir.

Geleneksel perdeyi kaldırmada kullanılan araçsallık (*instrumentality*) testinin uygulanabilir olmadığını tespit eden mahkeme eldeki verilere göre yetersiz sermaye (*inadequate capitalization*), işletmenin aşırı bölünmesi (*excessive fragmentation*) ve tek işletme (*single enterprise*) olguları üzerinden bir inceleme yapmıştır. Bu inceleme kapsamında mahkemenin işletme teorisinin uygulama yeri bulabileceği durumlar ve muhtemel sonuçları hakkındaki şu tespitleri ilgi çekicidir:

“Bir şirketin yükümlülüklerine ilişkin sorumluluğun kendi ayrı tüzel kişiliğinin sınırlarının ötesine genişletilmesi, esasen tek bir ticari veya ekonomik girişimin yine ya bir ana şirket-yavru şirket düzenlemesinde ya da ilişkili şirketlerde olduğu (*affiliated corporations*) gibi ortak mülkiyet altında birkaç ayrı şirket aracılığıyla yürütüldüğü durumlarda söz konusu olabilir. ...Bu tür bir bölünme veya parçalanma, geleneksel bir ana şirket-yavru şirket ilişkisi şeklinde olabileceği gibi, tek bir ticari işletmeyi oluşturan çeşitli şirketlerin hisselerine doğrudan sahip olan tek bir kişi veya bir grup kişi şeklinde de olabilir. Şirket bileşenlerinden birinin ayrı tüzel kişiliği göz ardı edildiğinde, bu şirketin alacaklısının hakları, bir iştirakin hisselerinin çoğunluğuna veya tamamına sahip diğer bir şirkete karşı da ileri sürülebilir. Bununla birlikte, tazminatın kapsamı bu şekilde tespit edilen işletme kuruluşunun varlık havuzuyla sınırlı olacaktır. Başka bir

deyişle, sadece işletme içi bölünme göz ardı edilecek ve ana şirket ya da bağlı şirket hissedarları yine de sınırlı sorumluluk ayrıcalıklarını koruyacaklardır⁹⁶¹.”

Bu tespitleri daha da somutlaştıran mahkeme yukarıda ele aldığımız *Fountain v. West Lumber* kararına atıfta bulunarak tek işletme teorisinin hukuk tarafından tanınan bir yaklaşım olduğunun altını çizmiştir:

“Bahsi geçen “tek işletme (*single enterprise*) teorisi yoluyla grup içi sorumluluk (*inter-corporate liability*) *Fountain v. West Lumber Co.*, 161 N.C. 35, 76 S.E. 533 (1912) kararında dolaylı olarak tanınmıştır. ... Açıkça, *Fountain* kararında mahkeme sınırlı sorumluluk doktrininin sınırsız olmadığını kabul etmiş ve bir işletmenin aşırı derecede bölümlere ayrılarak ayrı şirketlere dönüştürülmesi yoluyla davacı alacaklının haklarını ihlal edecek bir şekilde sorumluluğun bertarafı teşebbüsünü reddetmiştir. Dolayısıyla, ortak mülkiyet ve birleşik yönetim altında faaliyet gösteren şirketler aynı veya birbirini tamamlayan bir faaliyetle iştigal ediyorsa, tek veya havuz oluşturan bir malvarlığını alt bölümler halinde paylaşıyorlarsa, bu kurumsal birimlerden birisini bağımsız bir yapı olarak tanımak hakkaniyete aykırı olacaksa, borca batık bir şirketin alacaklısı, alacağını borçluyuyla bağlantılı şirketlerden elde edebilir.”

Sonuç olarak mahkeme sunulan deliller ışığında ilk derecenin jüriye verdiği talimatın hatalı olduğunu ve eldeki davanın temel özelliğinin “tek bir işletmenin ayrı şirketler oluşturulacak şekilde aşırı derecede bölümlendirilmesi” (*excessive fragmentation of a single enterprise into separate corporations*) olduğunu tespit ederek davanın bu kapsamda yeniden ele alınması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken somut davayla ilgili olarak şu hususların altını çizmiştir:

“Her ne kadar D&S’in neden kurulduğuyla ilgili ihtilaf olsa da hale göre D&S’in münhasıran Salem Manor’dan elde edilen kira ve kârların malik konumundaki B-Bom’a aktarılması için kurulan bir araç olduğunu gösterir yeterli delil bulunmaktadır. Aslında, Salem Manor’daki bağımsız bölümlerin her biri için alınacak kira bedelini B-Bom belirlemektedir...”

...Esasında D&S malvarlığı olmayan bir şirkettir. Resmi olarak D&S’in giriştiği tek faaliyet B-Bom ile yaptığı kira sözleşmesidir. Bu kira sözleşmesi sayesinde D&S kendisine değil B-Bom’a ait bir varlığın yönetimini devralmıştır. Bu resme göre iki şirket gelir getiren bir varlığın basitçe birbirini tamamlayan faaliyetlere bölünmesiyle ortaya çıkan farklı hukuki kuruluşlar olarak vücuda getirilmiştir. Diğer bir deyişle hakikatte tek bir işletme olarak faaliyet gösterirken şekli olarak farklıdır. Mevcut delillere göre jüri birbirinden ayrı görünen kuruluş yapılarının B-Bom’un sorumluluktan kaçınmak amacıyla kullandığı araçlar olduğunu tespit edebilir...

Dolayısıyla, yapı, finans ve faaliyet açısından, eldeki deliller iki şirketin tek bir ekonomik kuruluş olarak hareket ettikleri, işletme içi bölümlendirmeler ve ayrı kuruluşlar vasıtasıyla faaliyette bulunmalarına rağmen menfaatlerinin birebir aynı olduğu intibai uyandırmaktadır. Böyle bir durumda, ne kira sözleşmesi ne de bağımsız tüzel kişilik doktrini kiralanan taşınmazın maliki ile onu işleten şirket arasındaki gerçek ilişkiyi gizleyemez.”

⁹⁶¹ Mahkeme kararında Prof Latty’nin tespitlerine özel olarak atıflarda bulunmuştur. Tek işletme teorisi kapsamında sorumluluğun genişletilebilmesi için *Latty*’nin teklif ettiği şartlar şu şekildedir: (1) şirketler üzerinde kontrol gücü sağlayacak nitelikte hisse sahipliği; (2) birbirine benzer veya birbirini tamamlayan işletme faaliyetleri yürüten şirketler üzerinde tek elden veya birleşik idari kontrol (*unified administrative control*); (3) alacaklıların gönüllü değil gönülsüz alacaklılar olması (haksız fiil alacaklıları gibi); (4) alacağına yol açan talebin yöneltildiği şirketin borca batık veya taahhütlerini yerine getiremez bir halde olması.

Bu bulgulara göre mahkeme gerçekte tek bir işletme faaliyetinin bulunduğunu, sorumluluktan kaçınmak için bunun suni bölümlere ayrılarak çok şirketli bir yapı halinde tasarlandığını tespit etmiş ve tek işletme teorisinin böyle yapılarda uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca varırken şirketlerin varlık sebebi, ticari faaliyetlerinin çeşitliliği, yürütülen faaliyetin niteliği, malvarlığının yeterliliği gibi konulara özellikle önem atfetmiştir.

c) Paramount Petroleum Co. v. Taylor Rental Ctr. kararı

1984 tarihli *Glenn v. Wagner* kararı tek işletme teorisinin uygulanma şartlarını göstermesi açısından önemli bir karardır. 1986 tarihli *Paramount Petroleum Co. v. Taylor Rental Ctr.*⁹⁶², kararı da *Glenn* kararıyla ortaya konulan eğilimi teyit eder nitelikte farklı bir eyalet yüksek mahkemesi tarafından verilen önemli bir karardır. Texas Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) daha önce verilmiş *Allright Texas, Inc. v. Simons* (1973) ve *Murphy Brothers Chevrolet Company, Inc. v. East Oakland Auto Auction* (1969) kararlarına atfen açıkça şirketlerin bağımsız kuruluşlar olarak faaliyet göstermekten çok aynı işletme amaçlarını gerçekleştirmek için kaynaklarını bütünleştirdikleri durumlarda her bir bileşen kuruluşun bu işletme amacının gerçekleştirilmesi için ortaya çıkan borçlardan sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir.

Mahkeme işletmeyi oluşturan şirketlerin gerçekte birbirinden ayrı kuruluşlar olup olmadıklarını değerlendirirken dikkate alınması gereken bazı faktörleri şu şekilde vurgulamıştır: ortak çalışanlar, ortak ofis, merkezileştirilmiş muhasebe, bir şirketin çalışanlarının maaşının diğer bir şirket tarafından ödenmesi, ortak işletme ünvanı, bir şirket çalışanlarının diğer şirket adına da hizmet sunması, şirketler arası kayıt dışı kaynak aktarımı ve kâr ve zararın şirketler arasında üstü kapalı tahsisi.

Davalı şirketlerin aynı işletmenin bileşen parçaları olup olmadıkları değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak olgular bunlarla sınırlı değildir. Olay özelliklerine göre farklı faktörler de bu kapsamda dikkate alınabilir.

d) Green v. Champion Insurance Co. kararı

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli karar emsal niteliğindeki *Green v. Champion Insurance Co.*⁹⁶³ kararıdır. 1991 yılında Louisiana eyaleti İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından verilen karar tek işletme (*single business enterprise*) teorisine ilgili oldukça

⁹⁶² 712 S.W.2d 534, 536 (Tex. Ct. App. 1986).

⁹⁶³ 577 So.2d 249 (La. Ct. App. 1991). *Green v. Champion Insurance Co.* kararı tek işletme teorisinin ilk olarak uygulandığı karar olarak da bilinmektedir. Bkz. **Küçük**, s. 325.

detaylı tespitler içermektedir. Özellikle tek işletmenin varlığını gösteren unsurlarla ilgili yapılan 18 maddelik listeye diğer başka kararlarda da sıklıkla atıf yapılmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle dava olgularından kısaca bahsedilecektir. Davayı tetikleyen olay sigortacılıkla iştigal eden tasfiye halindeki *Champion Insurance Co.*(Champion) isimli şirketin ortaklarının tasfiye işlemleriyle ilgili işbirliği yapma konusundaki isteksizlikleridir. Kanuna göre tasfiye memurunun görevi ödeme güçlüğü içerisine düşen sigortacının mallarını tespit ederek toplamak ve şirket borçlarını ödemek için paraya çevirmektir. Şirket kayıtlarına erişimi sağlanmadığı ve sair konularda yöneticilerin yardımcı olmamaları sebebiyle tasfiye memuru *Green* ilk derece mahkemesine başvurarak tasfiye işlemlerinin sağlıklı yürütülebilmesi için birtakım taleplerde bulunmuştur⁹⁶⁴. Bu taleplerden birisi Champion şirketinin de içinde yer aldığı şirketler topluluğunun bir tek işletme kuruluşu (*single business enterprise*) olduğunun tespitidir. Böyle bir tespit kararı verilirse tasfiye memuru davalı şirketlerin tamamının mallarını tasfiye halindeki Champion'un malları gibi masaya dâhil edebilecek ve üzerlerinde tasarrufta bulunabilecektir.

Mahkeme öncelikle topluluğun yapısal özellikleri üzerinde bir incelemede bulunmuştur. *Boardwalk* isimli bir çatı ana şirkete bağlı *United Financial Services* (UFS) ve *Champion Capital Corp* (CCC) isimli iki ara hâkim şirket bulunmaktadır. CCC'nin altında da *Champion*, *United Southern Underwriters* (USU), *South East Underwriting Services* (SEUS) ve *United Southern of Tennessee* (UST) isimli bağlı şirketler bulunmaktadır. Champion dışındaki diğer üç şirket onun Louisiana, Alabama ve Tennessee'deki işlerinin genel yönetimini üstlenmiştir. CCC bu şirketlerin %100 pay sahibi tek ortağıdır. Çatı şirket Boardwalk ara hâkim UFS'nin %100, CCC'nin ise %90 hisselerini elinde bulundurmaktadır. Boardwalk'ın hisselerinin %84'ü gibi büyük çoğunluğuna ise John Eicher isimli bir gerçek kişi sahiptir. Boardwalk grup bu şekilde teşekkül etmiş olmakla birlikte Eicher ailesinin kontrolü altında olan ve bu grupta iş ilişkisi içerisinde olan başka şirketler de vardır. Bunlar *Orleans Bank* (Orleans), *Capital Insurance Company* (Capital) ve *Amicom Inc.* (Amicom) isimli şirketlerdir. Bu ilgili şirketlerin (*affiliated companies*) tamamına Eicher ailesinin fertleri hâkimdir. Bu bahsi geçen şirketlerin tamamı ve Eicher ailesinin ilgili fertleri Champion'un tasfiyesi kapsamında dava edilmiştir.

⁹⁶⁴ Tasfiye memuru başvururken şu hususları ileri sürmüştür: (1) oniki gerçek kişi davalı Champion'un yönetici veya çalışanıdır; (2) Champion'un malvarlığıyla diğer dokuz davalı şirketin malvarlığı devamlı suretle karıştırılmıştır; (3) Champion ile diğer davalılar arasında çok sayıda düzenli ve yüksek bedelli şirketler arası işlemler yapılmıştır ve (4) Champion ve davalı şirketler tek bir işletme kuruluşu olarak (*single business enterprise*) faaliyet göstermiştir.

Mahkeme Champion ve diğer ilgili şirketler ait muhasebe, işletme politikası ve talepleri de içeren bütün kayıtların Baton Rouge'da bulunan ana merkezdeki büyük bir bilgisayarda muhafaza edildiğini tespit etmiştir. Champion, UFS, ve USU ana merkezde bulunan ortak ofisleri kullanmaktadır. Champion'un hiçbir zaman çalışanı olmamıştır. Bütün işlerini USU, SEUS ve UST yerine getirmiştir. İhtiyaç halinde çalışanlar Champion ve diğer ilgili şirketlerde dönüşümlü olarak çalıştırılmıştır.

Mahkeme tasfiye memuru Green'in taleplerini kabul etmiş ve davalı şirketlerin tek bir işletme kuruluşu (*single business enterprise*) oluşturdukları sonucuna varmıştır. Birebir aktarmak gerekirse mahkemenin bu kapsamda verdiği karar şu şekildedir:

“...İlgili şirketler (*affiliated entities*) 5 Haziran 1989 tarihi öncesi, sonrası ve sonrasında tek bir işletme kuruluşu (*single business enterprise*) oluşturmaktadır ve tasfiye memuru tüm bu şirketlerin her birinin kayıtları, malları ve varlıkları üzerinde tamamıyla kontrol, hâkimiyet ve mülkiyet iddiasında bulunma hak ve yetkisine sahiptir. Tasfiye işlemleri için bunları aynı Champion Insurance Company'nin mal ve varlıkları gibi değerlendirebilir.”

Davalılar diğer birtakım sebeplerle birlikte ilk derece mahkemesinin bu tespitine karşı itirazda bulunmuşlardır. Davayı inceleyen Louisiana İstinaf Mahkemesi (*Louisiana Court of Appeal*) detaylı bir inceleme yapmış ve tek ekonomik birim veya işletme yaklaşımıyla ilgili oldukça önemli sonuçlara varmıştır.

Bu mahkeme öncelikle geleneksel perdeyi kaldırma davalarında kullanılan araçsallık (*instrumentality*) ve alt benlik (*alter ego*) kuramları hakkında bilgi vermiştir. Bu bağlamda genel olarak bir şirketin bir başka şirketin mutlak hâkimiyeti altında onun bir iş yapma vasıtası haline gelmesini ve iki şirketin tamamen aynı menfaati temsil etmesini tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sebebi olarak benimsendiğinin altını çizmiştir. Bunun dışında mahkeme *Johnson v. Kinchen*⁹⁶⁵ kararına atıfla bir şirketin bağımsız olarak şirketleştirilen kollara ayrılmasını ve bir hâkim veya ana kuruluş yahut da aynı yöneticiler tarafından idaresi durumunda mahkemelerin adaleti gerçekleştirmek için hâkim veya ana şirketin bağlı şirketlerin üçüncü kişilere olan borçlarından dolayı sorumluluklarına hükmettiğini vurgulamıştır. Bu tespitler sonrasında mahkeme meşhur 18 maddelik listeyi yayınlamıştır. Buna göre çok şirketli bir yapının tek bir işletme oluşturup oluşturmadığını araştırırken dikkat edilmesi gereken hususlar şunlardır:

1. Kontrol gücü sağlayacak seviyede bir pay sahipliği,

⁹⁶⁵ 160 So.2d 296, 298 (La.App. 1st Cir. 1964)

2. Ortak yöneticiler veya görevlilerin varlığı,
3. İşletme faaliyetleri benzer veya birbirini tamamlayan şirketler üzerinde ortak idari kontrol,
4. Bir şirketin yönetici ve görevlilerinin o şirketin menfaatini düşünerek bağımsız hareket ediyor olmaları veya olmamaları,
5. Bir şirketin başka bir şirketi finanse ediyor olması,
6. Yetersiz sermaye (zayıf şirketleşme – *thin corporation*),
7. Bir şirketin başka bir şirketin kuruluş veya varlık sebebi olup olmadığı,
8. Bir şirketin başka şirketin çalışan giderleri veya diğer türlü masraf ve kayıplarını karşılıyor olması,
9. Sadece topluluk içi ve ilişkili şirketlerle iş yapılıp yapılmadığı,
10. Şirketlerden birinin diğer bir topluluk şirketinin mallarını kendi eşyası gibi kullanıp kullanmadığı,
11. Kurumsal formalitelere uyulup uyulmadığı,
12. Ortak çalışanların varlığı,
13. Bir şirketin işçilerinin topluluğa mensup başka bir şirket için de hizmet veriyor olmaları,
14. Ortak ofis,
15. Merkezileştirilmiş muhasebe,
16. Topluluk şirketleri arasında kayıt dışı fon transferleri,
17. Kâr ve zararın topluluk şirketleri arasında şeffaf olmayan yöntemlerle dağıtılması ve

18. Tek bir işletmenin aşırı derecede bölümlendirilip dağıtılarak ayrı şirketler haline getirilmiş olması.

Mahkeme listede yer alan hususların tahdidi olmadığı ve perdeyi kaldırma davalarında gündeme gelen meselelerle benzerlik gösterdiğinin altını çizmektedir. Somut davayla ilgili olarak mahkeme yukarıda belirtilen unsurları dikkate aldığı davalı şirketlerin tek bir işletme kuruluşu oluşturdukları yönünde yeterli delil olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda mahkeme özellikle gerçek kişiler John Eicher, Naaman Eicher ve diğer yakın aile üyelerinin bütün şirketlerde hâkim ortak olduklarını, bu şahısların baskın çıkarak şirketlerin faaliyetlerini yönlendirdiklerini ve bütün şirketlerin yönetici veya üst düzey görevlilerinin hep aynı şahıslar olduğunu vurgulamıştır. Çoğu zaman şirketler ekonomik anlamda haklı bir gerekçesi olmadığı halde birtakım işlemler yapmışlardır. Yöneticiler bağımsız olarak temsil ettikleri şirketin yüksek menfaatlerini gözeterek hareket etmemektedir. Bu tür işlemler yalnızca gruptaki başka bir şirketin yararı düşünülerek yapılmıştır. Yetersiz sermaye sebebiyle şirketler arası yüksek miktarda borç stoğu meydana gelmiştir. Bu şirketler esas olarak topluluk içerisinde meydana gelen borçlanmalar vasıtasıyla finanse edilmiştir. Her bir şirketin mali dayanıklılığı diğer topluluk şirketlerinden olan alacaklarını tahsil edebilme kabiliyetlerine bağlıdır. Grup içerisinde ortak çalışanlar bulunmaktadır. USU en fazla çalışana sahipken Champion'un hiçbir çalışanı yoktur. Grup çalışanları hangi şirketten maaş aldıklarına bakmaksızın hizmet sunmaktadır. Bazı şirketler her hangi bir ücret ödemeksizin bu işçilerin hizmetlerinden yararlanmıştır.

Mahkeme davalı şirketlerin topluluk tarafından verilenler dışında gerçekte hiçbir iş almadıklarının altını çizmektedir. Önemli miktarlara ulaşan şirketler arası borçlanma topluluk şirketlerinin veya ilgili şahısların diğer şirketlerin mallarını kullanabilmelerine imkân sağlamak için yaratılmıştır. Nakit, bir şirketten çıkıp kısa sürede bir dizi diğer topluluk şirketleri veya şahıslar arasında el değiştirir ve böylelikle bu işlemlere taraf olanların defterlerinde varlık veya sermaye girişi olarak kaydedilir. Dairesel bir ödünç trafiğine tabi tutularak bir şirketten diğerine aktarılan bu fonlar sonunda ilk şirkete geri dönmektedir. Yıllık genel kurul toplantılarının düzenlenmesi, düzenli yönetim kurulu toplantıları ve önemli işlemlerle ilgili yetkilendirme gibi konularda kurumsal formalitelere dikkat edilmemiştir.

Şirketlerin çoğu Baton Rouge'da bulunan tek bir ofiste faaliyet göstermektedir. Muhasebe işlemlerinin çoğu Bay McCulloch'un yönetimi altında Baton Rouge ofisinde gerçekleştirilmiştir. Grup üyeleri arasındaki faaliyetler bu şirketlerin defterlerine düzgün bir şekilde yansıtılmamıştır.

Bu transferlerin çoğunun belgelendirilmesi yetersizdir. Bu gruptaki şirketler arasında yapılan işlemlerin birçoğu emsallerine uygun olarak gerçekleştirilmemiştir. Fonlar uygun teminatlar alınmadan ve bir geri ödeme planı olmadan aktarılmıştır. Bazı şirketler arası işlemlere ilişkin faizler kaydedilmemiş veya düzenli ve tekrar eden bir şekilde ödenmemiştir. Rutin hizmetlerin değeri kaydedilmemiştir. Bir şirket tarafından yapılan işle ilgili masraflar başka bir şirket tarafından karşılanmış ve onun defterlerinde giderleştirilmiştir. Bir hissedarın evinin inşası için yapılan masraflar, Champion'un ofis binasının inşası maliyetinin bir parçası olarak Champion'un defterlerinde gösterilmiştir. Bakiye paranın toplanarak otomatik olarak birtakım yatırım ve ödeme işlemlerine yönlendirildiği ortak hesapların (*sweep account*) varlığı ve diğer pek çok somut veri kârın ve zararın şeffaf bir şekilde şirketler arasında tevzi edilmediğini kanıtlamaktadır.

Bu tespitler sonucunda eyalet istinaf mahkemesi şu gerekçeyle ilk derece mahkemesinin tespitinin haklı olduğuna karar vermiştir:

“...yapı, finans ve faaliyet açısından, eldeki deliller şirketlerin ayrı kuruluşlar olarak yönetilip işletilmediklerini göstermektedir. Malvarlığı mülkiyetinin bölümlere ayrılmasına ve farklı kuruluşlar vasıtasıyla faaliyet gösteriyor olmalarına rağmen bu şirketler tek bir ekonomik kuruluş (*single economic entity*) olarak hareket etmişlerdir. Böyle bir durumda bağımsız tüzel kişilik doktrini şirketler arasındaki gerçek ilişkiyi gizleyemez. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin bu davada tek işletme teorisini (*single business enterprise theory*) doğru bir şekilde uyguladığı görüşündeyiz.”

Mahkeme tek işletme teorisinin sonuçlarını da ayrı bir başlık altında ele almıştır. Yukarıda incelediğimiz *Glenn* ve *Paramount* kararlarını hatırlatan mahkeme tek işletme olarak değerlendirilen şirketlerin malvarlıklarının bir havuz oluşturacağını ve borçların bu havuza giren varlıklar üzerinden tasfiye edilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Champion şirketiyle birlikte tek işletmeyi oluşturan diğer bağlı (*subsidiary*) ve ilgili (*affiliated*) şirketlerin malvarlıkları da Champion'un malvarlığı gibi muamele görecektir. Bunun ötesinde davalı gerçek kişilerin şahsi malvarlıkları bu havuza dâhil edilmemektedir.

“Davalı şirketlerin "tek bir ticari işletme" (*single business enterprise*) oluşturduğunun tespit edilmesi üzerine, bağlı şirketlerin her birinin varlıkları, alacaklılarının taleplerini karşılamak üzere bir havuz haline getirilir. ... Temyize gidenler, Champion ile ilişkili şirketlerin alacaklılarına bir tatmin sağlamadığı için ilk derece mahkemesinin kararının adaletsiz olduğunu iddia etmektedir. *Glenn v. Wagner*, bağlı şirketlerin alacaklılarının haklarını tartışmıştır. Bu alacaklılar, borçlu şirkete karşı sahip oldukları hakların aynısını "tek ticari işletmeye" karşı da ileri sürme hakkına sahiptir; ancak, tazminatın kapsamı bu büyük ticari işletmenin varlık havuzuyla sınırlı olacaktır. Bu "tek ticari işletmenin" alacaklılarına hangi önceliğe göre ödeme yapılacağı, bu tasfiyenin amaçları doğrultusunda Sigorta Kanunu'na tabidir.”

Kısaca toplamak gerekirse *Green* kararının tek işletme teorisiyle ilgili önemli tespitler içerdiği görülmektedir. Özellikle 18 maddelik liste, topluluğun tek işletme olarak

değerlendirilmesi açısından dikkate alınacak hususlarla ilgili göstergeleri derli toplu bir şekilde sunmaktadır. Listenin başında paysahipliği oranı bulunmaktadır. Ancak oldukça önemli bir gösterge olmakla birlikte salt kontrol gücüne sahip olmak, topluluğa hâkim olacak seviyede bir pay sahipliğini elde bulundurmak, topluluğun tek işletme olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Topluluğun gerçekten ayrı tüzel kişiliklerden müteşekkil bir yapı gibi faaliyet gösterip göstermediği de incelenmelidir. Diğer maddelerde vurgulanan hususlar daha çok bu olgunun araştırılmasına yoğunlaşmaktadır. Bir şirketler topluluğunun tek bir işletme olduğu yönündeki bir tespit onun malvarlığı yönünden de tek bir şirket gibi değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

e) Taxicab kararları

Kısaca *Taxicab* kararları olarak anılan davalar tek işletme yaklaşımının uygulandığı başlıca davalardır. Bu davalarda yukarıda değinilen demiryolu davalarından farklı olarak bağlı şirketlerin malvarlığı açısından zayıf olmaları önemli bir sorun olarak göze çarpmaktadır. Bu durum ileride meydana gelebilecek tazminat taleplerini boşa çıkarmayı amaçlayan girişimcilerin bilinçli tasarımlarının bir sonucudur. Bunun için girişimciler genelde her iki taksi için bir şirket kurarak 50 hatta 100 bağlı şirketten müteşekkil şirket toplulukları oluşturmuşlardır. Bu suretle bir kaza halinde haksız fiil mağduru olan bir yolcunun tazminat talebinin diğer şirketlerde bulunan malvarlığına ulaşması engellenmektedir. Onun müracaat edebileceği muhatapların zaten düşük gelirli şoför ve kullanılmış iki araçtan başka malvarlığı olmayan işveren şirketle sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Hâlbuki bütün taksiler aynı girişime hizmet etmektedir. Hemen bütün olaylarda aynı ekonomik faaliyetin bir parçası olan bu taksilerin ortak kişilerce sevk edildiği, aynı merkezden idare edildiği, aynı otoparkı kullandığı, ortak çalışanların ayırım yapılmaksızın bütün şirketlerin işlerine baktığı, aynı isim ve amblemi kullandıkları gibi hususlar görülebilmektedir. Bu hususları göz önünde bulunduran başta New York olmak üzere ABD mahkemeleri bütün şirketlerin tek bir ekonomik kuruluş (*single economic entity*) olarak kabul edilmesi gerektiğini ve ayrılık ilkesinin uygulanamayacağını belirten çok sayıda karara imza atmışlardır⁹⁶⁶.

Örnek vermek gerekirse 1962 tarihli *Mull* kararı bu anlamda önemli tespitler içermektedir⁹⁶⁷. Mahkemenin davanın konusuz ve talebin belirsiz olduğu gerekçesiyle davalılar tarafından ileri sürülen davanın esasa girilmeden reddini içeren taleple ilgili olarak tek işletme

⁹⁶⁶ Mesela *Black & White, Inc. v. Love* kararında şirketler tarafından kullanılan taksilerde ortak telsiz sisteminin kullanılması, ortak idarecilerin ve pay sahiplerinin olması kardeş şirketlere sorumluluk atfı için yeterli görülmüştür. Bazı kararların isimleri için bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 254, dn. 24.

⁹⁶⁷ *Mull v. Colt Co.* 31 F.R.D. 154 (S.D.N.Y. 1962), United States District Court for the Southern District of New York

teorisini uygulayarak ulaştığı sonuç ilgi çekicidir. Dava konusu olayla ilgili olarak davacı öncelikle geleneksel perdeyi kaldırma teorisi kapsamında, kendisine çarpan taksinin maliki olan şirketin hâkim ortaklarının şahsi sorumluluğunu iddia etmiştir. Buna karşılık mahkeme perdenin kaldırılabilmesi için hile (*fraud*) veya bir hukuksuzluk (*illegality*) olması gerektiğini belirtmiş, söz konusu olayda bu unsurların varlığını gösterir bir olgunun bulunmadığını belirterek perdenin kaldırılması talebini reddetmiştir. Davacı ıslah edilmiş şikâyetinde bu eksikliği gidermek adına çok sayıda şirketin kurulmasındaki amacın toplumu aldatmak olduğunu ileri sürmüştür. Bu yöntem kullanılarak muhtemel kazalar sonucu kendisini alacaklı konumunda bulan mağdurlar tam olarak zararlarını karşılayamayacaktır. Davacı bağlı şirketlerin hepsinin baştan aşağı düzmece ve faraziye olduğunu, davalı gerçek kişilerin birer aracı olmaktan başka bir işlevinin ve dolayısıyla bağımsız bir varlığının bulunmadığını ve kamuyu aldatmaktan başka bir amaca hizmet etmediklerini belirtmektedir. Buna göre davacının hedefi tek bir ekonomik kuruluş (*single economic entity*) olarak aynı yerden yönetilen *taxicab* girişiminin tamamını zarardan dolayı sorumlu tutmaktır. Bunun için her bir şirketin iki taksi çalıştıracak şekilde tasarlandığını ancak işletme faaliyetinin merkezî olarak yönetildiğini, taksilerin aynı yerde park edildiklerini ve bakıma alındıklarını ifade etmektedir. Bağlı şirketler o derece hâkimiyet altına alınmış ve kontrol edilmektedir ki (*completely dominated and controlled*) onların bağımsız bir kişiliklerinin olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Sonuç olarak mahkeme, davacının bağlı şirketin bağımsız kişiliğinin fiiliyatta sona erdiğini veya hiç başlamadığını ortaya koyacak nitelikte bir mülkiyet ve menfaat birliğinin varlığını ortaya koyması halinde artık ayrılık ilkesine bağlı kalmanın sadece hakkaniyet ve adaletin ortadan kaldırılmasına hizmet edeceğini ifade etmiştir. Böyle bir durumda aslında tek bir şirket tarafından yürütülen ve bütün işletmenin yararına hizmet eden bir faaliyete dayalı ekonomik oluşumun (*economic entity*) sorumluluktan kaçmasına hukuk tarafından müsaade edilmiş olacaktır. Bu kararlar ilgili olarak dikkati çeken hususlardan birisi ilk derece mahkemesinin alışıldık anlamda hile ve aldatma unsurları tespit edilemediğinden davacı tarafından başlangıçta talep edildiği üzere genel perdeyi kaldırma kriterlerini uygulayarak perdenin kaldırılması yönünde bir karar verememesi; buna rağmen daha sonra şirketler topluluğunun ortaya koyduğu özellikler dikkate alınarak tek işletme yaklaşımı uygulandığında ise sonuca ulaşılmış olmasıdır.

f) Diğer haksız fiil davaları

Özel olarak ele aldığımız *Demiryolu* ve *Taxicab* dışındaki haksız fiil kaynaklı başka bazı davalarda da tek işletme teorisinin uygulandığı görülmektedir.

Bunların bazılarında ana şirket haksız fiile yol açan zararın ortaya çıkmasında ihmali olduğu belirtilerek sorumlu tutulmuştur. Diğer bazılarında ise ana şirketin kusurluluğu yönünden bir değerlendirme yapılmaksızın tek işletmenin varlığından bahisle onun da sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Genel olarak şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ihmal ve kusurluluğa ilişkin değerlendirme sıradan haksız fiil davalarına göre çok daha esnek bir şekilde yapılmaktadır⁹⁶⁸. Mesela *Johnson v. Abbe Engineering Co.*⁹⁶⁹ kararında federal istinaf mahkemesi (*United States Court of Appeals, Fifth Circuit*) hâkim şirketin bağlı şirket tesislerini kendi güvenlik yönergelerine uygunluğu yönünden denetlemiş olmasını meydana gelen iş kazasından dolayı sorumluluğu için yeterli bulmuştur⁹⁷⁰. Bu sebeple mahkemeye göre bağlı şirket işçisi olan davacılar, yanıcı madde niteliğindeki bir sıvıyı tank içerisine boşaltırken bağlı şirket üretim tesislerinde meydana gelen patlamadan dolayı yanarak yaralanmaları sebebiyle doğrudan hâkim şirketin sorumluluğunu iddia edebilirler. Her ne kadar işletme sorumluluğunun söz konusu olduğu haksız fiil davalarında, sorumluluk hâkim şirketin eylemine atfen izafe ediliyor olsa da bu eylemler, şirketler topluluğu düşünüldüğünde hemen hemen her zaman sıradan müdahalelerdir. Dolayısıyla *Strasser*'in işaret ettiği gibi teorik olarak olmasa da uygulamada yine işletme temeline dayanan bir sorumluluk hali bulunmaktadır⁹⁷¹.

Diğer bazı davalarda ise mahkemeler ana şirket yönünden bir ihmal veya başka türlü bir kusur araştırması yapmaksızın konuyu doğrudan tek işletme yaklaşımı kapsamında ele almışlardır. Mesela 2001 tarihli *Grayson v. R. B. Ammon* kararı bu anlamda örnek verilebilecek önemli bir karardır⁹⁷². Söz konusu davada *Southern Scrap* adlı şirketin işçisi olan Grayson isimli şahıs, diğer şirketlere geçici işçi sağlama işiyle iştigal eden *CBC Temporary Staffing Services Inc.* (CBC) adlı şirket aracılığıyla istihdam edilen bir başka işçinin kullandığı vinçten düşen parçayla yaralanır. Yaralanan işçinin tazminat istediği davalıların arasında, haksız fiili işleyen işçinin eylemlerinden sorumlu tuttuğu CBC şirketinin yanı sıra, aslında tek bir işletme oldukları gerekçesi ile bir başka şirket olan *R. B. Ammon & Associates, Inc.* (R. B. Ammon) da vardır.

⁹⁶⁸ **Strasser**, s. 647.

⁹⁶⁹ 749 F.2d 1131 (5th Cir. 1984).

⁹⁷⁰ **Strasser**, s. 647.

⁹⁷¹ **Strasser**, s. 647.

⁹⁷² *Grayson v. R. B. Ammon*, 778 So. 2d 1 (La. Ct. App. 2001)

Bölge İstinaf Mahkemesi, bu iki şirketin – pay sahipleri farklı da olsa – aynı kişi tarafından yönetilmesi, her iki şirketin ortak ofis, bilgisayar kullanımının olması gibi nedenlerle, tek bir işletme teşkil ettiğine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onaylayarak, zarardan her iki şirketi birlikte sorumlu tutmuştur. Mahkeme bu sonuca ulaşırken yukarıda ele aldığımız *Green* davasındaki kıstasları uygulamıştır⁹⁷³.

Bu kapsamda örnek gösterilebilecek diğer bir karar *Sisco-hamilton Co., v. George W. Lennon* kararıdır⁹⁷⁴. Bu kararda Federal İstinaf Mahkemesi davacının saklanması için tevdi ettiği şekerlemeleri gereği gibi muhafaza etmeyen ve davacıyı zarara uğratan davalı şirketlerin birlikte sorumluluğuna hükmetmiştir.

Dava konusu olayda *Chicago Tunnel Terminal Corporation* adında bir ana şirket ve *Chicago Tunnel Company*, *Chicago Tunnel Terminal Company* ve *Chicago Tunnel Transport Company* isimli bağlı şirketler bulunmaktadır. Ana şirket bağlı şirketlerin bütün paylarına sahiptir. Bunun dışında yöneticiler aynı kişilerdir. Davacı *Chicago Tunnel Transport* şirketine malları teslim etmiş ve bunlar saklanmak üzere tünellere dağıtılmıştır. Teslim fişi *Chicago Tunnel Terminal Company* tarafından imzalanmıştır. Ana şirket saklama sözleşmesine taraf olmadığını, teslim ve saklama süreçlerine dâhil olmadığını ifade ederek kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğini savunmuştur. İlk derece mahkemesi bu savunmayı haklı bulmuş ve davayı reddetmiştir. Buna karşılık ABD Federal İstina Mahkemesi (*US Court of Appeal*) şu gerekçeyle kararın bozulmasına hükmetmiştir:

“Kayıtlar ana şirketin kontrolü altında birbirinin faaliyetleriyle bağlantılı çalışan dört akraba şirketin var olduğunu göstermektedir. Bu yakın ilişki dikkate alındığında bağlı şirketlerden birinin ihmali kaynaklanan zararın karşılanması noktasında tek engel olarak şirketlerin tüzel kişiliğinden kaynaklanan verimsiz teknik ayrıntılara takılmak haksız sonuçlara yol açacaktır. Somut olay çarpıcı bir şekilde bağlı

⁹⁷³“...Dolayısıyla, bu mahkemenin *Green* davasında belirttiği gibi, şirketler tam olarak aynı tek menfaati temsil ettiklerinde, mahkeme ayrı kurumsal kimliklerini göz ardı etmekte serbesttir. (*Green*, 577 So.2d, 257). Burada da belirtildiği gibi, mahkemeler, özellikle şirketlerin tek bir işletme oluşturduğu durumlarda, kurumsal davalının " alt benliklerine" ulaşmak için bir şirketin perdesini kaldırabilir. Bu nedenle, kurumsal kimliği göz ardı etmek için geleneksel "perdeyi kaldırma" teorisine ek olarak, *Green*'deki mahkeme, sorumluluğu ayrı bir tüzel kişiliğin ötesine genişletmek için "tek ticari işletme" veya "araçsallaştırma" teorisini kullanmıştır. (*Green*, 577 So.2d, 257-258). Burada belirtildiği üzere, bir grup tüzel kişinin tek bir ticari işletme oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde, "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" davalarında kullanılan faktörlere benzer bazı faktörler kullanılmalıdır. Dolayısıyla, *Green* davasında bu mahkeme tek bir ticari işletmenin varlığını ortaya koymak için gereken ispat yükünü özel olarak belirtmemiş olsa da, "tek bir ticari işletme" teorisini geleneksel "tüzel kişilik perdesinin aralanması" teorisine açıkça ilişkilendirmiştir. Hem "tek ticari işletme" teorisinde hem de "tüzel kişilik perdesinin aralanması" teorisinde tüzel kişiliğin ayrılığı göz ardı edildiğinden, her iki teorinin de aynı ispat yüküne, yani açık ve ikna edici delillere tabi tutulması gerektiği sonucuna varmak mantıklıdır. (*Harris*, 466 So.2d at 1316). Buna göre, mahkemenin jüriye, davacıların tek bir ticari işletmenin varlığını açık ve ikna edici delillerle kanıtlamaları gerektiği yönündeki talimatında herhangi bir hata bulmuyoruz.”

⁹⁷⁴ US Court of Appeals for the Seventh Circuit - 240 F.2d 68 (7th Cir. 1957)

şirketlerin etkin olarak hep birlikte davacıyla iş ilişkisi içerisine girdiklerini göstermektedir. Bu durumda onları kontrol eden ana şirket sırtını ayrı tüzel kişilik olgusuna dayayarak yaramaz çocuğunun işlediği bir haksız fiilden doğan sorumluluktan kaçınamaz.”

Zikredilmesi gereken çok önemli bir diğer karar meşhur *Amaco Cadiz* kararıdır⁹⁷⁵. Karara konu olayda *Amaco Cadiz* isimli petrol tankeri dümen sistemindeki arıza sebebiyle 1978 yılında Fransa açıklarında kayalıklara çarparak ikiye ayrılmış, bunun sonucunda meydana gelen petrol sızıntısı bir çevre faciasına yol açmıştır. Geminin maliki olan *Amoco Transport Company* (Transport) Liberia’da mukim bir şirkettir. Bununla birlikte bu şirketin bütün hisseleri ABD Delaware’de bulunan *Amoco International Oil Company* (AIOC) isimli başka bir şirkete aittir. Bu şirket de yine ABD Indiana’da bulunan *Standard Oil Corporation* (Standard) isimli başka bir şirkete bağlıdır. Bu sonuncu şirket, *Standard Oil Corporation*, petrol nakliye sektöründe faaliyet gösteren çok uluslu bir grubun bu operasyonlarını idare eden üst tepe şirketi konumundadır. Petrol sızıntısının yol açtığı zarar sebebiyle Fransız hükümeti ve yerel halk tarafından talep edilen tazminat miktarı toplamda iki milyar USD civarındadır. Buna karşılık geminin maliki olan *Amaco Transport* şirketinin en önemli malvarlığı hasara uğrayan gemidir. Bundan geriye kalan enkazın tazminat taleplerini karşılaması haliyle mümkün değildir. Bu sebeple davacılar topluluk hâkimi konumundaki Standard şirketine ABD mahkemeleri önünde tazminat davası açarak taleplerini ileri sürmüşlerdir. Davalı şirket Standard buna karşılık ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkelerini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme bağlı şirket konumundaki *Amaco Transport* şirketinin davalı Standard tarafından araçsallaştırıldığı (*instrumentality*) tespitinde bulunmuştur. Bunun da ötesinde mahkeme topluluğun aşırı derecede merkezileşmiş bir yapıya sahip olduğunu, topluluk hâkiminin bağlı şirketleri bir şubesi veya departmanı gibi idare ettiğini belirtmiştir. Bunun dışında geminin inşası hâkim şirket yönetim kurulu tarafından kararlaştırılmış, diğer iki bağlı şirket tarafından takip edilmiş ve finanse edilmiştir. Ayrıca gemi başka bir bağlı şirket tarafından sigorta edilmiştir. Dahası geminin arıza yapması topluluğun merkezi bakım – onarım servisinin ihmalinden kaynaklanmaktadır. Bu birim geminin tasarım ve inşası sürecine de katılmıştır. Bununla birlikte bu birim topluluğun nakliye operasyonlarının küresel koordinasyonundan, bütün gemi filosunun güvenliği, tamir işleri ve çalışanlarının eğitilmesinden sorumludur. Tüm bu hususları göz önünde bulunduran mahkeme şu gerekçeyle davanın kabulüne karar vermiştir:

⁹⁷⁵ *Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz* 954 F.2d 1279 (7th Cir. 1992, United States Court of Appeals, Seventh Circuit)

“...bütün dünyada petrol ürünlerinin keşfi, üretimi, rafinesi, nakliyesi ve satışı üzerine bağlı şirketlerden kurulu bir sistem vasıtasıyla faaliyet gösteren çokuluslu bir kuruluş olarak *Standard* tam hâkimiyeti altında bulunan veya onun bir aracı haline gelen (*instrumentalities*) şirketler *AIOC* ve *Transport*’un haksız fiillerinden sorumludur. *Standard* bağlı şirketleri *AIOC* ve *Transport* üzerinde öyle bir kontrol uygulamaktadır ki bu şirketler onun aracı olarak değerlendirilebilir.... Dolayısıyla *Standard* kendisinin ve *AIOC* ile *Transport*’un *Amoco Cadiz*’le ilgili işletme, bakım, tamir ve personel eğitimi konularındaki ihmallerinden sorumludur.”

Bu kararlar ilgili dikkat çekici bir diğer husus topluluk hâkimi konumundaki *Standard* şirketine haksız fiil hukukunun klasik yaklaşımı çerçevesinde bir kusur ithamında bulunulmamış olmasıdır. Burada sorumluluk, topluluk hakiminin kusurlu eyleminden çok topluluğun aşırı entegre olmuş ve merkezileşmiş yapısına dayandırılmaktadır⁹⁷⁶.

g) Sözleşmesel alacaklar yönünden teorinin uygulanması

Sözleşmesel alacaklarda da uygulanan doktrin ve kıstaslar aynı olmakla birlikte haksız fiil kaynaklı alacaklardan daha farklı bir uygulama çerçevesi benimsendiği ifade edilebilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bağlı şirketin bağımsız bir kişiliğinin bulunmadığına yönelik işaretler bulunmaktaysa; mesela, şirketin yeterli malvarlığı, çalışanı veya bağımsız bir faaliyeti yoksa mahkemeler aşırı hâkimiyet uygulanıp uygulanmadığına veya haksız uygulamalarda (*inequitable conduct*) bulunup bulunulmadığına bakmaksızın diğer topluluk şirketlerinin sorumluluğuna hükmedebilmektedir. Genelde söz konusu bağlı şirketin bir kabuk şirket veya göstermelik bir şirket olduğuna (*sham company*) vurgu yapılmaktadır. Eğer şirketin bağımsız yapısıyla ilgili bir şüphe veya soru işareti yoksa bu durumda topluluk hâkiminin aşırı hâkimiyet uygulamalarında bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Bununla birlikte bazı mahkemeler destekleyici bir olgu olarak davacının zararına yol açan bir haksızlığın da (*inequitable conduct*) varlığını aramaktadır⁹⁷⁷.

Tek işletme yaklaşımının sözleşmesel borçlardan kaynaklanan alacak davalarındaki uygulamasına Kaliforniya bölge istinaf mahkemesinin *Pan Pacific Sash & Door Co. v. Greendale Park, Inc.* kararı açıklayıcı bir örnek olarak gösterilebilir⁹⁷⁸. Bu kararında mahkeme işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) kuramını uygulayarak bir sonuca ulaşmıştır. Karara konu olayda, bir emlak projesiyle ilgili olarak faaliyet gösteren girişim, iki şirketli bir şirketler

⁹⁷⁶ Vandekerckhove, s. 87.

⁹⁷⁷ Bununla birlikte bu yaklaşımın genel geçer bir çerçeve sunmadığını, yere ve döneme göre farklı uygulamaların olduğunu ifade etmek gerekir. Genelde burada bahsi geçen hususların, yani uygulamada bağımsız bir şirket yapısının bulunmaması, aşırı hâkimiyet ve haksızlık unsurlarının bir arada bulunduğu ve mahkemelerin bu durumda kolaylıkla perdenin kaldırılması yoluna gittiği ifade edilebilir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 351, 352.

⁹⁷⁸ 333 P.2d 802 (Cal. Dist. Ct. App. 1958).

topluluğu altında organize edilmiştir. Bu şirketlerden biri emlak işleriyle, diğeri ise inşa işleriyle iştigal etmektedir. Emlak işleriyle ilgili olan şirket, malik olarak taşınmaz ve diğher tüm malvarlığını bünyesinde barındırmaktayken, inşa işleriyle ilgilenen diğher şirket ise bütün borçları üzerine almıştır. Davacı, inşa işleriyle ilgili şirkete inşaat malzemeleri satmış, alacağını tahsil edemeyince diğher topluluk şirketi olan emlak şirketinin malvarlığına müracaat etmiştir. Mahkeme, emlak şirketinin inşa şirketinin bir alt benliği (*alter ego*) olduğunu belirterek bu talebi kabul etmiştir. Bir anlamda mahkeme, alt benlik doktrini (*alter ego doctrine*) kullanarak işletme sorumluluğunu uygulamaktadır⁹⁷⁹. Mahkeme özellikle şu hususların altını çizmiştir: (1) her iki şirket de aynı girişimin, yarı yarıya bileşen unsurlarıdır; (2) bu şirketler aynı paysahipleri, yöneticiler ve çalışanlara sahiptir; (3) aynı binada yerleşiktirler; (4) ortak çalışanlara sahiptirler ve (5) hiç biri yeterli derecede malvarlığına sahip değildir. *Pan Pacific*, kararıyla işletme sorumluluğu için aranan iki unsurlu şöyle bir standart belirlenmiştir: (1) her iki şirket açısından da o derece yüksek bir menfaat birliği vardır ki bunların bağımsız tüzel kişilikleri fiilen ortadan kalkmıştır ve (2) bunlara ayrı şirketler olarak bir muamelede bulunmak adaletsiz sonuçlara yol açacaktır⁹⁸⁰.

Benzer bir örnek *Pepsi-Cola Metro. Bottling Co. v. Checkers, Inc.* kararıdır.⁹⁸¹. Karara konu olayda alacaklı davacı (*Metropolitan*) meşrubat alımı ve dağıtımı konusunda sözleşme yaptığı *Checkers* isimli şirketin iflası sebebiyle elde edemediği alacağından dolayı onun hâkim ortağı ve topluluk hâkimi konumundaki gerçek kişiler Randolph L. While ve eşi Patricia'ya karşı dava açmışlar ve bu şahısların hâkimiyeti altında bulunan *Bentley* ve *Chips* isimli kardeş şirketleri de davaya dâhil etmiştir. Mahkeme kararında adı geçen şirketlerin hisselerinin tamamına davalı gerçek kişi eşler ve çocuklarının sahip olduğu, bu şirketlerin yöneticilerinin yine bu şahıslar olduğu, *Checkers*'in çalışanları olarak Randolph ve Patricia'nın sigorta primlerinin ve sağlık giderlerinin bu şirket tarafından karşılandığı, şirketlerin aynı ofisi kullandıkları, şirketlerin benzer faaliyetlerde bulundukları ve aynı müşterilerle iş yaptıkları gibi hususları vurgulamıştır. Sonuç olarak mahkeme şirketler *Checkers*, *Chips* ve *Bentley*'in ortak mülkiyet ve kontrol altında olduğunu, birbirlerinin hesabına rastgele iş yaptıklarını, gerçek kişi davalıların şirketlerden şahsi faydalar sağladıklarını, *Checkers* ve *Bentley*'in aynı ticari faaliyeti yürüttüğünü, *Chips*'in bir faaliyetinin olup olmadığının belli olmadığını belirterek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

⁹⁷⁹ Bainbridge, Abolishing, s. 527.

⁹⁸⁰ Bainbridge, Abolishing, s. 528.

⁹⁸¹ *United States Court of Appeals, First Circuit* Jan 28, 1985; 754 F.2d 10 (1st Cir. 1985)

talebini haklı bulmuş, şirketlerin aslında tek bir işletme olduklarını belirterek bütün davalıların sorumluluğuna hükmetmiştir⁹⁸².

h) Değerlendirme

Yukarıda tek işletme yaklaşımı kapsamında bahsi geçen hususlar esasında geleneksel perdeyi kaldırma davalarında da sıklıkla gündeme gelen konulardır. Çok şirketli yapıların söz konusu olduğu bazı hallerde mahkemeler geleneksel perdeyi kaldırma ilkelerini tatmin edici bulmamıştır. Bu sebeple, ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralı (*entity liability*) açıkça haksız sonuçlara yol açtığına, zaman zaman işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) yaklaşımının ilkelerini özgün bir şekilde olay özelliklerine göre uyarlayarak uygulama ve perdeyi kaldırma yöntemine esneklik kazandırma yoluna gitmiştir⁹⁸³.

Bu bağlamda tercih edilen yöntemlerden biri, tek unsurlu perdeyi kaldırma (*single factor piercing*) yaklaşımı olmuştur. Geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin birinci unsurunu oluşturan araçsallaştırma kıstasına dayanan ve kusurlulukla ilgili unsuru kapsam dışı bırakan bu yaklaşım, topluluğun ekonomik boyutunu esas alan işletme yaklaşımına benzer şekilde esnek bir uygulama tarzını benimsemiştir⁹⁸⁴. Bununla birlikte mahkemeler - özellikle Texas ve Louisiana mahkemeleri - kararlarında işletme yaklaşımının geleneksel perdeyi kaldırma teorilerinden farklı bir teori olduğunu açıkça belirtmektedir⁹⁸⁵. Özellikle yukarıda ele alınan *Glenn* kararında olduğu gibi şirketler arasında doğrudan pay sahipliği ilişkisi yoksa veya ortak mülkiyete tabi şirketlerin aynı hâkim ortağın kontrolü altında etkin bir şekilde tek elden yönetilmesi gibi bir durum söz konusu değilse bu şirketlerin araçsallaştırıldığı yönünde bir tespate ulaşılması zordur. Bu durumda araçsallaştırma (*instrumentality*) ve alt benlik (*alter ego*) testleri uygulama yeri bulmayacağından şirketlerin yapısal olarak tek işletme olup olmadıkları yönünde bir analiz yapılarak sonuca varılmaktadır.

⁹⁸² Mahkemenin kararında atıf yaptığı kararlardan birisi *My Bread Baking Co. v. Cumberland Farms, Inc.*, (353 Mass. 614, 233 N.E.2d 748, 1968) kararıdır. Bu kararda Massachusetts Yüksek Mahkemesi (*Supreme Judicial Court*) ortak mülkiyet ve kontrol altındaki topluluklarda perdenin kaldırılmasıyla ilgili olarak dikkate alınacak kıstasları şu şekilde belirtmiştir: “Eğer tüzel kişiliklerin ayrılığı esasını göz ardı ederek ortak bir faaliyete girmiş iki veya daha fazla şirketin faaliyetleri kafa karıştıracak derecede birbirine karışmışsa veya şirket temsilcilerinin hangisi adına hareket ettikleri tam olarak anlaşılamıyorsa bu derece iç içe geçmiş şirketlere sorumluluk yüklerken mahkemenin hangisinin eylemi için hangisini sorumlu tuttuğunu hassasiyetle belirlemesine gerek yoktur”. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 382.

⁹⁸³ **Dearborn**, s. 234.

⁹⁸⁴ *Bainbridge* bağlı şirketin kontrol sahibi topluluk hakimi şirketin alt benliği (*alter ego*) olduğu kabul edilebiliyorsa aslında bu ikisinin tek işletme olduklarının da kabulü yönünde bir engel bulunmadığını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle bir şirket diğerinin alt benliği ise bunlar aslında aynı veya tek şirkettir. **Bainbridge**, *Abolishing*, s. 528.

⁹⁸⁵ **Strasser**, s. 646.

Burada da topluluk şirketlerinin tek bir işletme halinde oldukları ifade edilirken esasında onların ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen fiiliyatta bağımsız bir karakterlerinin olmadığı olgusunun altı çizilmektedir ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır. İşletme yaklaşımı açısından dikkate alınması gereken en önemli nokta topluluğun yönetim ve iç organizasyon biçimidir. Geleneksel perdeyi kaldırmadan farklı olarak şirketlerin bağımsız kişiliklerine saygı gösterilmemesinin kınanabilir veya kusurlu bir davranış olup olmadığı özellikle dikkate alınmaz⁹⁸⁶. Önemli olan bütün bir topluluğun çok parçalı bir işletme haline gelip gelmediğinin tespiti.

Bu haliyle işletme yaklaşımının şirketler topluluğuna özgü bir yaklaşım sunması ve kusurluluğa ilişkin esnek bir tutum benimsemesi itibariyle geleneksel perdeyi kaldırma yaklaşımlarından ayrıldığı ifade edilebilir. Diğer bir önemli husus da bu yaklaşımın uygulanması sonucunda sorumluluğun atfı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bütün bir topluluk tek bir işletme olarak kabul edildiğinde topluluğa üye bir şirketin borcunun bütün topluluk üyesi şirketlere yöneltmesi mümkün hale gelecektir. Bu suretle sadece bağlı şirkette pay sahibi olarak bulunan hâkim veya kardeş şirketlere değil pay sahibi olmasa dahi aynı işletme şemsiyesi altında bulunan diğer şirket ve ortaklara da sorumluluğun atfı mümkün hale gelebilecektir. Bununla birlikte bu yaklaşımın ana akım yaklaşım olarak kabul gören geleneksel perdeyi kaldırma teorileriyle kıyaslandığında nadiren uygulandığı ifade edilebilir. Özellikle Texas ve Louisina eyaleti dışındaki mahkemeler daha çok geleneksel perdeyi kaldırma teorileri üzerinden sorun çözme olanağını aramaktadır⁹⁸⁷.

3.3.2.2.1.3. Özdeşlik (*Identity*) Doktrini

Bu yaklaşımın özellikle şirket toplulukları için ortaya atılan bir yaklaşım olduğu ifade edilebilir ancak büyük oranda yukarıda incelediğimiz alt benlik ve araçsallaştırma yaklaşımlarına benzer bir şekilde uygulanmaktadır⁹⁸⁸. Bu yaklaşım kontrol gücünü elinde bulunduran ana şirket

⁹⁸⁶ **Strasser**, s. 646. Bu anlayışa paralel olarak Texas Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals of Texas Beaumont*) *North American Van Lines, Inc. v. Emmons*, 50 S.W.3d 103 (Tex. App. 2001) isimli kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (teorisi olarak) şirketin ikinci kişiliği teorisi (*alter ego doctrine*), hâkim şirket ile bağlı şirket arasında bağlı şirketin ayrı kişiliğini ortadan kaldıracak derecede bir birlikteliğin olduğu ve sadece bağlı şirketi sorumlu tutmanın adaletsizliğe yol açacağı zaman kullanılır. Oysa tek ticari işletme teorisi şirketler ortak bir ticari amacı gerçekleştirmek için kaynak ve faaliyetlerini birleştirdikleri zaman, (adi) ortaklığa ilişkin sorumluluk ilkelerine kıyasen uygulanan bir hakkaniyet teorisi”dir”. Çeviri için bkz. **Küçük**, s. 328.

⁹⁸⁷ **Strasser**, s. 646.

⁹⁸⁸ **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 122. Hatta *Blumberg* son derece dağınık ve faydasız olarak nitelendirdiği bu yaklaşımın uzun uzadıya tartışılmasına gerek olmadığını ifade etmektedir.

ile ona bağı yavru şirketin birbirleriyle özdeşleştirilecek şekilde ortak bir kimliğe sahip olmalarına özel önem atfetmektedir⁹⁸⁹. Örnek vermek gerekirse 1967 tarihli *Zaist v. Olson* kararında⁹⁹⁰ mahkeme ana şirket ile yavru şirket arasındaki menfaat ve mülkiyet birliğinin şirketler arasındaki ayrılığı fiiliyatta ortadan kaldıracak veya zaten hiç oluşmayacak bir dereceye ulaşmış olmasını sorunlu bulmuştur. Bu kapsamda ayrı kişilik faraziyesine bağı kalmanın sorumluluğun bertaraf edilmesine ve adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına yol açacağı belirtilmiştir.

Bu yaklaşımın en yoğun olarak uygulandığı alanlardan birisi icra ve iflas hukukudur. ABD hukukuna özgü içtihat hukukuyla geliştirilen borçlu şirketlerin tek bir yapı gibi değerlendirilerek konsolide edilmesi (*substantive consolidation*) usulü topluluk şirketleri arasında özdeşlik kurulmasına imkân tanımaktadır. Burada şirketler topluluğunun malvarlığının kısmen veya tamamen bir havuzda toplanması ve borçların bütün alacaklılara dürüstlük ve eşitlik ilkeleri kapsamında ödenmesi amaçlanmaktadır⁹⁹¹. Bu usulün uygulanmasına cevaz veren mahkemeler çoğunlukla tek bir ticari faaliyetin (*single business*) parçalarını oluşturan şirketlerin birbirleriyle ilişkili işlemlerini gerekçe olarak göstermektedir. Bunun dışında mahkemelerin vurgu yaptığı diğer önemli bulgular malvarlıklarının karışması, alacaklıların haklı olarak topluluğu tek bir yapı gibi görmelerini sağlayacak sebeplerin olması veya topluluk içi kredi alış-verişi gibi hususlardır⁹⁹².

Uygulamaya yönelik bir örnek vermek gerekirse *Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel* kararı aydınlatıcı olabilir⁹⁹³. Davaya konu olayda Manuel Kulukundis isimli bir şahsın hâkimiyeti altında bulunan sekiz denizcilik şirketinin tamamı borçlu konumundadır. Şirketler hakkında yürütülen yeniden yapılandırma çabaları başarısız olunca bütün şirketlerin malvarlıklarının birleştirilerek (*substantive consolidation*) birlikte tasfiyelerine yerel mahkeme tarafından izin verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine ABD Federal İstinaf Mahkemesi kararda bir aykırılık olmadığını şu gerekçeyle açıklamıştır:

⁹⁸⁹ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 122.

⁹⁹⁰ *Zaist v. Olson*, 154 Conn. 563, 227 A.2d 552 (Conn. 1967) (<https://casetext.com/case/zaist-v-olson> Erişim tarihi: 17/11/2022).

⁹⁹¹ Bununla birlikte ödeme kapasitesi daha düşük olan topluluk şirketlerinin alacaklılarının normal icra usulü işletilseydi elde edeceği alacak miktarına göre daha yüksek bir oranda alacaklarını tahsil etmelerinin ödeme kapasitesi daha yüksek olan bağı şirket alacaklıları açısından bir haksızlık olduğu da ileri sürülmektedir. Bu bağlamda *substantive consolidation* ödeme kapasitesi düşük olan şirket alacaklılarına daha yüksek olanlara göre bir ayrıcalık tanımaktadır. **Vandekerckhove**, s. 519.

⁹⁹² **Vandekerckhove**, s. 519.

⁹⁹³ United States Court of Appeals, Second Circuit Dec 2, 1966, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966).

“...borçlu şirketlerin hepsi Kulukundis tarafından kontrol edilmektedir. Arabulucu borçlu şirketlerin bağımsız şirketlerde görülen formalitelere hiç uyulmaksızın veya bunlar çok az dikkate alınarak tek bir birim (*single unit*) olarak işletildiğini, tespit edilebildiği kadarıyla yöneticiler ve çalışanların aynı şahıslar olduğunu ve Kulukundis’in kuklaları (*figureheads*) gibi hareket ettiklerini, mali kaynakların çok karmaşık işlemlerle şirketler arasında ileri geri gidip geldiğini ve aslında birlikte bir havuz oluşturduklarını, kredilerin de aynı şekilde elden ele dolaştığını, başka şirketin borçlarının ödenmesi için ödünç işlemlerinin yapıldığını, hak edilen navlun ücretlerinin başka şirketlerin borçlarını ödemede kullanıldığı veya taahhüt edildiğini, Kulukundis tarafından çekilen veya aktarılan kaynakların defterlere düzgün bir şekilde kaydedilmediğini tespit etmiştir. Deliller de bu tespitleri destekler niteliktedir... Nadiren topluluk içi ilişkilerin içinden çıkılmaz bir şekilde belirsiz olduğu eldeki davadakine benzer istisnai durumlarda, bu işlemlerin açığa çıkarılması ve düzgün bir şekilde ortaya konmasına teşebbüs edilmesi dahi bütün alacaklılar açısından malların paraya çevrilmesini önemli derecede tehlikeye düşürecek nitelikte aşırı zaman ve masraf gerektiriyorsa hakkaniyet adaletin tamamen bir kenara bırakılmasındansa kabaca uygulanmasını haklı çıkarmaktadır...”

Sonuç olarak mahkeme sekiz borçlu şirketi bir araya getirerek (konsolide ederek) borçluların takibe konu malvarlıklarının bir havuz haline getirilmesine ve bütün alacaklıların alacaklarına oranla borçların ödenmesine onay vermiştir.

Bu kapsamda örnek gösterilebilecek diğer bir ilginç karar *Talen's Landing, Inc. v. M/V Venture* kararıdır⁹⁹⁴. Dava bir sözleşme alacağına dayandırılmaktadır. Topluluk hâkimi olarak nitelendirebileceğimiz *Creppel* isimli gerçek şahıs deniz ticaretinde kullandığı iki adet gemi için *Venture Towing Inc.* ve *Venture Marine Enterprises Inc.* isimli iki ayrı şirket kurmuştur. *Creppel* şirketlerde %50 pay sahibidir. Diğer %50’lik pay ise şirket işleriyle hiç ilgilenmeyen eşine aittir. *M/V Venture III* isimli geminin tamir ve bakımını üstlenen *Talen’s Landing* isimli davacı şirket alacağını tahsil edemediğinden *Venture Towing Inc.* isimli şirkete alacak davası açmış; ancak daha sonra yanlış şirkete dava açtığını, geminin aslında *Venture Marine Enterprises Inc.* isimli şirkete ait olduğunu anlayarak davasını ıslah etmiş ve şirketler topluluğunun hâkimi *Creppel*’i de davaya dâhil etmiştir. Aslında davaya dâhil ettiği bu şirketin de borca batık olduğunu çünkü tek malvarlığı olan *M/V Venture III* isimli geminin batmış olduğunu daha sonra öğrenmiştir. Denizcilik mahkemesi her iki şirketin de topluluk hâkiminin mutlak hâkimiyeti altında olduğu, kurumsal kayıt ve mali kaynakların karmakarışık olduğu, sıradan kurumsal formalitelere uyulmadığı, her iki şirketin de malvarlıklarının yetersiz olduğu, ayrıca kayıtlarda görülmeyen topluluk içi borç hareketleri sebebiyle şirketlerin malvarlıklarının birbiriyle karıştığı tespitlerinde bulunmuştur. Bunun dışında mahkeme *Creppel*’in çalışma şekli sebebiyle şirket alacaklılarının aldatıcı görünüş iddiasında da bulunabileceklerini; zira satıcıların yapmış oldukları işlemler için ayırım gözetmeksizin şirketlerden herhangi birine makbuz kesmelerinin olağan bir uygulama

⁹⁹⁴ *Talen's Landing, Inc. v. M/V Venture*, 656 F.2d 1157 (5th Cir. 1981)

olarak tespit edildiğini belirtmiştir. Sonuç olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve iki şirketin birbirleriyle özdeş kılınarak tek bir şirket olarak kabul edilmesine karar verilmiştir⁹⁹⁵.

Blumberg ekonomik bütünlük ve işletme yaklaşımıyla ilgili vurgular dışında özdeşlik yaklaşımının önceki başlıklar altında ele aldığımız alt benlik ve araçsallaştırma yaklaşımlarından farklı, yeni bir çerçeve getirmediğini ifade etmektedir⁹⁹⁶.

3.3.2.2.2. İngiliz Hukuku

İngiliz Şirketler Kanunu'nda (*Companies Act 2006 – CA 2006*)⁹⁹⁷ şirketler topluluğu açıkça tanımlanıp düzenlenmemekle birlikte, onunla ilişkili kavramlar olan bağlı şirket (*subsidiary*) ve hâkim şirketin (*holding company*) tanımları yapılmıştır. Ancak kanunda sorumluluk meselesiyle ilgili her hangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

CA 2006 m. 1159'daki tanıma göre; bir şirket başka bir şirketin çoğunluk hisselerine sahipse, onun yöneticilerini belirleme veya değiştirme konusunda ortaklık yetkilerini elinde bulunduruyorsa veya diğer pay sahipleriyle yaptığı bir anlaşma neticesinde tek başına onu kontrol edebilecek bir statüye ulaşmışsa bu şirket holding şirket (*holding company*), diğeri ise bağlı şirket (*subsidiary*) olarak adlandırılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tam hâkimiyet altındaki şirket (*wholly-owned subsidiary*) bizzat diğeri bir şirket veya bu şirketin tam hâkimiyeti altındaki başka bir şirketten başka ortağı bulunmayan şirkettir. Diğeri şirket olarak adlandırılan bu şirket adına hareket eden gerçek kişilerin tek ortak olarak bulunduğu şirketler de benzer şekilde tam hâkimiyet altındaki şirket olarak kabul edilmektedir⁹⁹⁸. Şirketler topluluğu açıkça tanınıp bir düzenleme altına alınmamış olsa dahi ortaya çıkarabileceği sorunlar İngiliz mahkemeleri ve hukukçular tarafından zaman zaman gündeme getirilmiştir. Mesela 1979 tarihli *Re Southard*⁹⁹⁹ kararındaki şu ifadeler dikkate değer tespitler içermektedir¹⁰⁰⁰:

⁹⁹⁵ Vandekerckhove, s. 526.

⁹⁹⁶ Blumberg, Corporate Groups, s.123.

⁹⁹⁷ Kısaca "CA 2006" olarak anılacaktır. Kanun metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf.

⁹⁹⁸ Topluluk hesap ve muhasebesiyle ilgili olarak hüküm öngören CA m 1162'de ayrıca ana şirket (*parent*) ve yavru şirket (*subsidiary*) kavramları tanımlanmıştır. Buradaki tanımlama CA 2006 m. 1159'daki tanıma oldukça yakındır. Boyle & Birds' company law / editors, John Birds ... [et al.] ; consultant editor, A.J. Boyle, Bristol : Jordans, 2011, 71. Kanunun sistematığına göre ana şirket (*parent company*) kavramı şirket hesapları ve muhasebeyle ilgili konular için kullanılırken *holding company* şirketler topluluğuyla ilgili diğer meseleleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Ancak mahkeme ve öğreti bu kavramları her zaman birbiri yerine kullanabilmektedir. Davies/Worthington, s. 248. Bu hükümler kısmen de olsa AB hukukunun tesiri sonucunda kabul edilmiştir. Daehnert, Alexander, "Lifting the corporate veil: English and German perspectives on group liability", *International Company and Commercial Law Review*, 2007, p. 3.

⁹⁹⁹ *Re Southard* [1979] 1 WLR 1198.

¹⁰⁰⁰ Brodie, s. 55.

"İngiliz şirketler hukuku, ilginç sonuçlar doğurabilecek bazı ilginç özelliklere sahiptir. Ana şirket, tümü doğrudan veya dolaylı olarak ana şirketin hissedarları tarafından kontrol edilen bir dizi bağlı şirket kurabilir. Bağlı şirketlerden birisinin ailenin en çelimsizi olduğu ortaya çıkar ve alacaklıların korktuğu gibi borçlarını ödeyemez hale gelirse ana şirket ve diğer bağlı şirketler hiçbir sorumluluk üstlenmeksizin ortaklarının refahını arttırmaya devam edebilir"

Şirketler topluluğunun ortaya çıkardığı sorunlarla ilgili olarak gündeme getirilen yaklaşımlardan birisi tek ekonomik birim doktrindir (*Single Economic Unit Doctrine*). Yukarıda ABD hukukunda bahsi geçen *Berle*'ün işletme teorisinden dolaylı olarak etkilenen tek ekonomik birim yaklaşımı çok şirketli yapılanmalara – özellikle de şirketler topluluğuna – özgü bir yaklaşım olarak geliştirilmiştir¹⁰⁰¹. Kısaca ifade etmek gerekirse bu yaklaşım belirli koşullar altında şirketler topluluğuna dâhil ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketler arasında bu ayrılığın göz ardı edilmesi ve tüm topluluğun tek bir yapı olarak kabul edilmesi gerekliliğini belirtmektedir. Buna göre hukukun kabul ettiği şekli gerçeklik bir kenara bırakılmakta ve hakikatte var olan ekonomik gerçeklik esas alınmaktadır.

İngiliz hukukçu ve yargıçlar tarafından tek ekonomik birim doktrini olarak adlandırılan bu görüşün ortaya çıkmasına etki eden temel sebep *Salomon* kararıyla birlikte benimsenen katı ayrılık yaklaşımının şirketler topluluğu söz konusu olduğunda sorunlu sonuçlara yol açmasıdır. Dolayısıyla şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ekonomik gerçekliğe odaklanılmasını ve perdenin kaldırılmasında daha esnek olunmasını öneren farklı düşünceler de ortaya çıkmıştır. Bu bakış açısına göre işlerini bir grup olarak yürüten ve kazançlarını bir grup olarak kazanan topluluk yapılarına münferit şirketler olarak değil bir grup olarak yaklaşılmalıdır¹⁰⁰².

3.3.2.2.1. Tek Ekonomik Birim Yaklaşımının Ortaya Çıkışı

Özellikle tanınmış yargıç Lord J. Denning'in bu yaklaşımın temellendirilmesindeki katkıları oldukça önemlidir. Emsal niteliğindeki *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets LBC* ¹⁰⁰³ kararındaki düşünceleri günümüzde hala etkileri hissedilen bir tartışmanın başlamasına yol açmıştır. Bahsi geçen dava bir borç – alacak ilişkisine dayanmadığı ve sorumluluğun topluluk hâkimine ithafı gibi talepler içermediği için esasında tipik bir perdenin kaldırılması davası olarak

¹⁰⁰¹ **Cheng**, s. 389, dn. 414. Bu teorisin babası sayılan Yargıç Lord Denning D.H.N kararında Laurence Gower'ın *Modern Company Law* 216 (3d. ed. 1979) isimli eserine atıfta bulunmuştur. Buna karşılık Laurence Gower'ın görüşlerini Profesör Berle'ün *The Theory of Enterprise Entity* isimli çalışmasına dayandırdığı görülmektedir. Dolayısıyla yukarıda ABD hukuku altında detaylı olarak incelediğimiz *Berle*'ün işletme teorisi İngiliz "tek ekonomik birim" (*single economic unit*) teorisinin ortaya çıkışında da etkili olmuştur.

¹⁰⁰² **Hannigan**, s. 55.

¹⁰⁰³ *D.H.N. Food Distributors Ltd. (In Liquidation) v Tower Hamlets London Borough Council*, Court of Appeal, (1976) 32 P. & C.R. 240

nitelendirilemez ancak bir topluluğun tek ekonomik birim olarak ele alınmasında dikkate alınması gereken kıstasları ortaya koyduğu için önemlidir.

Dava konusu olaydan kısaca bahsetmek gerekirse söz konusu topluluk *DHN Food Distributors Ltd* isimli bir ana şirket ile *DHN Food Transport Ltd* ve *Bronze Investments Ltd.* isimli iki tam hâkimiyet altında yavru şirketten (*wholly-owned subsidiaries*) oluşmaktadır. İşletme faaliyetlerinin yürütülmesinde kullanılan araçlar bağlı şirketlerden *DHN Food Transport Ltd.* üzerine kayıtlıyken, taşınmazlara diğer bağlı şirket *Bronze Investments Ltd.* maliktir. Bütün şirketlerin yöneticileri aynı kişilerdir. Yerel belediyenin taşınmazları kamulaştırma isteğinden dolayı topluluğa dâhil bütün şirketler tasfiye sürecine girmiştir. Belediye malik olan *Bronze Investments Ltd.*'ye sadece taşınmazın bedelini ödemek istemiş bu şirketin herhangi bir işletme faaliyeti olmadığını gerekçe göstererek Arazi Tazmin Yasası (*Land Compensation Act 1961*) gereğince öngörülen ticari faaliyetlerin kesintiye uğramasından kaynaklanan zararı tazmin etmek istememiştir. Diğer taraftan topluluk üyesi diğer şirketlerin de taşınmaz üzerinde bir menfaatleri olmadığını dolayısıyla bunların da kanun hükmü gereğince tazminata hak kazanmadıklarını gerekçe göstererek bunlara da tazminat ödemeyi reddetmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık işletmenin, taşınmazların ve iş için kullanılan araçların aynı mülkiyet yapısı altında olup olmadığının tespitine odaklanmıştır. Buna göre eğer tek bir malikin varlığı kabul edilirse topluluk hem taşınmazlar hem de kesintiye uğrayan işletme faaliyetleri için tazminata hak kazanacaktır¹⁰⁰⁴.

Belediyenin itirazlarını haklı bulan yerel mahkemenin kararı bütün topluluğun esasında tek bir ekonomik birim oluşturduğunu belirten İstinaf Mahkemesi (*the Court of Appeal*) tarafından bozulmuştur. Kararda Lord Denning bütün bağlı şirketlerin tek ortağının hâkim şirket olduğuna ve dolayısıyla tam hâkimiyet altında olduklarına dikkati çekmektedir:

“Bu bağlı şirketler ellerinden ve ayaklarından hâkim şirkete bağlanmıştır ve hâkim şirket ne derse onu yapmak zorundadır... Bu topluluk neredeyse üç şirketin bir araya gelerek oluşturduğu bir adi ortaklık (*partnership*) gibidir¹⁰⁰⁵. Teknik detaylara takılarak bunların ayrı birer şirket olduğunu kabul etmek ve o şekilde muamele etmek doğru değildir. Hakettikleri tazminattan mahrum bırakılmamalıdır. Mevcut şartlar altında ortada üç şirket olsa da aslında tek bir şirket olduğu ve bu tek şirketin de esasında topluluk hâkimi D.H.N. olduğu kabul edilmelidir.”

Salomon kararıyla birlikte neredeyse sorgulanamaz bir ilke haline gelen ayrılık kuralı (*entity law approach*) ile ilgili geleneksel yaklaşım dikkate alındığında Lord Denning'in bu

¹⁰⁰⁴ Rixon, F.G., “Lifting The Veil Between Holding And Subsidiary Companies”, *Law Quarterly Review*, 1986, sh. 1.

¹⁰⁰⁵ *Partnership* (adi ortaklık) genelde eşitler arasında kurulan bir ilişkidir. Bu sebeple ilk cümlede belirtildiği üzere mutlak kontrol altındaki bağlı şirketlerle hâkim şirket arasındaki ilişkinin *partnership* olarak nitelendirilmesinin oluşturduğu çelişki kararın eleştirildiği konulardan birisidir. **Cheng**, s. 391.

yaklaşımı devrim niteliğindedir. Bu karara göre tam hâkimiyetin varlığı ve buna bağlı olarak bağlı şirketlerin kendi işletme menfaatlerini takip edecek muhtariyete sahip olmamaları topluluğun gerçekte tek bir birim olduğuna karar verilebilmesi açısından önemli bir göstergedir. Diğer taraftan bu talebi haklı kılan zorlayıcı bir sebebin varlığı da aranmaktadır. Dolayısıyla adil bir çözüme ulaşmak için genel kural olan ayrılık kuralından taviz vermenin ve topluluğu tek bir birim olarak kabul etmenin zorunlu olması gerekmektedir¹⁰⁰⁶.

Ancak bu karar topluluğun gerçekte tek bir birim olduğuna karar verilebilmesi için aranacak koşulları ortaya koymamaktadır. Bu olayda aynı işletme faaliyetinin yürütülmesi kapsamında topluluk şirketleri arasında mümkün olan en üst seviyede, mutlak bir entegrasyon kurulmuştur. Bağlı şirketlerin hâkim şirket dışında bir pay sahibi bulunmamakta, bütün şirketler aynı yöneticiler tarafından idare edilmekte, şirketler aynı işletme faaliyetini ortak bina ve taşınmazlar üzerinde yürütmekte ve topluluk hâkimi bağlı şirketleri de bağlayacak şekilde hukuki işlemlerde bulunabilmektedir. Topluluk hâkiminin bağlı şirketler üzerindeki kontrolünün etkin olduğu ancak entegrasyon seviyesinin daha alt seviyede olduğu bir topluluk söz konusu olsaydı aynı sonuca ulaşıp ulaşılmayacağı açık değildir. Bu anlamda *D.H.N.* kararı hangi seviyedeki bir kontrolün şirketler topluluğunu tek ekonomik birim haline getireceğini açıklamaktan uzaktır¹⁰⁰⁷.

Bu kararlar birlikte gündeme gelen tek ekonomik birim yaklaşımının yerleşik bir uygulama haline gelmesi için gerekli olan uygulama sürekliliği sağlanamamıştır ABD mahkemelerinin izlediği yolu İngiliz mahkemeleri takip etmemiştir.

3.3.2.2.2. Tek Ekonomik Birim Yaklaşımının Reddi

D.H.N. kararı sonrasında İngiliz yüksek mahkemeleri tek ekonomik birim yaklaşımına karşı bir tutum takınarak bu teorinin gelişimini engelleyecek nitelikte kararlar almıştır. O tarihte en üst derece mahkemesi olarak temyiz makamı olan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) *D.H.N.* kararıyla ilgili düşüncesini iki yıl sonra verdiği 1978 tarihli *Woolfson v Strathclyde Regional* kararının gerekçesinde açıklamıştır¹⁰⁰⁸. Yüksek mahkeme burada net bir şekilde tek ekonomik birim yaklaşımını reddetmiş ve istinaf mahkemesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini yanlış bir şekilde uyguladığını belirterek bu teorinin ancak bir şirketin gerçeği gizlemek için bir paravan/perde (*mere façade*) olarak kullanıldığı durumlarda uygulanabileceğine hükmetmiştir.

¹⁰⁰⁶ Kershaw, D., **Company Law in Context: text and materials**, Oxford : Oxford University Press, 2012, sh. 64.

¹⁰⁰⁷ **Cheng**, s. 390.

¹⁰⁰⁸ *Woolfson v Strathclyde Regional Council* 1978 S.C. (H.L.) 90. Bkz. Lord Keith'ingörüşü.

Bu karardan sonra 1989 yılında verilen diğer bir önemli karar olan *Adams v Cape Industries plc* kararında tek ekonomik birim kıstası tekrar tartışma konusu edilmiştir¹⁰⁰⁹. Teoriyi tamamen reddeden *Woolfson v Strathclyde Regional* kararındaki yaklaşımı terk eden istinaf mahkemesi çok kısıtlı bir kapsamda olsa da tek ekonomik birim teorisinin varlığını tanımıştır. Ancak bu tanımanın uygulamada ciddi bir etkisinin olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Karara konu olayda bağlı şirketin hukuk alanında zuhur eden sorumluluğun hâkim şirket veya şirketlere yöneltilip yöneltilemeyeceği tartışma konusu yapılmıştır. Burada topluluğun en tepesinde asbest madenciliği ve ticareti yapan İngiliz şirketi *Cape* topluluk hâkimi, ona bağlı olarak dünya genelinde pazarlama faaliyetleriyle sorumlu yine bir İngiliz şirketi olan *Capasco* ara hâkim şirket ve grubun ABD'deki pazarlama faaliyetlerinden sorumlu iştiraki olan *NAAC* ise bağlı şirket olarak bulunmaktadır. *Cape* ve bağlı şirketleri ABD'de Texas mahkemeleri önünde yüzlerce kişi tarafından asbest ticaretinin sebep olduğu sağlık sorunları sebebiyle dava edilmiştir. İngiliz şirketleri *Cape* ve *Capasco* Texas mahkemesinin yargı yetkisi olmadığı itirazında bulunmuşlardır. Bu arada dava devam ederken topluluk hâkimi *Cape*, davanın odağında bulunan ABD'li bağlı şirketi *NAAC*'i yeniden yapılanma gerekçesiyle tasfiye etmiş ve bu şirketin yerine yeni bir şirket kurmuştur. Daha sonra da ABD'deki asbest işini tamamen devretmiş ve böylece bu ülkede kendisiyle ilişkilendirilebilecek hiçbir malvarlığı bırakmamıştır. Sonuç olarak davayı kazanan davacılar Texas mahkemesinden aldıkları kararı topluluk hâkimi *Cape*'in İngiltere'de bulunan malları üzerinden icra ettirmeye çalışmışlardır¹⁰¹⁰. Çözüme ulaştırılması gereken temel mesele topluluk hâkimi *Cape*'in, ABD'li bağlı torun şirketi *NAAC* münasebetiyle ABD'de faaliyette bulunmuş sayılıp sayılmayacağına odaklanmıştır.

Bu sorunun cevabını arayan İngiliz mahkemesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi üzerinden meseleyi irdlemiştir¹⁰¹¹. Bu kapsamda kararda topluluk üyelerinin tek ekonomik birim oluşturup oluşturmadıkları, bağlı şirketlerin paravan şirket olarak kullanılıp kullanılmadıkları ve bunların hâkim şirketin temsilcisi olup olmadığı araştırılmıştır. Dolayısıyla mahkeme tek ekonomik birim (*single economic unit*), paravan şirket (*mere façade*) ve temsil (*agency*) teorilerinin uygulanma kabiliyeti bulunup bulunmadığını ve bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılamayacağını ayrı ayrı değerlendirmiştir. Tek ekonomik birim yaklaşımıyla ilgili olarak mahkeme tutucu bir tavır almıştır. Yargıç Lord Slade kararında şirketler

¹⁰⁰⁹ *Jimmy Wayne Adams & Ors. v Cape Industries Plc & Capasco Ltd.* 1989 WL 651250

¹⁰¹⁰ **Dignam/Lowry**, s. 37; Griffin, Stephen.: "Holding companies and subsidiaries - the corporate veil", **Company Lawyer**, Vol. 16, 1991.

¹⁰¹¹ **Dignam/Lowry**, s. 37.

topluluğunun sahip olduğu farklı özellikleri dikkate almayarak ayrılık ilkesini katı bir şekilde uygulama yoluna gitmiştir.

“...Mahkeme sırf adalet öyle gerektirdi diye *Salomon* prensiplerini göz ardı etme özgürlüğüne sahip değildir. İyi veya kötü, hukukumuz bağlı şirketlerin kurulmasına müsaade etmiştir. Bunlar bir anlamda kurucuları ana şirketin bir eseri (veya yarattığı - *creature*) olsa da bunların genel hukuk kurallarına göre hak ve yükümlülüklerle sahip bağımsız tüzel kişiliklerden hiçbir farkı yoktur. Bu sebeple hukuk bunlara da aynı şekilde muamele edecektir.”

Tek ekonomik birim teorisiyle ilgili olarak da bu yaklaşımın uygulanma kabiliyeti olmadığına şu ifadelerle kanaat getirmiştir:

“Cape Group’un kuruluş ve faaliyetleriyle ve Capasco ve N.A.A.C. şirketleriyle olan ilişkileriyle ilgili olarak D.H.N. davasında Lord Denning tarafından kabul edilen yaklaşımın ne kadar çekici olduğunun farkındayız...”

Ancak karar verirken teknik bir mesele olduğunu belirterek şirketler arasındaki ayrılığı reddetme yetkisine sahip değiliz. Bu anlamda Yargıç Lord Robert Goff’un aşağıya alıntılanan *Tokyo Ltd. v. Karoon (1987) A.C. 45 (at p. 64)* kararındaki yaklaşımını kabul ediyoruz:

“(davacı vekili) aldatıcı bir şekilde hâkim şirketle bağlı şirket arasında bir ayırım yapmamızın teknik bir yaklaşım olacağını, bunların ekonomik olarak birlik oluşturduklarını ileri sürmüştür. Ancak bizim işimiz ekonomiyle değil hukukla alakalıdır. İkisi arasında ayırım yapmak zorunlu olup bir bağlantı kurmak mümkün değildir.”

Dolayısıyla *Adams v Cape* kararında mahkeme güçlü bir şekilde hukuki şekilciliğin ekonomik gerçekliğe tercih edileceğini teyit etmiştir. Tek ekonomik birim yaklaşımının tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu kılma konusunda uygulama kabiliyeti olmadığını belirterek bu yaklaşımın ancak taraf tesbitiyle ilgili olmak üzere bir kanun veya sözleşmenin yorumlanmasıyla sınırlı olarak uygulama yeri bulabileceği sonucuna varmıştır¹⁰¹².

3.3.2.2.3. Tartışmanın Yeniden Alevlenmesi

Diğer taraftan, *Dignam*’ın da işaret ettiği gibi İngiliz mahkemeleri son zamanlarda şirketler topluluğunun özelliklerini dikkate alan daha gerçekçi kararlar vermeye başlamıştır¹⁰¹³. Bu bağlamda *Beckett*¹⁰¹⁴ ve *Chandler v Cape*¹⁰¹⁵ kararları örnek gösterilebilecek önemli kararlardır. 2007 tarihli *Beckett* kararı doğrudan sorumluluk atfını konu alan bir meseleye çözüm getirmese de ortaya koyduğu yaklaşım itibarıyla oldukça önemlidir. Hatta Lord Denning sonrası dönemde neredeyse hiç uygulanmayan tek ekonomik birim teorisinin bu kararla birlikte yeniden

¹⁰¹² **Davies/Worthington**, s. 218; **Dignam/Lowry**, s. 39.

¹⁰¹³ **Dignam/Lowry**, s. 43.

¹⁰¹⁴ *Beckett Investment Management Group Ltd & ors v Glyn Hall & ors*, Court of Appeal (Civil Division), [2007] EWCA Civ 613

¹⁰¹⁵ *Chandler v Cape Plc*, [2012] EWCA Civ 525.

güçlü bir şekilde gündeme geldiği ifade edilebilir¹⁰¹⁶. Bu karara konu olayda iki bağlı şirket ve bir hâkimden oluşan şirketler topluluğunda, topluluk hâkimi ana şirket Hall isimli şirket çalışanı kişiyle rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen bir sözleşme yapmıştır. Sözleşmenin tarafları sadece gerçek kişi davalı ile topluluk hâkimi olsa da topluluk hâkimi ana şirket esasında bir holding şirket olup hiçbir müşterisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin konusu olan rekabet yasağının pratikte bir anlamı kalmamaktadır. Buna rağmen istinaf mahkemesi (*the Court of Appeal*) tek ekonomik birim kıstasını uygulayarak bağlı şirketleri de söz konusu sözleşmeye taraf olarak kabul etmiştir¹⁰¹⁷. Bu karara imza atan Yargıç Lord Maurice Kay katı ayrılık ilkesini reddederek kendisini saf tüzel kişilik yaklaşımının dar kalıplarıyla bağlı hissetmediğini belirtmiş ve yine Yargıç Lord Denning tarafından karara bağlanan *Littlewoods Organisation Ltd*¹⁰¹⁸ kararındaki şu tespitlere dikkat çekerek üstü kapalı da olsa onun yaklaşımını desteklemiştir: “Bana göre cevap hukukun artık büyük işletmelerin sahip olduğu gerçeklikleri göz önünde bulundurmasıdır. Buna göre hukuk, şirketler grubunu bir hâkimin kontrolü altındaki tek bir birim olarak görmektedir.”

Dolaylı da olsa tek ekonomik birim yaklaşımının uygulama yeri bulduğu bir diğer karar, yetkilerini bugünkü yüksek mahkemeye (*the Supreme Court*) devreden Lordlar Kamarasının (*the House of Lords*) 2009 tarihli *Stone & Rolls Ltd. v. Moore Stephens* kararıdır. Bu davada topluluğa hâkim bir gerçek kişi pay sahibinin hileli hareketi bütün bir topluluğa atfedilmiştir. Dava konusu olayda Stojevic isimli bir şahıs birtakım hileli işlemlerle bankalardan kredi alabilmek amacıyla şirketler hukukunun sağladığı birtakım ayrıcalıklardan faydalanma yoluna gitmiştir. Bu şahsın aile vakfına (*family trust*) bağlı Man adası menşeli bir şirket, davaya taraf *Stone & Rolls* isimli şirketin hâkim ortağı konumundadır. Stojevic şirketin hileli işlemlerine meşruiyet kazandırabilmek için davalı bağımsız denetim şirketi *Moore Stephens* ile anlaşmıştır. Sonuç olarak şirket bankalardan aldığı kredileri ödeyemez hale gelmiş; borca batık bu şirket için tasfiye süreci başlatılmıştır. *Stone & Rolls*’u temsil eden tasfiye memurları şirket üzerinde denetim yapan *Moore Stephens* isimli bağımsız denetim şirketinin bu görevini yerine getirirken özen yükümlülüğünü ihlal ederek şirketin mali anlamda ödeme güclüğü içerisine girdiğini zamanında bildirmediğini, bu sebeple borca batıklık durumunun daha da ağırlaştığını belirterek tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı denetim şirketi bu talebin hukuksuz olduğunu, zira “*ex turpi causa non oritur actio*” ilkesi gereği kimsenin kendi haksız eylemine dayalı olarak haksız fiil

¹⁰¹⁶ Cheng, s. 392.

¹⁰¹⁷ Cheng, s. 393.

¹⁰¹⁸ *Littlewoods Organisation Ltd v Haris* [1977] 1 WLR 1472

tazminatı talep edemeyeceğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla davada karara bağlanması gereken temel mesele hâkim ortağın hilesinin ayrı bir tüzel kişilik olan bağlı şirketin de hilesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Sonuç olarak mahkeme davacı şirketin söz konusu hileli işlemlerin bir mağduru değil aksine faili olduğunu, zira doğrudan herhangi bir paysahipliği olmasa da topluluk yapısına hâkim olan gerçek kişinin gerçekte onun aklı ve iradesi olduğunu belirtmiş ve davanın reddine karar vermiştir. Bu karar şirketle onun parçası olduğu topluluğu, topluluk hâkiminin hukuka aykırı davranışları sebebiyle tek bir birim olarak nitelendirmesi sebebiyle önemli görülmektedir¹⁰¹⁹.

Bununla birlikte bazı kararlarda hileye ilişkin bulguların varlığı da aranmıştır. Mesela 2011 tarihli *Linsen International Ltd v Humpus Sea Transport Pte Ltd* kararında mahkeme kontrolün yeterli olmadığını; şirket yapısının kötüye kullanılmış olmasının da gerekli olduğunu açıkça belirtmiştir. Bunun dışında mahkeme tek ekonomik birim teorisinin bir etki doğurduğunu kabul etmekle birlikte İngiliz hukukunun bir parçası haline gelmediğini de not etmiştir¹⁰²⁰.

“...diğer bir deyişle bir şirket veya şirketler topluluğunun bir şahıs veya aile tarafından yahut da bir holding şirketi tarafından yakından kontrol altında tutuluyor olması yeterli değildir. Başlıbaşına kontrol unsuru yeterli olsaydı, İngiliz mahkemeleri “tek ekonomik birim” kavramını kabul ederlerdi. Hâlbuki mahkemelerimiz sürekli olarak bu yaklaşımı reddetmiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını isteyen davacının sadece kontrol olgusunu ispat etmesi yeterli değildir. Ayrıca şirketin kötüye kullanıldığı veya bir usulsüzlüğü gizleme vasıtası olarak olarak kullanıldığını gösterir bir hukuksuzluğun varlığı da ortaya koyulmalıdır.”

Dolayısıyla geleneksel tüzel kişilik perdesinin kaldırılması dışında şirketler topluluğuna özgü bir teorinin varlığının İngiliz hukukunda kabul gördüğünü ileri sürmek pek de mümkün değildir. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda da geleneksel perdenin kaldırılması davalarında olduğu gibi paravan şirket (*façade*) veya gizleme/kaçınma (*concealment/evasion*) veya hile (*fraud*) olup olmadığı araştırılacaktır. Öyle ki aynı kararda mahkeme, yöneticilerin ortak olması, bağlı şirketin yönetiminin kontrol altında tutulması ve hatta doğrudan topluluk hâkimi tarafından yönetiliyor olması, ortak finans gibi uç örneklerde dahi topluluğun tekliğinden bahisle perdenin kaldırılamayacağını belirtmiştir. Bu muhtemelen, şirketler topluluğu ve onun gündeme getirdiği topluluk tehlikesi gerçekliğinin inkârı noktasında benimsenebilecek en radikal yaklaşımdır.

¹⁰¹⁹ Cheng, s. 394.

¹⁰²⁰ *Linsen International Ltd v Humpus Sea Transport Pte Ltd* High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court , [2011] EWHC 2339 (Comm).

3.3.2.2.2.4. Haksız Fiil Kaynaklı Davalarda Benimsenen Yaklaşım Farkı: Topluluk Hâkiminin Doğrudan Sorumluluğu

Haksız fiil hükümlerine dayalı olarak ana şirketin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumluluğuyla ilgili uygulama tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde yaşanan gerilemenin tam aksi yönde bir ilerleme göstermiştir¹⁰²¹. Genel olarak perdeyi kaldırma teorisini uygulamada isteksiz davranan mahkemeler, son zamanlarda haksız fiil hükümleri temelinde topluluk hâkiminin doğrudan sorumluluğu konusunda tam tersi bir yönde tutum belirlemiştir¹⁰²².

Bu davalar yukarıda değindiğimiz *Adams v Cape* davasına benzer şekilde asbest kaynaklı sağlık sorunlarından dolayı ortaya çıkan ve yine Cape şirketine karşı açılan davalardır. Bu kararlarda ana şirketin bağlı şirketin faaliyetlerini yönlendirme ve gözetme noktasındaki özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle doğrudan sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Her ne kadar kararlarda yapılan işlemin bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması faaliyeti olmadığı ifade edilse de davacı açısından bakıldığında ekonomik olarak aynı sonuca varılmaktadır. Bu sebeple bazı yazarlar haklı olarak doğrudan sorumluluk atfının dolaylı bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması olduğunu ifade etmektedir¹⁰²³.

Bu kapsamda bahsedilmeye değer önemli kararlar verilmiştir. Doğrudan sorumluluğu gündeme getiren *Lubbe v. Cape*¹⁰²⁴ kararı bunlardan ilki olarak ele alınacaktır.

3.3.2.2.2.4.1. Lubbe v. Cape

Karar tarihinde en yüksek mahkeme konumunda olan Lordlar Kamarası (*House of Lords*) taafindan sonuca bağlanan *Lubbe* kararından kısaca bahsetmek gerekirse bu davada da *Adams* kararındakine benzer şekilde, İngiliz mahkemelerinin başka ülke topraklarında meydana gelen bir olayla ilgili yargı yetkisinin olup olmadığı esas sorun olarak tartışılmıştır. Bu kapsamda İngiltere merkezli ana şirket Cape ile Güney Afrika'da faaliyet gösteren bağlı şirket arasındaki bağlantının niteliği ve buna göre İngiliz şirketinin de taraf olup olmayacağı hususu önem kazanmaktadır. Daha da somutlaştırmak gerekirse ana şirket olarak davalının denizaşırı iştiraklerinin uygun sağlık ve güvenlik standartlarına uymasını sağlama sorumluluğu ilk etapta ele alınması gereken konudur. Buna göre davalı ana şirketin, grubun faaliyetlerinin kontrolünde nasıl bir rol oynadığının, yöneticilerinin ve çalışanlarının neleri bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin, hangi

¹⁰²¹ King / Katie, s. 144.

¹⁰²² Petrin/Choudhury, s. 775.

¹⁰²³ King / Katie, s. 145.

¹⁰²⁴ *Lubbe v. Cape Industries plc* [2000] 1 WLR 1545 (HL) 1555

önlemlerin alınıp hangilerinin alınmadığının, davalının yurtdışındaki grup şirketlerinin çalışanlarına karşı bir özen yükümlülüğü olup olmadığının ve eğer öyleyse bu yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekmektedir.

Temyiz başvurusunu inceleyen yargıçlardan Lord Bingham'ın tespitleri bu davada belirleyici olmuştur. Dava konusu olay daha çok görev, yetki, adli yardım gibi gibi usule ilişkin konuları ilgilendiriyor olsa da Lord Bingham topluluk hâkimi ana şirketin kendisine bağlı yabancı ülkede mukim bir başka şirketin faaliyetlerinden dolayı doğrudan sorumluluğuyla ilgili birtakım tespitlerde bulunarak yeni bir yolun ortaya çıkmasında ilk adımı atmıştır¹⁰²⁵.

3.3.2.2.4.2. Chandler v Cape

Topluluk hâkiminin bağlı şirketin haksız fiilinden dolayı doğrudan sorumluluğu konusunun detaylı olarak ele alındığı ilk karar 2012 tarihli *Chandler v Cape plc* kararıdır¹⁰²⁶.

Karara konu olay yine bir asbest kaynaklı sağlık sorunundan dolayı ortaya çıkmıştır. Davalı şirket Cape'in bağlı şirketinin çalışanlarına güvenli bir çalışma ortamı sağlanması konusunda tavsiyede bulunmak veya bunu doğrudan sunmak gibi bir özen yükümlülüğünün olup olmadığı cevabı aranan temel sorudur. Davacı Chandler, elli yılı aşkın bir süre önce Cape *Building Products Ltd* (Cape Products) şirketinde kısa bir süre çalışmasının sonucunda asbestoz hastalığına yakalanmıştır. Dava açıldığı sırada bu şirket artık mevcut olamamakla birlikte, ana şirketi Cape, yani tanınmış asbest üreticisi *Cape Asbestos plc*, hala varlığını sürdürmektedir. Alt derece mahkemesi 14 Nisan 2011 tarihinde Cape'in davacı Chandler'a karşı herhangi bir temsil ilişkisi (*agency*), kusursuz sorumluluk (*vicarious liability*) veya işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) temelinde değil, Anglo-Amerikan hukukuna (*common law*) özgü bir kavram olan sorumluluğun üstlenilmesi (*assumption of responsibility*) temelinde sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁰²⁷. Cape bu karara karşı temyize başvurmuştur.

Bir üst mahkeme olan istinaf mahkemesi (*Court of Appeal*) incelemesini sorumluluğun üstlenilmesi kavramı üzerinde yoğunlaştırmıştır. Bu kapsamda ana şirket ile bağlı şirket

¹⁰²⁵ King / Katie, s.: 155.

¹⁰²⁶ *Chandler v Cape Plc*, [2012] EWCA Civ 525.

¹⁰²⁷ Sorumluluğun üstlenilmesi (*assumption of liability*) bir üçüncü kişiyle aralarındaki özel ilişkiye dayalı olarak onu kontrolden sorumlu olan bir kişinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden veya bu konudaki ihmalden kaynaklanan bir sorumluluk hali olarak ifade edilebilir. Bu yönüyle Türk Borçlar Kanunu'nda özen yükümünden kaynaklanan kusursuz sorumluluk halleri kapsamında düzenleme altına alınan adam çalıştırının sorumluluğuna (TBK m. 66) benzetilmektedir.

arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. Mahkeme bunlar arasındaki ilişkiyle ilgili şu tespitlerde bulunmuştur:

- 1) Topluluk hâkimi Cape, Cape Products'ın Uxbridge'de ayrı bir yönetim altında Asbestolux'ün üretimi, satışı ve idaresi konusunda yetkilendirilmesini onaylamıştır;
- 2) Cape Products'ın yönetim kurulunda her zaman Cape'in atadığı bir veya iki yönetim kurulu üyesi bulunmuştur;
- 3) Cape Products'ın çoğu yönetim kurulu toplantısı Cape Grubun merkezinde yapılmıştır;
- 4) 1956 yılında Cape, Uxbridge'de bulunan asbest işiyle ilgili malvarlığını Cape Products'a devretmiş ve şirketin adı Cape Building Products olarak değiştirilmiştir;
- 5) Cape'in yönetim kurulu toplantı tutanakları incelendiğinde hâkim şirketin bağlı şirket Cape Building Products'ı grubun bir parçası olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca bu tutanaklara göre topluluk hâkimi Cape, Cape Building Products'ın asbest üretimini artırmasına onay vermiştir.

Bu bulgular ışığında mahkeme Cape ile Cape Building Products arasındaki ilişkinin kiralayan ve kiracı arasındaki ilişkiye benzer mesafeli bir ilişki olarak kalabileceğini ancak bunun gerçekleşmediğini ve yavaş ama emin adımlarla Cape Products'ın, Cape tarafından yönetilen entegre bir şirketler grubunun parçası haline geldiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Yargıç Lady Arden hâkim şirketin elinde olmasına rağmen bağlı şirkete bir bölümü, şubesi veya departmanı gibi davranmadığını ve onun bağımsız tüzel kişiliğini ortadan kaldıracak şekilde hareket etmediğini vurgulamıştır. Bağlı şirket kendi malvarlığına sahiptir ve üçüncü kişilerle olan satış ve diğer işlemlerle kendisi ilgilenmektedir. Mesela, Nippon Asbestos Company isimli bir Japon şirketiyle “Cape'in onayı saklı kalmak kaydıyla” bir lisans anlaşması yapmıştır. Mahkemeye göre bu anlaşmayla ilgili yönetim kurulu kararı, bu şirketin bir şirketler topluluğunun entegre olmuş bir üyesi olarak kendi menfaatleriyle birlikte şirketin bağlı olduğu grubun menfaatlerini de düşündüğünü göstermektedir. Bununla birlikte topluluk hâkiminin de uygulamada bağlı şirketlerin menfaatlerini tamamen göz ardı eder bir şekilde davranmadığını, mesela Uxbridge tesislerinde yaşanan üretimle ilgili bir sorunun çözülmesi için çaba gösterdiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte mahkeme topluluk hâkimi Cape'in bağlı şirketinin çalışanlarına karşı özen borcunun (*duty of care*) bulunup bulunmadığını araştırmıştır¹⁰²⁸. Bu kapsamda daha önce

¹⁰²⁸ İngiliz hukukunda özen borcu (*duty of care*) makul ve tedbirli bir insanın benzer durumlarda alabileceği kararlar esas alınarak belirlenmektedir. Bkz. **Kara**, s. 161.

verilmiş *Caparo* kararında uygulanan testin unsurlarının yol gösterici olacağı belirtilmiştir¹⁰²⁹. Buna göre özen borcunun varlığı için aranması gereken şartlar, öngörülebilirlik (*foreseeability*), yakınlık (*proximity*) ve sorumluluk ithafının hakkaniyetli, adil ve makul (*fair, just and reasonable to impose liability*) olması olarak sayılmıştır. Bu çerçevede bir değerlendirme yapan Yargıç Lady Arden çok şirketli yapılarla ilgili olarak sorumluluğun şartlarını şu şekilde somutlaştırmıştır:

“...Özet olarak, bu dava uygun koşullarda hukukun bir ana şirkete kendisine bağlı yavru şirketin çalışanlarının sağlık ve iş güvenliğiyle ilgili olarak sorumluluk yükleyebileceğini göstermektedir. Bu koşullar mevcut davada olduğu gibi, (1) ana şirket ve bağlı şirketin işletme faaliyetlerinin önemli oranda aynı olması; (2) ana şirketin söz konusu faaliyetin sağlık ve güvenlikle alakalı yönleri hakkında ileri düzeyde bilgiye sahip olması veya bu yönde haklı bir beklentinin varlığı; (3) bağlı ortaklığın çalışma sisteminin güvenli olmadığına ana şirket tarafından biliniyor olması veya bunu bilebilecek bir konumda olması ve (4) ana şirket, bağlı şirket veya çalışanlarının işçilerin korunması için söz konusu ileri bilginin kullanıldığına yönelik güvenlerini bilmesi veya bunu öngörebilmesidir. Bu koşullardan dördüncüsüyle ilgili olarak ana şirketin özellikle bağlı şirketin işçi sağlığı ve güvenliği politikalarına müdahil olduğunu göstermek şart değildir. Mesela eldeki deliller ana şirketin üretim ve finansman gibi konularda bağlı şirketin ticari operasyonlarına müdahale ettiğini gösteriyorsa Mahkeme (4)’üncü koşulun gerçekleştiğini kabul edebilir...”

Somut olgular üzerinden bir değerlendirme yapan mahkeme sonuç olarak sorumluluğun üstlenilmesi (*assumption of responsibility*) için gerekli olan şartların oluştuğu sonucuna varmıştır. Sonuç olarak İngiliz mahkemeleri bu davada yukarıda ele aldığımız benzer nitelikteki *Adams v. Cape* kararından farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Bir bakıma hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrolü sebebiyle doğrudan sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Özellikle yukarıda alıntılanan (4) no’lu koşulla ilgili yapılan açıklamada topluluk hâkiminin somut olarak kontrol yetkisini bağlı şirketin işçi sağlığı ve güvenliği politikalarıyla ilgili olarak kullanıp kullanmadığının araştırılmasına gerek olmadığı yönündeki kabulü bir yerde kontrolün varlığının doğrudan sorumluluk için yeterli olduğu yönünde bir tespitle bulunmayı mümkün kılmaktadır. Bu durum bazı hukukçular tarafından Lord Denning’in kararlarının bir etkisi olarak gösterilse de mahkeme açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin kararlarında bir etkisi olmadığını ifade etmiştir¹⁰³⁰. Bununla birlikte kontrol uygulamalarının somut olay üzerinden etkileri değerlendirilmiştir. Diğer bir deyişle mahkeme genel olarak topluluğun yapısal özellikleri

¹⁰²⁹ *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605

¹⁰³⁰ Yargıç Lady Arden’in şu sözleri bu anlamda oldukça ilginçtir: “Bu mahkemenin genellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak belirtilen yaklaşımı reddettiğini açık bir şekilde ifade etmek isterim. Bağlı şirket ve hâkimi bağımsız kuruluşlardır. Sadece bir şirketin diğerine hâkim olması sorumluluk ithafı için yeterli değildir.”

üzerinden bir inceleme yapmamış; sadece kontrol gücünün ne ölçüde somut zararın ortaya çıkmasında etkili olduğunu araştırmıştır¹⁰³¹.

3.3.2.2.4.3. Vedanta Res. plc v. Lungowe

İngiliz Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) *Chandler* kararındaki uygulamasını 2019 tarihli *Vedanta* kararında daha da genişletmiştir¹⁰³². Bu karara konu olayda da İngiltere merkezli çok uluslu bir şirketler topluluğunun yurtdışında bulunan bağlı şirketlerinin faaliyetleri sebebiyle sorumluluğu meselesi gündeme gelmiştir.

Kararın konusu İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisiyle ilgili usule ilişkin bir temyiz başvurusudur. Dava, Zambiya'daki Nchanga Bakır Madeni'nden ("Maden") yayıldığı iddia edilen zehirli atıklarla ilgilidir. Davacılar (temyiz başvurusunun davalıları), Zambiya'da yaşayan yaklaşık 1.826 Zambiya vatandaşıdır. Chingola Bölgesinde bulunan kırsal tarım topluluklarının çok yoksul üyeleri olan bu kişiler açık tarıma bel bağlamış durumdadır. Bu sebeple içme ve ürünlerini sulamak için su kaynaklarını kullanmaktadır. Söz konusu madenden bu suyollarına zehirli madde boşaltılması nedeniyle sağlık sorunları yaşadıklarını ve çiftçilik faaliyetlerinin zarar gördüğünü iddia etmektedirler. Madenin sahibi ikinci davalı olan Konkola Copper Mines plc'dir ("KCM"). Zambiyalı bir şirket olan KCM'nin nihai topluluk hâkimi olan ana şirket Vedanta Resources PLC (Vedanta) şirkettir. Bu şirket Birleşik Krallık'ta kurulmuş ve burada mukimdir.

Zambiya hükümeti KCM'de önemli bir azınlık hissesine sahip olmakla birlikte eldeki bilgiler Vedanta'nın uygulamada KCM üzerinde mutlak hâkimiyet kurduğunu göstermektedir. Davacılar bu şirketlerin sebep olduğu çevre kirliliği sebebiyle uğradıkları zarardan dolayı İngiliz mahkemeleri önünde haksız fiile dayalı olarak tazminat davaları açmıştır. Hem Vedanta hem de KCM yargı yetkisine itiraz etmek için başvuruda bulunmuştur. İlk derece ve temyiz mahkemesi bu itirazı reddetmiştir. Her iki taraf da Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme İngiltere'nin bu dava için doğru yer olup olmadığını incelerken işin esasına da girerek Vedanta'nın sorumluluğu konusunda da birtakım tespitlerde bulunmuştur.

Bizim açımızdan altı çizilmesi gereken konu İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin *Chandler*'da ki uygulamasına nazaran daha da esnek bir test uygulaması ve şirket çalışanları dışında şirketin faaliyetlerinden dolayı olarak etkilenen üçüncü şahısların taleplerini de makul ve kabul edilebilir

¹⁰³¹ King / Katie, s. 159.

¹⁰³² Vedanta Res. plc v. Lungowe [2019] UKSC 20, 10 April 2019

bulmasıdır. Yukarıda da değinildiği gibi *Chandler*'da Yüksek Mahkeme *Caparo* davasındaki içtihadı doğrultusunda bir test benimsemiş ve sorumluluğun üstlenilmesi için öngörülebilirlik (*foreseeability*), yakınlık (*proximity*) ve hakkaniyet (*fair, just and reasonable to impose liability*) şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmıştı. *Vedanta*'da ise bundan farklı olarak ana şirketin sorumluluğu bir başka şirketin eylemlerinden dolayı sorumluluk olarak değil kendi ihmaliinden dolayı ortaya çıkan bir haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla burada artık başka bir bağlı şirketin sorumluluğunun sirayetinden çok bizzat ana şirketin kendi ihmaliinden kaynaklanan bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Bu sebeple *Chandler* davasındaki üçlü testin yakınlık ve hakkaniyet unsurları analize dâhil edilmeksizin bir değerlendirme yapılmıştır¹⁰³³.

“...Mevcut davada cevaplanması gereken kritik soru, Vedanta'nın, bağlı şirket KCM'ye ait madenin yönetimine etkin bir şekilde müdahale ederek, davacılar karşı (kusursuz sorumluluktan ziyade) bizzat kendisinin bir özen yükümlülüğü (*a common law duty of care*) üstlenip üstlenmediğidir. Vedanta'nın civarda yaşayan, çiftçilik yapan ve çalışan kişilere karşı özen yükümlülüğü doğurması için gerekli olan madenin yönetimine müdahale düzeyi (kabul edildiği üzere) Zambiya hukukunun bir meselesidir, ancak mevcut davada bu düzeyde bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu tamamen olgusal bir meseledir.

...Her şey ana şirketin hangi düzeyde ve hangi yolla bağlı şirketin yönetimini devralmak, müdahale etmek, kontrol etmek, denetlemek veya (arazi kullanımı da dâhil) ilgili faaliyetleriyle alakalı olarak tavsiyelerde bulunmak konusuna girdiğine bağlıdır.”

Bu tespitlerde bulunan Mahkeme 2018 tarihli *AAA v. Unilever plc*¹⁰³⁴ kararına atıfla şirketler topluluğunda ana şirketin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumluluğunu öngören genel kurallardan farklı bir sorumluluk kategorisi getirilmediğini vurgulamış ve *Chandler*'daki uygulamanın da buna bir istisna olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan haksız fiil sorumluluğu ana şirket – bağlı şirket ilişkisi söz konusu olduğunda da geçerlidir; ancak aynı kurallar geçerli olmakla birlikte ana şirketin başka bir üçüncü şahsa kıyasla kontrolü altındaki bir bağlı şirkete müdahalede bulunma ihtimali ve bu müdahalenin kapsamı daha geniş olacaktır.

Yüksek Mahkeme diğer taraftan sırf topluluk düzeyinde birtakım kural ve yönergelerin belirlenmiş olmasını üçüncü kişilere karşı sorumluluğun doğması için yeterli görmemiştir. Bununla birlikte eğer ana şirket sadece kural koymamış, eğitim, denetim veya icbar yoluyla bu kuralların uygulanması için etkin adımlar atmışsa özen yükümlülüğü ortaya çıkar. Benzer şekilde ana şirket eğer yayınlanmış birtakım belgelerde kendisine bağlı şirketler üzerinde böyle bir

¹⁰³³ King / Katie, s. 162.

¹⁰³⁴ *AAA v Unilever plc* [2018] EWCA Civ 1532,

gözetim ve kontrol uyguladığı intibamı uyandırıyorrsa gerçekte böyle bir uygulamada bulunmasa dahi sorumlu tutulabilir. Bu açıklamalar ışığında Mahkeme Vedanta'nın önemli bir kontrol gücüne sahip olduğunu, yazılı ve ilan edilmiş materyallerde buna ilişkin kayıtların bulunduğunu dahası KCM'nin faaliyetlerine müdahalelerde bulunduğunu belirterek özen yükümlülüğünün doğduğu sonucuna varmıştır¹⁰³⁵.

Bu kapsamda doğrudan sorumlulukla ilgili analizin merkezine artık kontrol ve bu kapsamda yapılan müdahalelerin niteliğinin oturtulduğu söylenebilir. Bu suretle *Chandler*'daki yaklaşımın terkedildiği ve ona göre daha esnek bir yaklaşımın benimsendiği; böylelikle muğlak olduğu gerekçesiyle eleştirilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına benzer bir sonuca varıldığı ifade edilmektedir¹⁰³⁶. Öte yandan mahkeme, her ne kadar doğrudan tek ekonomik birim yaklaşımına dayanmamışsa da bağlı şirketin mali durumuyla ilgili tespitlerinin davanın kabulü yönünde ulaştığı sonuç açısından belirleyici olduğu görülmektedir. *Vedanta* bu yönüyle de geleneksel yaklaşımdan farklılaşan bir karar olmuştur¹⁰³⁷.

3.3.2.2.2.4.4. Okpabi v. Royal Dutch Shell plc.

Son olarak 2021 yılında verilen *Okpabi v. Royal Dutch Shell plc.* kararında İngiliz Yüksek Mahkemesi *Vedanta*'da koyduğu ilkeleri teyit etmiştir¹⁰³⁸. Bu davanın olguları da *Vedanta* davasıyla benzerlikler içermektedir. Nijerya'da faaliyet gösteren *Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* ("SPDC") isimli bir bağlı şirketin sorumlu olduğu boru hattından kaynaklanan petrol sızıntısı çevre kirliliğine yol açmış ve yakın çevrede bulunan çok sayıda davacının su kaynaklarının ve tarım alanlarının zarar görmesine sebep olmuştur. Nijerya'da tescilli bu şirket devlet iştiraki Nigerian National Petroleum Corporation ("NNPC"), Total E&P Nigeria Ltd (eski Elf Petroleum Nigeria Ltd ve Total'in bir bağlı şirketi, "Total E&P"), Nigerian Agip Oil Company ("NAOC", ENI'nin bağlı şirketi) şirketleriyle bir *joint venture* kurmuş ve bu ortaklık adına petrol boru hattı ve tamamlayıcı tesisleri işletmiştir. İsmi geçen şirketlerin katılım payları şu şekildedir: NNPC - 55%, Total E&P - 10%, NAOC - 5%, and SPDC 30%.

Söz konusu boru hattını işleten SPDC'nin ana şirketi çok uluslu Shell şirketler topluluğunun nihai hâkimi konumunda olan Birleşik Krallıkta mukim Royal Dutch Shell Plc ("RDS") isimli şirkettir. Dava SPDC ve RDS aleyhine İngiliz mahkemeleri önünde açılmıştır.

¹⁰³⁵ Kara, s. 177, 178.

¹⁰³⁶ King / Katie, s. 163.

¹⁰³⁷ Kara, s. 178.

¹⁰³⁸ *Okpabi v. Royal Dutch Shell plc* [2021] UKSC 3

Davacılar RDS hakkında açtıkları davada bu şirketin kendilerine karşı özen borcunun (*a common law duty of care*) oluştuğunu; çünkü RDS'nin SPDC'nin önemli işleri üzerinde kayda değer nitelikte kontrol uyguladığından onun faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun yanında RDS zorlayıcı nitelikte sağlık, güvenlik ve çevrenin korunmasıyla ilgili kurallar koyarak yayınlamasına rağmen bu önlemler başvuru sahiplerini SPDC'nin faaliyetlerinden kaynaklanan öngörülebilir tehlikelere karşı korumada yetersiz kalmıştır.

Bu kapsamda esasında yetki konusuyla ilişkili olarak yapılan temyiz başvurusunun konusu İngiltere'de mukim bir ana şirketin davacılar karşı özen borcunun (*a common law duty of care*) ve buna bağlı olarak İngiliz mahkemeleri önünde ileri sürebilecek bir davanın olup olmadığıdır.

Vedanta kararından kısa bir süre sonra verilen bu kararda da Yüksek Mahkeme *Vedanta* ile benimsediği esnek yaklaşımını daha da açıklayarak teyit etmiştir. Davacılar *Vedanta*'ya atıfla topluluk hâkimi RDS'nin sorumluluğunun doğduğunu gösterme adına dört hususu ileri sürmüştür. Bunlar kısaca:

- (1) RDS, söz konusu ticari faaliyetle ilgili olarak SPDC'nin karar verme ve yönetme (veya birlikte yönetme) faaliyetlerini üstlenmiştir;
- (2) RDS yetersiz tavsiyelerde bulunmuş ve/veya topluluk çapında güvenlik / çevre politikalarıyla ilgili kurallar koymuştur. Bu kusurlu tavsiye ve kurallar SPDC tarafından uygulanmıştır;
- (3) RDS topluluk çapında güvenlik/çevre politikaları belirlemiş ve SPDC'nin bunlara uygun hareket etmesini sağlayacak etkili adımlar atmıştır;
- (4) RDS, SPDC üzerinde özel olarak gözetim ve kontrol uyguladığı intibasını (*holding out*) uyandırmıştır.

Karara imza atan yargıçlardan Lord Hamblen bu hususların ilgili başlıklar olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmekle birlikte, bunlara ana şirket – bağlı şirket sorumluluk ilişkileri konusunda benimsenen ayrı bir testin unsurları şeklinde bir anlam yüklenmemesi gerektiğinin altını çizmektedir. Özen yükümlülüğünün ihlaliyle ilgili genel kurallar ana şirket – bağlı şirket bağlamında da uygulanacaktır. Dolayısıyla ana şirket – bağlı şirket kapsamında özel kategoriler

belirleyerek bunlara özgü birer araç belirlemenin doğru olmayacağı belirtilmektedir¹⁰³⁹. Bu tespiti yaparken Lord Hamblen *Vedanta* kararının 51. paragrafına atıfta bulunmaktadır. *Vedanta* kararında atıf yapılan ilgili kısımlar kısaca şu şekilde tercüme edilebilir:

“...Ben (*Lord Briggs*) ana şirketin sorumluluğuyla ilgili tüm davaları belirli kategoriler içine sıkıştırmak konusunda isteksizim. Çok uluslu şirketler toplulukları için benimsenebilecek yönetim ve kontrol modeli konusunda bir limit yoktur. Bir uçta birbirinden bağımsız işletmeleri yöneten doğrudan ve dolaylı bağlı şirketler üzerinde pasif bir yatırımcı olmaktan öte bir işlevi olmayan bir ana şirket altında yapılandırılmış bir topluluk olabilir. Diğer uçta ise ana şirketin topluluğun işlerini eksiksiz bir dikey yapılandırma ile şekillendirdiği bir topluluk yapısı bulunabilir. Bu suretle işletme faaliyetleri topluluk içerisinde tüzel kişilik ve mülkiyet sınırları muhafaza edilmekle birlikte Lehman Brothers Group’da olduğu gibi ödeme sorunları ortaya çıkıncaya kadar sanki tek bir ticari girişim varmış gibi yürütülecektir.”

Buna göre özen yükümlülüğüyle ilgili genel kuralların olay özelliklerine, topluluğun yönetim şekline ve yapısına göre esnek bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilebilir.

Yukarıda da belirtildiği gibi *Vedanta*’da İngiliz Yüksek Mahkemesi sonuç olarak kontrol odaklı bir araştırma yapmış ve buna göre ana şirketin sorumluluğu konusunda bir sonuca varmıştı. Mahkeme *Okpabi* kararında bu yaklaşımını daha da somutlaştırmıştır. Hatırlanacağı üzere *Vedanta*’da incelenmesi gereken esas meselenin ana şirketin ne düzeyde ve ne yollarla bağlı şirket üzerinde kontrol uyguladığıydı. Bu kararda ise kontrol testinin daha da esnekleştirildiği görülmektedir. *Okpabi*’de yüksek mahkeme, davacılar tarafından ileri sürülen ve yukarıda aktarılan dört husustan sonuncusu, yani kontrolün fiili olarak uygulanmasından ziyade bu yönde bir intiba verilmesini (*holding out*) yeterli görmüştür. Buna göre fiili olarak kontrol uygulanmasa dahi topluluk hâkiminin dışa karşı bu yönde verdiği izlenim özen yükümlülüğünün doğması için yeterli görülebilecektir¹⁰⁴⁰. Bu kararlar ilgili altı çizilmesi gereken diğer bir husus, mahkemenin hâkim ana şirketin, bağlı şirketler üzerindeki kontrolüyle, bağlı şirketin zarara yol açan faaliyetleri üzerindeki etkisi üzerinde bir ayrım yaptığıdır. Her toplulukta görülen, sıradan sayılabilecek hâkimiyet uygulamalarının ötesinde, bağlı şirketin faaliyetine fiili olarak müdahalede bulunma olarak değerlendirilebilecek hâkimiyet uygulamaları birbirinden ayrı hususlar olarak görülmektedir. Bu bağlamda mahkeme dava konusu topluluğun (*Shell group*), dikey olarak yapılandırılmış, tek ticari işletme gibi faaliyet gösteren bir oluşum olduğunu özellikle dikkate almıştır¹⁰⁴¹

¹⁰³⁹ *Okpabi v. Royal Dutch Shell plc* [2021] UKSC 3. Para. 27.

¹⁰⁴⁰ *King / Katie*, s. 164.

¹⁰⁴¹ *Kara*, s. 185.

3.3.2.2.5. Değerlendirme

İngiliz hukukunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine karşı olan şüpheli tutumunun tek ekonomik birim veya işletme yaklaşımına karşı da gösterildiği ifade edilebilir. İlk olarak D.H.N. kararıyla gündeme gelen bu yaklaşım yeterince destek bulmamıştır. ABD mahkemelerinin aksine İngiliz mahkemeleri bu yaklaşımı benimseyip daha da geliştirmek şöyle dursun aksine bunu inkâr eden ve önünü kesen bir tutum benimsemiştir. İngiliz hukukunda tek ekonomik birim yaklaşımının sorumluluk atfı konusunda çok fazla etki bırakmadığı; daha çok kanun veya sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında işlev gösterdiği ifade edilebilir¹⁰⁴².

Buna karşılık son yıllarda Birleşik Krallık merkezli çok uluslu şirketler topluluklarının (*multinational group of companies*) diğer ülkelerdeki faaliyetlerini yürüten bağlı şirketlerinin yol açtığı zararlar sebebiyle görülen haksız fiil davalarında farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Özellikle işçi güvenliği ve sağlığı yönünden tehlikeli sayılabilecek faaliyetler sebebiyle çalışanların yaşadığı sağlık sorunları ve çevre kirliliği nedeniyle yerel halkın zarar görmesi gibi konular bu davalarda öne çıkan sorunlardır. Topluluk hâkimi ana şirketin özen yükümlülüğü (*a common law duty of care*) gerekçe gösterilerek açılan bu davalarda Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*the Supreme Court*) etkin kontrolün varlığını ve hatta dışa karşı bu yönde bir izlenim uyandırılmasını bu yükümlülüğün doğumu için yeterli görmektedir. Böyle bir durumda topluluk hâkimi ana şirket bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle haksız fiil hükümleri gereğince doğrudan sorumlu tutulabilecektir. Bu anlamda haksız fiil kaynaklı davalarla ilgili olarak İngiliz mahkemelerinden beklenmeyecek derecede esnek bir tutumun benimsendiği ifade edilebilir.

Sonuç olarak tek ekonomik birim yaklaşımının İngiliz hukuku açısından sorumluluğun atfı noktasında bir etki doğurmadığı belirtilebilir; ancak, sorunlu topluluk yapısının açtığı sorunlara İngiliz mahkemeleri de vakıftır. Mesela yukarıda aktardığımız *Vedanta* kararındaki ifadeler bir yerde *Lehman Brothers Group*'da olduğu gibi topluluğun tek işletme gibi yapılandırıldığı durumlarda mevcut hukuk kurallarının yetersiz kaldığının kabulü gibi anlaşılabilir. Bu tip yapılarda topluluk şirketleri ödeme güçlüğü içerisine girene kadar topluluğun yapısal sorunları bir belirti vermemektedir. Topluluk şirketlerinin aslında borca batık oldukları gün yüzüne çıkar ve bunlar bir anda ödeme güçlüğü içerisine girerse *Vedanta* ve *Okpabi*'de gördüğümüz şekliyle haksız fiil hükümlerinin olaya uyarlanarak uygulanmasının mağduriyetleri

¹⁰⁴² Vandekerckhove, s. 481.

gidermede ne kadar yeterli olacağı şüphelidir. Bu bağlamda gelecekte İngiliz mahkemelerinin de yapısal olarak sorunlu topluluklar açısından daha farklı yaklaşımlar benimsemesi beklenebilir.

3.3.2.2.3. Alman Hukuku

Önceki başlıklar altında incelediğimiz hukuk sistemlerinden farklı olarak Alman hukuku anonim şirketlerden oluşan şirketler topluluğunu, sorumluluk boyutuyla birlikte birtakım kanuni düzenlemelere tabi tutmuştur. Bu düzenlemelerin yer aldığı APOK'un gerekçesinde *Konzern*, tek elden yönetilen iktisadi bir bütünlük olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁴³. Dolayısıyla bir *Konzern*'in aynı zamanda kanun tarafından düzenleme altına alınmış tek ekonomik birim olarak adlandırılabilen bir yapı oluşturduğu ifade edilebilir.

Bu düzenlemelerin, bütünleşme yoluyla ve sözleşme temelinde kurulan topluluklarda, alacaklının korunması açısından etkin bir koruma sağladığı ifade edilebilir¹⁰⁴⁴. Fiili topluluklar açısından ise aynı derecede etkili düzenlemeler öngörülmemiştir. Kanun, topluluk hâkimi teşebbüsün bağlı şirketi kayba uğratan müdahalelerini yılsonuna kadar fiilen veya denk bir hak tanıyarak gidermesini; aksi takdirde, ortaya çıkacak bağlı şirket zararından dolayı sorumlu tutulacağını hüküm altına almıştır (APOK m. 311, 317). Bu bağlamda kanuni düzenlemelerin bağlı şirketin malvarlığının muhafazasını amaçladığı; bunun dolaylı olarak bağlı şirket alacaklılarına da bir koruma sağladığı ifade edilebilir¹⁰⁴⁵.

Bu düzenlemelerin fiili topluluklar için getirdiği özgün sorumluluk sisteminin yargısal etkisi oldukça sınırlı olmuştur. *Altmeppen* bu düzenlemelerin yargısal olmaktan ziyade önleyici etkisinin (*Die prophylaktische Wirkung*) daha kayda değer bir sonuç ortaya koyduğunun altını çizmektedir¹⁰⁴⁶. Bu sebeplerden olsa gerek anonim şirketlerden müteşekkil topluluklarda, bu hükümlerin uygulanmasıyla ilgili yargısal anlamda kayda değer gelişmelerin meydana gelmediği ifade edilebilir. Ancak aynı tespiti herhangi bir hukuki düzenlemeyle hüküm altına alınmayan limited şirketlerden oluşan topluluklar için yapmak mümkün değildir. Özellikle sorunlu bir yapı olarak değerlendirilebilecek nitelikli fiili topluluklarla (*qualifizierte faktische konzern*) ilgili olarak Alman Federal Mahkemesi (BGH) ilginç kararlara imza atmıştır. Bu kararlar limited şirketlerden müteşekkil topluluklarla ilgili olarak verilmiş olmakla birlikte, bir kısmı anonim şirketlerden oluşan topluluklar için de uygulanabilir niteliktedir.

¹⁰⁴³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 32.

¹⁰⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 210.

¹⁰⁴⁵ Fiili topluluklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 169.

¹⁰⁴⁶ *MüKoAktG/Altmeppen*, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 Rn. 1-4.

İlkin BGH, limited şirketlerden oluşan topluluklarla ilgili olarak haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch- BGB*) 826. maddesi temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde bir uygulama geliştirmiştir. Bu uygulama uzun bir süre devam etmiş; BGH ilk kez 1975 tarihinde verdiği bir kararla birlikte daha farklı yaklaşımlar ortaya çıkartmıştır¹⁰⁴⁷. Bu kısımda içtihat hukukuyla oluşturulan bu yaklaşımlar kronolojik bir sıra gözetilerek ele alınacaktır.

3.3.2.2.3.1. Topluluk Hâkiminin Sadakat ve Özen Yükümlülüğüne Dayanan Sorumluluk (ITT kararı)

BGH ilk olarak 1975 tarihli ITT kararında¹⁰⁴⁸ anonim şirketlerden müteşekkil fiili topluluklarla ilgili APOK m. 311–318 hükümlerinin limited şirket toplulukları için de uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır¹⁰⁴⁹. Davaya konu olayda çoğunluk pay sahibi olan topluluk hâkimi, bağlı işletmelerle müteakip sözleşmelere dayalı bir işletme sistemi kurmuştur. Buna göre topluluk hâkimi, işletme tekniği, know – how ve diğer birtakım tekniklerin sağlanması karşılığında her bir bağlı şirketin yıllık kârının %1'ini almaktadır. Sağlanan hizmetler ile karşılığında alınan bedel arasında açık bir dengesizlik bulunmaktadır. Bu sebeple azınlık pay sahiplerinin açtığı dava sonucunda, BGH topluluk hâkiminin teknik hizmet sözleşmeleri adı altında gizli kâr payı aktarımında bulunduğunu ve bunun hem bağlı şirketlerin hem de azınlık pay sahiplerinin aleyhine olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme kararında özellikle sadakat ve özen yükümlülüğüne (*Treupflicht, gesellschaftsrechtliche Treue*) atıfta bulunmaktadır. Buna göre en tepede bulunan topluluk hâkimi sadece doğrudan çoğunluk pay sahibi olarak kendi bağlı işletmesine değil, onların da altında bulunan dolaylı olarak hâkimi olduğu işletmelere karşı da iyiniyetle hareket etmek zorundadır¹⁰⁵⁰. Dolayısıyla bir topluluk hâkimi topluluk içerisindeki bir bağlı işletmenin menfaatlerini göz ardı ederek işlemlerde bulunuyorsa iyiniyet kuralına aykırı davranmış olacaktır. Bu itibarla topluluk hâkimi bağlı şirketlere talimat verebilir, ancak bu onların zararına hareket edebileceği anlamına gelmemektedir. Bağlı şirketin menfaatine aykırı talimatları uygulayan yöneticilerin sorumluluğu da söz konusu olabilecektir¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹⁰⁴⁸ Bundesgerichtshof, Urt. v. 05.06.1975, Az.: II ZR 23/74. https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_23-74 (Erişim tarihi : 17/11/2022).

¹⁰⁴⁹ **Vandekerckhove**, s. 54.

¹⁰⁵⁰ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9; **Vandekerckhove**, s. 54; Schulenburg, Friedrich Georg, **Der Schutz der Minderheit im Schuldverschreibungsrecht in vergleichender Betrachtung mit dem Aktienrecht**, Hamburg, 2017, s. 286

¹⁰⁵¹ **Vandekerckhove**, s. 54.

İyiniyete aykırı hareketleri dolayısıyla bağlı şirketi zarara uğratan topluluk hâkiminin bu zararı telafî etmesi gerekmektedir. Esasında azınlık pay sahiplerini koruyan bu karar bağlı şirket alacaklıları için de dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte alacaklı alacağını bağlı şirketten tahsil edememişse ancak doğrudan hâkim ortaklığa müracaat edebilmelidir¹⁰⁵². Sonuç olarak BGH, APOK ile benimsenen sorumluluk sisteminin fiili limited şirket toplulukları için uygulanmayacağına hükmetmiş ve genel hükümler çerçevesinde, iyiniyet kuralları temelinde soruna bir çözüm bulunması gerekliliğine işaret etmiştir¹⁰⁵³.

3.3.2.2.3.2. Nitelikli Fiili Topluluk Kavramının Tanınması ve APOK'un Sözleşmesel Topluluklarla İlgili Hükümlerinin Kıyas Yoluyla Uygulanması Yaklaşımı

3.3.2.2.3.2.1. Autokran kararı

Nitelikli fiili topluluk kavramı ilk olarak limited şirketlerle ilgili reform çalışmaları kapsamında 1972 tarihli bir raporda ortaya atılmıştır. Bu kavramın mahkemelerce hayata sokulması ise 1985 tarihli *Autokran* kararıyla birlikte olmuştur. Mahkeme APOK m. 302, 303 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanarak sorumluluk ithafına imkân olup olmadığını araştırırken böyle bir kavramı uygulamaya geçirmiştir¹⁰⁵⁴. Yukarıda bahsi geçen *ITT* kararıyla BGH dava konusu grubun merkezleşmiş bir yönetim yapısına sahip olmadığına, servis sözleşmeleriyle oluşturulmuş bir işletme sisteminin varlığına ve dolayısıyla yapılan işlemlerin bireyselleştirilebilir ve takip edilebilir niteliğine işaret ederek basit fiili topluluğun varlığını ve temel esaslarını ortaya koymuştur¹⁰⁵⁵. 1986 tarihli *Autokran* kararıysa nitelikli fiili toplulukların ne olduğu ve ne şekilde tespit edilebileceğini göstermesi açısından önemlidir¹⁰⁵⁶.

Dava konusu olayda, Heydemann isimli bir gerçek kişi tacir yedi bağlı limited şirketten müteşekkil bir topluluğun hâkim ortağı olarak bulunmaktadır. Ayrıca yine kendi kontrolü altında bulunan bir yönetim şirketi (*management*) vasıtasıyla bağlı şirketlerin finans ve muhasebe işlerini de takip etmektedir. Bu yönetim şirketi topluluk üyesi limited şirketlerle arasında akdedilen faktoring anlaşmaları gereğince bu şirketlerin hesaplarına yapılan tüm ödemeleri yönetebilmektedir. Bağlı şirketler tarafından faktoring hizmetleri karşılığında management şirketine ödenen bedel onların yıllık kârlarına karşılık gelmektedir. Davacı alacaklı, topluluk

¹⁰⁵² Vandekerckhove, s. 55.

¹⁰⁵³ Vandekerckhove, s. 53.

¹⁰⁵⁴ MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹⁰⁵⁵ Vandekerckhove, s. 55.

¹⁰⁵⁶ BGHZ 95, 330 (339, 345) = NJZ 1986, 188

üyesi yedi şirkete, bunların işlerinde kullanılmak üzere leasing yöntemiyle toplam 39 adet vinç kiralamıştır. Leasing veren davacı, hangi vincin hangi şirket tarafından kullanılacağına özel bir önem atfetmemiştir. Vinçler de bu şirketler tarafından herhangi bir bedel alınmaksızın karışık bir şekilde kullanılmıştır. Davacı sözleşme gereğince alacağı olan leasing bedelini borca batık durumda olan bağlı şirketlerden tahsil edemeyince, haksız fiil iddiası ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebiyle dava açarak topluluk hâkimi gerçek kişiye müracaat etmiştir¹⁰⁵⁷.

BGH haksız fiil ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sebebiyle değil APOK'da bulunan konzern hükümlerine göre gerçek kişi davalının sorumluluğunu kabul etmiş; APOK m. 303 gereğince alacaklıların teminat isteyebileceklerine hükmetmiştir¹⁰⁵⁸. Mahkeme kararında Heydemann topluluğunun hâkimiyet – bağımlılık ilişkisi üzerine kurulu fiili bir topluluk olduğunu tespit etmiş; ancak fiili anonim şirket topluluklarına ilişkin APOK m. 311 – 318 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, esasında bir limited şirket olan yönetim şirketinin başka bir limited şirketin yönetimini “uzun süreli ve kapsamlı” (*dauernd und umfassend*) bir şekilde yürütmüş olması sebebiyle bu topluluk nitelikli bir fiili topluluk (*qualifizierter faktischer konzern*) olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁵⁹. Bu durum hâkim işletmenin bağlı ortaklığın faaliyetiyle ilgili kararların alınmasında onun çıkarlarını göz ardı ederek tamamen konzernin çıkarlarını üstün tuttuğu yönünde bir karinenin kabulüne yol açmaktadır. Bu karinenin aksini ispat yükü hâkim işletmededir. Sorumluluktan kurtulmak için hâkim işletmenin bağımsız bir şirket yönetiminin de benzer kararları alacağını ispat etmesi gerekir¹⁰⁶⁰.

Sonuç olarak yüksek mahkeme hâkimiyet sözleşmeleriyle kurulan düzenli topluluklara özgü APOK. m. 302, 303 ve 322 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının daha doğru olacağı sonucuna varmıştır¹⁰⁶¹. Mahkeme basit fiili konzernin ne zaman nitelikli fiili konzerne dönüşeceği konusunda önemli bir kıstas belirlemiştir. Eğer müdahale uzun süreli ve kapsamlı sayılabilecek bir müdahale olarak değerlendirilebiliyorsa basit fiili topluluk nitelikli fiili topluluğa dönüşmektedir¹⁰⁶². Dahası Alman Yüksek Mahkemesi limited şirketlerden müteşekkil bir topluluk yapısında APOK 302, 322 maddelerinin kıyasen uygulanmasının ve bu suretle yavru

¹⁰⁵⁷ Vandekerckhove, s. 55.

¹⁰⁵⁸ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 52.

¹⁰⁵⁹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 52.

¹⁰⁶⁰ Yanlı, s. 214.

¹⁰⁶¹ Vandekerckhove, s. 56.

¹⁰⁶² Vandekerckhove, s. 56.

şirketlerin borçlarından dolayı ana şirketin alacaklılara karşı doğrudan sorumlu olmasının yolunu açmıştır¹⁰⁶³.

3.3.2.2.3.2.2. Tiefbau kararı

Alman Federal Mahkemesi *Autokran* kararındaki içtihadını 1989 tarihli *Tiefbau* kararında daha da geliştirmiştir¹⁰⁶⁴. Bu davada davalı banka ile bir inşaat şirketi olan *Tiefbau* arasında uzun süredir devam eden bir ticari ilişki bulunmaktadır. *Tiefbau*'nun ödeme güçlüğüne düşmesi sebebiyle davalı bankanın tavsiyesi üzerine yeni bir limited şirket kurma kararı alınır. Bu şirketin ortakları *Tiefbau* ve bankanın bir çalışanı ile bankanın yönetim kurulu başkanının bir arkadaşı olmak üzere iki saman adamdır. Saman adamlar bu yeni şirketin hisselerine sahip olmak için gerekli olan parayı bankanın yönetim kurulu başkanının tek ortağı olduğu başka bir şirketten borç almıştır. Esasında bu işlemlerde kullanılan para bankanın parasıdır¹⁰⁶⁵.

Banka yeni şirkete de önemli miktarlarda kredi vermeye devam etmiştir. Bu şirket de ödeme güçlüğü içine düşünce tasfiye memuru alacaklılar hesabına APOK m. 302'nin kıyasen uygulanması talebiyle bankaya karşı hukuki girişimde bulunmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi bankanın da bu şirketlerin ortaklarından sayılması gerektiğini ve bankayla yeni kurulan şirket arasında hâkimiyet – bağımlılık ilişkisinin bulunduğunu tespit ederek tasfiye memurunun bu talebini kabul etmiştir. Mahkeme dolaylı pawnsahipliğinin yanısıra özellikle sermayesinin %48'i gibi yüksek bir oranda borçlu olması sebebiyle söz konusu şirketin alacaklısı olan bankanın ekonomik olarak hâkimiyeti altında olduğuna vurgu yapmıştır.

Bu kararda, mahkeme *Autokran* kararında benimsediği biraz genel ve muğlak olan “uzun süreli ve kapsamlı” (*dauernd und umfassend*) müdahale kıstasını daha da somutlaştırarak hâkim ortaklığın hâkimiyeti altında bulunan bağlı işletmeyi mali olarak kontrol ediyor ve merkezi bir yönetim anlayışı içerisinde yönlendiriyor olmasını nitelikli fiili topluluğun varlığını kabul ederken vurgulamıştır¹⁰⁶⁶. Öyle ki bağlı şirket yöneticileri, hâkim şirketin bir bölümü veya departmanının şefi gibi konumlandırılmıştır. Bunların hiçbir şekilde şirket yönetimiyle ilgili serbest karar alma yetki ve iradeleri bulunmamaktadır¹⁰⁶⁷. Bu sonuca ulaşırken mali meselelerle ilgili bütün önemli kararların davalı bankanın onayı veya müdahalesiyle alınmış olmasını

¹⁰⁶³ Uyanık, s. 295.

¹⁰⁶⁴ BGH, 20.02.1989 - II ZR 167/88. https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_167-88 (Erişim tarihi: 21.02.2023).

¹⁰⁶⁵ Vandekerckhove, s. 56.

¹⁰⁶⁶ Vandekerckhove, s. 56.

¹⁰⁶⁷ Emmerich / Sonnenschein, s. 396.

özellikle vurgulamıştır¹⁰⁶⁸. Eğer meydana gelen kaybın sebebi topluluk hâkiminin kendi menfaatine bağlı işletmenin yönetimine müdahalesi değil de başka bir sebepten kural olarak sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁰⁶⁹. Dolayısıyla *Autokran* kararında kabul edilen karineden farklı bir karinenin ve ispat kuralının kabul edildiği ifade edilebilir. Bu bağlamda artık bağımsız bir işletme yönetiminin de benzer nitelikte kararlar alabileceği değil, meydana gelen zararın bağlı ortaklığın idaresiyle alakalı yetki ve müdahalelerden kaynaklanmadığının ortaya konulması beklenmektedir¹⁰⁷⁰.

3.3.2.2.3.2.3. Video kararı

Alman Federal Mahkemesinin nitelikli fiili konzernin tespiti ve sorumluluğun tespiti noktasında önemli bir diğer kararı 1991 tarihli *Video* kararıdır¹⁰⁷¹. Dava konusu olayda bir limited şirketin tek ortağı ve yöneticisi olan gerçek kişi hâkim ortak şirket borçlarından dolayı APOK m. 303'ün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda sorumlu tutulmuştur. Gerçek kişi tacir tek ortağı olduğu borca batık şirket dışında aynı işi yapan başka şirketlerin de ortağıdır. Bunların dışında şahsi olarak da aynı ticari faaliyeti yürütmektedir¹⁰⁷².

Bu kararda dikkati çeken husus mahkemenin ortağın tek idareci ve %100 pay sahibi olmasını nitelikli fiili konzern'in oluşumu açısından yeterli bulmuş olmasıdır. Mahkeme bu şartlar altında hâkimiyetin buradakinden daha yoğun bir şekilde kullanılmasına imkân olmadığı kanaatine varmıştır¹⁰⁷³. Bu karara göre bir şirketin tek ortağı ve yöneticisi aynı ticari faaliyeti yürüten başka bir şirketin ortağıysa veya kendisi şahsen bu ticari faaliyette bulunuyorsa bu faaliyetler arasında bir menfaat çatışması meydana gelebilir ve söz konusu şirketin menfaati diğerlerinininkine feda edilebilir¹⁰⁷⁴. Dolayısıyla böyle bir durumda fiili konzern ortaya çıkmaktadır. Topluluk hâkiminin, tek elden yönetim kapsamında bulunan bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini, yoğun ve belirli bir süre alacak şekilde kullanmışsa bu sınırlı sorumluluk kuralının bir tarafa bırakılması ve topluluk hâkiminin sorumluluğu için önemli bir olgu olarak dikkate

¹⁰⁶⁸ Mahkeme eğer davalı banka borçlu şirketin doğrudan ortağı olsaydı eldeki veriler ışığında APOK m. 302, 303 hükümlerine muhatap olacağını belirterek; doğrudan ortak olmasıyla güvendiği temsilcileri vasıtasıyla bulunuyor olması arasında bir fark olmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkememenin analiziyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Para: 24 vd.

¹⁰⁶⁹ *Tiefbau*, Para. 29

¹⁰⁷⁰ **Yanlı**, s. 214 dn. 932.

¹⁰⁷¹ *Bundesgerichtshof* Urt. v. 23.09.1991, Az.: II ZR 135/90. https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_135-90 (Erişim tarihi : 17/11/2022).

¹⁰⁷² **Vandekerckhove**, s. 57; **Uyanık**, s. 297.

¹⁰⁷³ **Vandekerckhove**, s. 57.

¹⁰⁷⁴ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 52.

alınacaktır. Böyle bir durumda bağlı şirket borca batık hale gelirse bu sonucun topluluk hâkiminin yönetiminden kaynaklandığı yönünde bir karine kabul edilmektedir. Topluluk hakimi APOK m. 302, 303 gereğince sorumlulu tutulmaktan ancak bu karineyi boşa çıkararak kurtulabilir¹⁰⁷⁵.

Mahkemenin bu yorumu sonuçları itibarıyla sorumluluğun kapsamını oldukça genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁷⁶. Bu yaklaşıma göre bir şirketin %100 pay sahibi olan bir şahıs benzer bir faaliyete daha iştirak etmesi durumunda, ortağı olduğu şirketin borçlarından dolayı sorumlu hale gelebilecektir. Ortak zararın hâkimiyetin kullanılmasından kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma şansına sahip olsa dahi bunun zorluğu ortadadır; ancak ispat yükümlülüğünün bu şekilde tersine çevrilmiş olmasının altında yatan sebep şirket ilişkilerinin dışında kalan alacaklının bu olguyu ispatının çok daha zor olacağı gerçeğidir¹⁰⁷⁷.

3.3.2.3.2.4. TBB kararı

Yukarıda değindiğimiz *Tiefbau* ve *Video* kararlarıyla benimsenen yaklaşım hararetli tartışmalara sebep olmuştur. Bazı yazarlar uzun süreli ve geniş kapsamlı (*dauernd und umfassend*) müdahalenin kendiliğinden zarar doğurucu bir etkiye sahip olmadığını ileri sürerek bu testin terkedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşı çıkan yazarlar ise sürekli ve geniş kapsamlı etkinin APOK m. 291, 292 düzenlemelerinde hükme bağlanan sözleşmesel hâkimiyet ilişkisine benzer bir ilişki ortaya çıkaracağını belirterek, sözleşmesel topluluklara ilişkin karinelerin ve sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının doğru olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁷⁸.

Bu tartışmalar ve *Video* kararının geniş kapsamlı sonuçlarına yönelik eleştiriler neticesinde Alman Federal Mahkemesi benimsediği bu yaklaşımdan ilk kez 1993 tarihli *TBB* kararıyla ayrılmıştır¹⁰⁷⁹. Borca batık duruma düşen TBB isimli limited şirketin alacaklısı alacağını şirketin hâkim ortağından talep etmiştir¹⁰⁸⁰. Mahkeme bu nitelikteki fiili topluluklar için de bir grup – veya konzern – sorumluluğu olmasının gerekli olduğunu kabul etmiş ancak önceki kararlarından farklı olarak sorumluluğun başlı başına uzun süreli ve kapsamlı kontrolün bir

¹⁰⁷⁵ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹⁰⁷⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 52.

¹⁰⁷⁷ **Vandekerckhove**, s. 57.

¹⁰⁷⁸ **Vandekerckhove**, s. 57.

¹⁰⁷⁹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 52.; *Bundesgerichtshof* Urt. v. 29.03.1993, Az.: II ZR 265/91 https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_265-91 (Erişim tarihi : 17/11/2022).

¹⁰⁸⁰ Esasında davalı diğer grup şirketlerinde olmakla birlikte TBB’de doğrudan pay sahibi değildir. Eşi olan diğer davalı pay sahibidir. Ancak mahkeme davalının eşini saman ortak (*Treuhänderin*) olarak nitelendirmiş ve davalıyı topluluğun hâkimi olarak kabul etmiştir.

sonucu olduğu yönündeki karineyi uygulamaktan vaz geçmiştir¹⁰⁸¹. Artık sorumluluğun ön şartı, giderim kabiliyeti olmayan bir kaybın ortaya çıkması ve buna hâkim ortağın bu konumunu objektif olarak istismar etmesinin (*objektive Missbrauch der Stellung des herrschenden Gesellschafters*) sebep olması şeklinde belirlenmiştir. Burada topluluk hakim olmaktan ziyade ödeme güçlüğü içerisine düşen şirketin hakim ortağı olma durumu dikkate alınarak bir sonuca varılmıştır¹⁰⁸².

TBB kararıyla nitelikli fiili topluluğun varlığı durumunda davacının sadece uzun süreli ve kapsamlı kontrolün varlığını ispat etmesinin yeterli olmayacağı, zira zararın bu sebeple ortaya çıktığı yönündeki ön kabulün kabul görmeyeceği kararlaştırılmıştır. Nitelikli fiili topluluğun varlığının kabulü için bu tip aşırı hâkimiyet uygulamaları dışında, bağlı şirket menfaatlerinin göz ardı edilmesi de bir unsur olarak aranmıştır¹⁰⁸³. Buna göre Federal Mahkeme öncekine göre daha dar bir yorum benimseyerek artık uzun süreli ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) etki kıstasına göre değil, hâkimiyetin kötüye kullanılması kıstasına göre tazminat hükümlerinin uygulanması esasını benimsemiştir. Bu anlamda eğer hâkim işletme bağlı işletmelerin menfaatlerini göz ardı ederek onların zararına yol açacak şekilde hâkimiyetini kullanmışsa bu nitelikteki bir hâkimiyet kullanımı kötüye kullanım olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla sorumluluğun sebebi kapsamlı ve sürekli hâkimiyet uygulamalarında bulunmaktan ziyade, topluluk menfaatleri için bağlı şirket menfaatlerinin feda edilmesi olarak belirlenmiştir¹⁰⁸⁴.

Bununla birlikte tüm bu şartların sıkı sıkıya arandığını ifade etmek de mümkün değildir. Burada ispatı beklenen konular büyük oranda topluluk içi ilişkileri ilgilendirmektedir. Yönetimden uzak azınlık pay sahipleri ile alacaklıların bu hususları detaylı bir şekilde takip edip ortaya koymaları mümkün değildir. BGH de bu güçlüğü farkında olduğundan, somut olarak zararın bağlı şirket üzerindeki hukuka aykırı kapsamlı ve devamlı müdahalelerden kaynaklandığının ispatından ziyade, bu yönde haklı bir varsayımın kabul edilip edilemeyeceği hususuna odaklanmaktadır¹⁰⁸⁵. Sonuç olarak mahkeme bu kararda bazı farklılıklara dikkat çekse de nitelikli fiili topluluğun varlığı halinde APOK'da bulunan sözleşmesel konzernele ilişkin sorumluluk hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması yoluna gitmiştir¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸¹ Vandekerckhove, s. 58.

¹⁰⁸² MüKoAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹⁰⁸³ Emmerich / Sonnenschein, s. 395.

¹⁰⁸⁴ Yanlı, s. 217, 218.

¹⁰⁸⁵ Emmerich / Sonnenschein, s. 398.

¹⁰⁸⁶ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 53.

3.3.2.2.3.3. Yok Edici Etkide Bulunmadan Kaynaklanan Sorumluluk

3.3.2.2.3.3.1. Bremer Vulkan kararı

Alman Federal Mahkemesi bu kararıyla o zamana kadar oluşturduğu içtihadında ciddi bir değişikliğe gitmiştir. 2001 tarihli *Bremer Vulkan* kararında bir şirketin varlığının devam etmesinin; yani sermayenin korunması ilkesinin ön plana çıktığı görülmektedir¹⁰⁸⁷. Nitelikli fiili topluluk yaklaşımına bir veda olarak nitelendirilen bu kararda mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tek elden yönetimle bir alakasının olmadığını; bu teorisinin daha çok ortaklara sınırlı sorumluluk imkânı sağlayan limited şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanılmasıyla alakalı bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁸⁸

Bu kararla birlikte ortaya atılan “yok edici müdahale” (*Existenzvernichtende Eingriffe*) yaklaşımına göre hâkim ortak, müdahaleleriyle ortağı olduğu limited şirketi üçüncü kişilere olan taahhütlerini yerine getiremez bir hale sokmamalıdır. Böyle bir durumda Limited Şirketler Hakkında Kanun’un (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*¹⁰⁸⁹) 31. maddesinde öngörülen sermayenin iadesi – veya tamamlanması – borcunu yerine getirmediği takdirde söz konusu ortakların, alacağını tahsil edemeyen üçüncü kişi alacaklılara karşı sorumluluğu doğmaktadır¹⁰⁹⁰. Bu anlayışla *Bremer Vulkan* kararında Federal Mahkeme, önceki kararlarından farklı olarak nitelikli fiili topluluk var olsa bile APOK’da bulunan konzern hükümlerini kıyas yoluyla uygulamaksızın bir çözüm getirme yoluna gitmiştir. Bu yaklaşım sermayenin korunması ve buna bağlı olarak şirketin varlığını devam ettirebilme imkânının gözetilmesi yükümlülüğü üzerinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dayalı bir çözüm yolu getirmeye odaklanmıştır¹⁰⁹¹. *Altmeppen* bu durumu nitelikli fiili topluluk yaklaşımının terk edilmesi şeklinde yorumlamaktadır. Bunun yerini artık yok edici müdahale (*Existenzvernichtende Eingriffe*) doktrini almıştır. Bu yaklaşım hâkim pozisyonunda olan teşebbüsün topluluk hâkimi olmasından çok, ödeme güçlüğü içerisine giren şirketin hâkim ortağı olmasına vurgu yapmaktadır. Bir limited şirketi kontrolü altında tutan hâkim ortak, bu pozisyonunu kötüye

¹⁰⁸⁷ BGH · Urteil vom 17. September 2001. Az. II ZR 178/99 karar metni için bkz. <https://openjur.de/u/64620.html> (Erişim tarihi: 21.02.2023).

¹⁰⁸⁸ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung”) Rn. 1-9.

¹⁰⁸⁹ GmbHG şeklinde anılacaktır. Kanun metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (Erişim tarihi: 21.02.2023).

¹⁰⁹⁰ Lutter, Marcus, “Die Haftung Wegen Existenzvernichtung” **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, ZGR, Vol. 3, 2003, (Lutter, Existenzvernichtung), s. 404. Bu halde APOK m. 302 gereğince öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün yerini GmbHG m. 31’de öngörülen sermayenin iadesi yükümlülüğü ikame edilmektedir.

¹⁰⁹¹ **Qu, /Ahl**, s. 6.

kullanır ve şirketin varlığını tehlikeye sokarsa bu bir perdeyi kaldırarak sorumlu kılma sebebi olarak değerlendirilmektedir. Bu durumun özel olarak topluluk yapısının varlığıyla veya yokluğuyla bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁰⁹². Bir topluluğa dahil olsun ya da olmasın hâkim işletmenin yok edici etkisine maruz kaldığı için borçlarını ödeyemeyen bir bağlı şirketin alacaklıları, alacaklarını hâkim ortaktan talep edebilir¹⁰⁹³.

Yüksek mahkeme topluluk hâkiminin her türlü müdahalesini değil, ancak bağlı işletmenin varlığını ortadan kaldıracak düzeye ulaşan müdahalelerini (*Existenzvernichtende Eingriffe*) sorumluluğa yol açacak müdahale olarak nitelendirmiştir. Mahkeme bu kararda, hâkim ortağın bağlı şirketin nakit kaynaklarını kullanarak onu kendi borçlarını ödemekten aciz hale getirmesini, bağlı şirketin varlığını ortadan kaldırmaya matuf bir müdahale olarak görmüştür. Bu karar özellikle normal müdahale ile varlığı tehlikeye düşürecek nitelikte müdahale ayrımının hangi esaslar üzerinden yapılabileceği konusunda tartışmalara yol açmış ve hâkim ortağın müdahalesinin hangi an itibariyle varlığı ortadan kaldıracak bir seviyeye ulaştığının tespiti konusunu gündeme getirmiştir. Genel kabul gören anlayışa göre hâkim ortağın müdahaleleriyle bağlı işletmeyi taahhütlerini yerine getiremez bir hale getirmiş olması ve bu suretle üçüncü kişi alacaklıların alacaklarını tahsil edemiyor olmaları önemlidir. Dolayısıyla bağlı şirketin mali durumu ne kadar kötü olursa olsun, borç tedariki yoluyla da olsa varlığını devam ettirebiliyorsa hâkim ortağın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna göre hâkim ortağın etkisi sebebiyle bağlı işletmenin tamamen borca batık hale gelmesi, perdenin kaldırılması ve hâkim ortağın sorumluluğu için gerekli olan bir ön şarttır¹⁰⁹⁴.

Buna karşılık bu şartın çok katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği, zaten ödeme güçlüğü çeken bir şirketin durumunu daha da vahim hale getiren hâkim ortağın da sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekliliği de haklı olarak ifade edilmektedir. Buna göre bağlı işletmenin tamamen borca batık hale gelmesi sıkı sıkıya aranan bir şart haline getirilmemelidir¹⁰⁹⁵. Diğer taraftan yöneticilerin özen yükümlülüklerini ihlal etmedikleri durumlarda sorumluluğun söz konusu olmaması gerektiğini ileri sürenler de olmuştur. Bu bağlamda yöneticilerin özen yükümlülüklerine aykırı davranmadıkları yönündeki savunmaları değerlendirilmeli ve bağımsız bir şirketin yöneticilerinin de benzer talimatları verebilme ihtimali araştırılmalıdır. Eğer bu

¹⁰⁹² **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹⁰⁹³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 54.

¹⁰⁹⁴ **Lutter**, Existenzvernichtung, s. 418; **Vandekerckhove**, s. 60.

¹⁰⁹⁵ **Lutter**, Existenzvernichtung, s. 418.

ihtimalin varlığı ciddi olarak tespit edilebiliyorsa bağlı şirketin borca batıklığına sebep olsa dahi sorumluluk söz konusu olmamalıdır¹⁰⁹⁶.

Yüksek mahkeme *Bremer Vulkan* kararında şirketin varlığına saygı gösterme yükümlülüğünün (veya yok edici müdahalede bulunmama yükümlülüğü) ihlalden kaynaklanan borcun, bağlı şirketin kendisine karşı bir sorumluluk mu (*Innenhaftung*) yoksa bunun alacaklılarına karşı bir dış sorumluluk mu (*Außenhaftung*) olduğu sorusunu cevapsız bırakmıştır. Kelime anlamıyla bakıldığı zaman, “şirketin varlığını yok edecek müdahaleden kaynaklı bir talep” (*Anspruch der Gesellschaft wegen eines bestandsvernichtenden Eingriffs*) ifade olarak bu borcun bağlı şirket tüzel kişiliğine karşı olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Diğer taraftan sorumluluğun bağlı “şirketin varlığının ve menfaatlerinin göz ardı edilmesi” sebebine (*Haftung mit Bestandsschutz und Eigenbelangen der Gesellschaft*) dayandırılıyor olması da bu kanaati desteklemektedir¹⁰⁹⁷. Diğer taraftan kararda bağlı şirketin malvarlığının yok edilmesinden ziyade “borçlarını ifa edemeden kaynaklı bir sorumluluktan” bahsedilmesi (*einer Haftung des [G]esellschafters für die Verbindlichkeiten der [...] GmbH*) bu sorumluluğun dışa karşı bir sorumluluk olduğu fikrini de uyandırmaktadır¹⁰⁹⁸.

Alman Federal Mahkemesi *Bremer Vulkan* kararıyla ortaya koyduğu “yok edici müdahale” (*existenzvernichtende Eingriffe*) doktrinini daha sonraki birtakım kararlarında daha da geliştirmiştir. Çok katmanlı topluluklarla ilgili olarak 2004 tarihli bir kararında sadece doğrudan pay sahibi olan ortağın değil bunun üzerinde tahakküm edici etkide (*beherrschende Einfluß*) bulunması kaydıyla ara hâkimlerin de sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir¹⁰⁹⁹.

3.3.2.2.3.3.2. KBV kararı

Bremer Vulkan kararıyla başlayan sürecin en önemli aşamalarından birisi 2002 tarihli KBV kararıdır¹¹⁰⁰. Yok edici müdahalede bulunma yasağı şeklinde formüle edilen yaklaşımın esasları bu kararda daha da detaylandırılmıştır. En dikkat çekici hususlardan birisi bağlı şirketin kendi varlığının teminine ve devamına yönelik bir talep hakkı olamayacağı; ancak şirketin

¹⁰⁹⁶ Drygala, T., “Abschied vom qualifizierten Faktischen Konzern – Konzernrecht für Alle?”, *GmbHHR - Zeitschrift für Gesellschafts-, Unternehmens- und Steuerrecht*, (2003) 13 GmbHHR, 733.

¹⁰⁹⁷ Lutter, *Existenzvernichtung*, s. 2003: 404.

¹⁰⁹⁸ Lutter, *Existenzvernichtung*, s. 404.

¹⁰⁹⁹ 13Aralık 2004, NJW,Spezial, 2005, 124-125 bkz. Vandekerckhove, s. 60. Ara hakim şirket kavramıyla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 144.

¹¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 24. Juni 2002, „Kindl Backwaren Vertrieb (KBV) BGHZ 151, 181.<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=21766&pos=0&anz=1> (Erişim tarihi: 21.02.2023).

tasfiyesi söz konusu olacaksa bunun usulüne uygun bir şekilde yapılmasının zaruri olduğu yönündeki tespitlerdir. Böyle bir tasfiye sürecinde öncelik üçüncü kişi alacaklıların alacaklarının ödenmesine verilmelidir; zira sınırlı sorumluluğun sağladığı ayrıcalıklardan faydalanmanın ön şartı ortakların şahsi malvarlıklarıyla şirket malvarlıkları arasında bir ayrıma gitmek ve şirket malvarlığını şirket amaçlarına özgülemektir. Eğer şirket ortağı bu ayrıma rağmen şirket malvarlığının korunması yönünde gerekli özeni göstermez, malvarlığını azaltıcı davranışlar içerisine girer ve şirketin taahhütlerini yerine getiremez bir hale düşmesine sebep olursa sınırlı sorumluluk ilkesini istismar etmiş sayılacağından, hâkimiyeti altındaki şirketin borçlarından dolayı doğrudan sorumluluğuna başvurulabilecektir¹¹⁰¹.

Mahkeme sorumluluğu yeterince tamamlanamayan veya giderilemeyen bir sermaye kaybının varlığına ve dolayısıyla GmbHG m. 30'da hükme bağlanan sermayenin korunması yükümlülüğüne dayandırmıştır. Bu kararlar birlikte getirilen en önemli yenilik GmbHG m. 30'a aykırılığı müeyyideye bağlayan GmbHG m. 31'in yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch- BGB*) 826. maddesinin de kapsama dâhil edilmesidir. Mahkeme GmbHG m. 13 gereğince sağlanan sınırlı sorumluluk imtiyazının koşullu bir imtiyaz olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre şirket varlıkları öncelikle alacaklıların tatminine özgülenmelidir. Ortaklar ancak şirket borçlarının karşılığı olmayan, fazlaya ilişkin varlıklar üzerinde iddiada bulunabilir. Bu bağlamda bir ortağın şirket borçlarını göz önünde bulundurmaksızın şirket varlıklarına el uzatması şirket yapısının kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda GmbHG m. 31 gereğince azalan malvarlığını telafi etmediği takdirde hâkim ortağın artık sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı imtiyazlardan faydalanamayacağı belirtilmektedir. Davalı ortakların şirket malvarlığını azaltan eylemleri şirket yapısının istismarı olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple alacağını tahsil edemeyen davacı şirket alacaklısına karşı işlenmiş bir haksız fiilin var olduğu sonucuna varılmıştır. Kusur noktasında mahkeme davalıların müdahaleleri sonucunda şirketin borçlarını ifa edemeyecek bir duruma düşeceğini öngörmelerine rağmen önlem almamalarını yeterli görmüştür. Davacı alacaklıya karşı dolaylı kast ile verilen bir zarar söz konusudur¹¹⁰².

Kararda eksiltelen sermayenin bağlı şirkete iadesi borcunun doğmuş olmasının üçüncü kişi alacaklılarca hâkim ortağa karşı ileri sürülebilecek taleplere engel olmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre şirket ortağının kanundan kaynaklanan iade borcunun varlığı tüzel kişilik

¹¹⁰¹ **Lutter**, Existenzvernichtung, s. 406.

¹¹⁰² **QU, Charles Zhen / AHL, Björn** : Lowering the Corporate Veil in Germany, (2008) Oxford U Comparative L Forum 4.

perdesinin kaldırılmasına mani değildir. Dolayısıyla hâkim ortak şirkete olan borcunu ifa ederek onu tekrar taahhütlerini yerine getirebilir bir şirket haline sokmakla sorumluluktan kurtulamaz. Ayrıca alacaklıların zararlarını da karşılamak zorundadır. Bu, şirketin sonradan ayağa kaldırıldığı durumlarda sonuç doğurabilecek önemli bir husustur¹¹⁰³. Kararda altı çizilmesi gereken diğer bir husus da ortağın sorumluluğunun ikinci derece bir sorumluluk olarak nitelendirilmesidir. Buna göre alacaklı, ancak kendi borçlusu şirketten tahsil edemediği takdirde veya tahsil edemediği kadarıyla alacağını hâkim şirket ortağından talep edebilir¹¹⁰⁴.

KBV kararı ayrıca sorumluluğun muhatabının kim olduğu sorunuyla ilgili doktrinde devam eden tartışmaya bir cevap vermesi açısından da önemlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi *Bremer Vulkan* kararında yok edici müdahaleden (*Existenzvernichtende Eingriffe*) kaynaklanan sorumluluğun bağlı şirkete karşı bir iç sorumluluk mu (*Innenhaftung*) yoksa bağlı şirket alacaklılarına yönelik bir dış sorumluluk mu (*Außenhaftung*) olduğu konusu net bir şekilde karara bağlanmamıştır. KBV kararında Federal Mahkeme bu sorumluluğu açıkça bağlı şirket alacaklıları lehine bir sorumluluk olarak nitelendirmiştir¹¹⁰⁵. Bu yaklaşımını ayrıca 2005 ve 2007 yıllarında verdiği iki ayrı kararında da teyit etmiştir¹¹⁰⁶.

Bu kabulün en önemli sonucu bağlı şirketin bütün borçlarının hâkim işletmeden talep edilebilmesinin önünü açmasıdır; zira yok edici müdahale doktrinini uygulayan bir mahkeme, hâkim konumunda olan işletmenin müdahaleleri sebebiyle bağlı şirketin borca batık hale geldiğini ve varlığının tehlikeye düştüğünü tespit etmektedir. Bununla birlikte meydana gelen zararın sadece bağlı şirkete değil, üçüncü kişi alacaklılara da verdirilmiş bir zarar olduğunun kabulü sonucunda doğal olarak davacı dışındaki alacaklılar açısından da alacaklarını topluluk hâkiminden talep etme kapısı aralanmaktadır¹¹⁰⁷.

3.3.2.2.3.4. Haksız fiil sorumluluğu – Trihotel kararı

Yargı uygulamalarıyla ilgili olarak ele alacağımız son karar 2007 tarihli *Trihotel* kararıdır¹¹⁰⁸. Bu kararla Alman Federal Mahkemesi yine bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Daha

¹¹⁰³ Lutter, Existenzvernichtung, s. 406.

¹¹⁰⁴ Lutter, Existenzvernichtung, s. 407.

¹¹⁰⁵ Dauner-Lieb, Barbara, “Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB, Besprechung der Entscheidung BGH DStR 2007”, 1586 (TRIHOTEL), *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, ZGR Vo.37, Issue:1, 2008, pp.34-47, s. 34; Emmerich / Habersack, s. 772.

¹¹⁰⁶ Vandekerckhove, s. 61.

¹¹⁰⁷ Lutter, Existenzvernichtung, s.: 413.

¹¹⁰⁸ BGH II ZR 3/04. Karar metni için bkz. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a45401636fb30fe4cf3582dfad339af3&client=%5>

önce *Autokran* kararıyla birlikte kabul edilen nitelikli fiili topluluk ve *Bremer Vulkan* ile kabul edilen yok edici müdahale doktrini yaklaşımlarına bir üçüncüsü eklenmiştir. İlk iki yaklaşım, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını içeren yaklaşımlar iken *Trihotel* kararı bu noktada farklılaşmaktadır¹¹⁰⁹. Burada da sorumluluk BGB m. 826'da hükme bağlanan haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır. Bu maddede TBK m. 49/2'de olduğu gibi ahlaka aykırı bir şekilde kasten verilen bir zarardan dolayı tazmin borcunun doğacağı hükme bağlanmaktadır¹¹¹⁰.

Davaya konu olayda davalı, otelcilik ile iştigal eden üç limited şirketten müteşekkil bir topluluğun yönetici yönetim kurulu üyesi olarak bulunmaktadır. Bu şirketlerde hâkim ortak olarak bulunan şahıslar davalının eşi ve annesi olan gerçek kişilerdir. Davalı pay sahibi olmamakla birlikte esas karar verici irade olarak topluluğu idare etmektedir. Bölge İstinaf Mahkemesi borca batık halde bulunan ve bu sebeple davacı alacaklıya ifada bulunamayan şirketin varlığının, davalı tarafından yapılan müdahaleler sebebiyle yok edildiği ve bu sebeple davalının şirket alacaklılarına karşı sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu noktada iki işlem özel olarak vurgulanmaktadır. Bunlar davalının aynı zamanda annesi olan kişiden borç alınırken teminat olarak gösterilen şirket mal varlığı değerlerinin alınan krediye göre çok yüksek olması ve kira sözleşmesinin erken feshinin mali olarak yerinde olmamasıdır¹¹¹¹.

Trihotel kararı *Bremer Vulkan*'la başlayan ve *KBV* kararıyla sonuca bağlanan sorumluluğun niteliği konusunda köklü bir değişikliğe işaret etmektedir. Önceki kararlarında mahkeme *Dauner-Lieb*'in ifadesiyle sorumluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dayanan bir dış sorumluluk - *Durchgriffs(außen)haftung* – hali olarak nitelendirmekteydi¹¹¹². Ancak *Trihotel* kararıyla birlikte Federal Mahkeme yine yok edici müdahale doktrinine atıf yapmakla birlikte görüş değişikliğine gitmiş ve sorumluluğun haksız fiile dayanan şirkete yönelik bir iç sorumluluk hali olduğuna hükmetmiştir¹¹¹³:

[B%2713%27%2C+%2713%27%5D&client=%5B%2713%27%2C+%2713%27%5D&nr=41025&pos=0&anz=1](https://ouclf.law.ox.ac.uk/lowering-the-corporate-veil-in-germany-a-case-note-on-bgh-16-july-2007-trihotel/#fn3anc) (Erişim tarihi : 17/11/2022).

¹¹⁰⁹ **QU, Charles Zhen / AHL, Björn** : Lowering the Corporate Veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (*Trihotel*), (2008) Oxford U Comparative L Forum 4 at ouclf.law.ox.ac.uk (<https://ouclf.law.ox.ac.uk/lowering-the-corporate-veil-in-germany-a-case-note-on-bgh-16-july-2007-trihotel/#fn3anc>); **MüKoAktG/Altmeyen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

¹¹¹⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 54.

¹¹¹¹ **QU, Charles Zhen / AHL, Björn** : Lowering the Corporate Veil in Germany, (2008) Oxford U Comparative L Forum 4.

¹¹¹² **Dauner-Lieb**, s. 35.

¹¹¹³ **Dauner-Lieb**, s. 36; **Emmerich / Habersack**, s. 772; **MüKoAktG/Altmeyen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9.

“Daire bağımsız bir hukuk kurumu olarak geliştirilen mevcut yok edici müdahale yaklaşımını terketmektedir. Artık dogmatik olarak özel bir dava kategorisi biçiminde GmbHG m. 30, 31’de hükme bağlanan şirketin korunması kurallarına aykırılık BGB m. 826’da düzenlenen genel haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınacaktır. Bu sorumluluk bizzat şirketin kendisine talep hakkı tanıyan bir iç sorumluluk hali olarak değerlendirilmektedir.”¹¹¹⁴

Buna göre ortağın şirket malvarlığını, onun menfaatlerini gözetmeksizin azaltması ve onu borçlarını ödeyemez hale getirmesi, bizzat şirkete yapılmış ahlaka aykırı bir müdahaledir¹¹¹⁵. Dolayısıyla böyle bir eylem şirketin hukuk alanında doğan, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklı bir tazminat alacağına vücut vermektedir. Bu bağlamda alacaklı artık kendi alacağı için doğrudan hâkim ortağa müracaat edemeyecektir. Dolayısıyla yok edici müdahale sorumluluğu (*Existenzvernichtungshaftung*) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir uygulama şekli olmaktan çıkarılmıştır¹¹¹⁶.

Haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesi için BGB m. 826 gereğince kast unsurunun gerçekleşmiş olması şarttır. Bu bağlamda şirket ortağının bağlı şirketin borca batık duruma gelebileceğini veya iflas edebileceğini öngörerek ve isteyerek müdahalede bulunmuş olması gerekmektedir. Bu sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen kayıtsız kalması; yani dolaylı kastla hareket etmiş olması da kast şartının gerçekleşmesi için yeterlidir¹¹¹⁷.

Federal Mahkeme bu görüş değişikliğini GmbHG m. 30, 31 hükümlerinde ön görülen sermayenin korunması yükümlülüğüne dayalı yok edici müdahale yaklaşımının bir hukuk boşluğunu doldurma amacıyla geliştirildiği fikrine atıfla açıklamaktadır¹¹¹⁸. Ortada bir hukuk boşluğu varsa bunu doldurmakla sınırlı bir çözüm yolu bulmak icap etmektedir. Dolayısıyla esasında bağlı şirketi ve onun malvarlığını ilgilendiren böyle bir konuda alacaklıların korunması meselesi kapsam dışı bırakılmalıdır. Bu yaklaşıma göre sadece şirketin hukukunu koruyan böyle bir kuralla ilgili yorumun genişletilerek alacaklıların haklarını da içeren bir çerçeveye ulaşması hukuk boşluğu doldurma mantığına terstir¹¹¹⁹.

Görüş ayrılığına yol açan diğer bir sebep tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramıyla ilgilidir. Yüksek mahkeme bu teorisinin uygulanabilmesi için öncelikle şirket formunun kötüye

¹¹¹⁴ *Trihotel* § 23.

¹¹¹⁵ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 54.

¹¹¹⁶ Bremm, Gerhard, **Die Problematik einer Gesellschafterhaftung im Wege des Durchgriffs wegen materieller Unterkapitalisierung**, Dissertation, Linz, 2016, sh. 75; Geibel, Stefan J., “Zur Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung einer GmbH”, **Entscheidungsanmerkung**; BGH, Urt. v. 28.4.2008 - II ZR 264-06 (OLG Düsseldorf), s. 549; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 55.

¹¹¹⁷ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 55; **Dauner-Lieb**, s. 36.

¹¹¹⁸ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 55.

¹¹¹⁹ **QU, Charles, Zhen / AHL, Björn**, Lowering the Corporate Veil in Germany, (2008) Oxford U Comparative L Forum 4.

kullanılmış olmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Buna göre şirket malvarlığının hukuka aykırı bir şekilde azaltılması bu kapsamda değerlendirilemez; zira burada şirketin bir perdeleme vasıtası olarak kötüye kullanımı söz konusu değildir¹¹²⁰.

Trihotel kararı bir yandan hukuki belirliğı sağlama yönünden daha öngörülebilir olduğu gerekçesiyle olumlu karşılanmış; diğer taraftan üçüncü kişi şirket alacaklılarına sağlanan güvencenin seviyesini esaslı bir şekilde daralttığı için eleştirilmiştir¹¹²¹.

3.3.2.2.3.5. Yapısal Olarak Kötüye Kullanma Teorisi

Son olarak, yukarıdaki kronolojik bir sırayla ele alınan davalar kapsamında yapılan değerlendirmelerden bağımsız olarak değinmek istediğimiz diğer bir yaklaşım Alman hukukçu *Lutter* tarafından savunulan yapısal kötüye kullanma teorisidir (*Institutsmissbrauch*). Anlaşıldığı kadarıyla uygulamada önemli bir etkiye yol açmamış olan bu teori Anglo – Amerikan hukuk sistemleri tarafından geliştirilen “İşletme Sorumluluğu” (*Enterprise Liability*) veya “Tek Ekonomik Birim Doktrini”ne (*Single Economic Unit Doctrin*) benzer özellikler taşımaktadır.

Bu teoriye göre topluluk yapısının kötüye kullanılması *Institutsmissbrauch* olarak nitelendirilmekte ve bir perdenin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilmektedir. Yazara göre geleneksel perdeyi kaldırarak sorumlu kılmayı gerektiren yetersiz sermaye, malvarlıklarının karışması veya yabancı yönetim gibi durumlar olmasa; tüm hukuk kurallarına mükemmel bir şekilde uyulmuş olsa dahi kurumsal olarak tüzel kişiliğin ve sınırlı sorumluluğun istismarı söz konusu olabilir.¹¹²² Yazar yukarıda detaylı olarak tartıştığımız ABD’de gündeme gelen *Taxicab* davalarını teorisinin uygulanma alanı olarak göstermektedir¹¹²³.

Yazar teorisini açıklarken Almanya’da görülen *Architektenfall* isimli davayı örnek göstermektedir¹¹²⁴. Bu olayda iki gerçek şahıs GmbH & Co. KG isimli bir limited şirket kurmuşlardır. Bu şirketin amacı sabit bir fiyat ile büyük bir bina inşa etmek ve bağımsız bölümleri kurucular lehine satmak şeklinde belirlenmiştir. İnşaat işi söz konusu sabit bedelle gerçekleştirilemediğinden şirket iflas etmiş, alacaklı mimar elde edemediği ücret alacağı için gerçek kişi kuruculara müracaat etmiştir. Mahkeme BGB m. 826 gereğince haksız fiil sebebiyle

¹¹²⁰ **QU, Charles, Zhen / AHL, Björn**, Lowering the Corporate Veil in Germany, (2008) Oxford U Comparative L Forum 4

¹¹²¹ **Dauner-Lieb**, s. 36.

¹¹²² **Lutter**, zivilrechtliche, s. 252. Başka bir Alman hukukçu Wiedemann’ın tabiriyle kanunun lafzına uyulurken hukuk düzeninin ruhu ihlal edilmektedir (*Der Buchstabe des Gesetzes wird erfüllt, der Geist der Rechtsordnung aber verletzt*). **Vandekerckhove**, s. 262.

¹¹²³ **Lutter**, zivilrechtliche, s. 253. *Taxicab* davaları için bkz. yuk. s. 295.

¹¹²⁴ Urteil vom 30. November 1978, WM 1979, 229.

davalıların söz konusu borcu karşılamaları gerektiğine hükmetmiştir. *Lutter* bu hukuki dayanağı doğru bulduğunu belirtmiş ancak kurucuların olumlu ve olumsuz riskleri ayırarak tüzel kişilik yapısını kötüye kullanmalarının dikkat çekici olduğuna işaret etmiştir. Yazara göre kurucular kötü olasılığı (sabit fiyat) şirket üzerinde bırakmış; buna karşılık iyi olasılığı ise (dairelerin satışından gelecek kazanç) kendi üzerlerine almış ve bu suretle tüzel kişilik yapısını istismar etmişlerdir.

Bir girişimcinin şirketler topluluğunun sağladığı yapısal imkânları kullanarak girişimden kaynaklanan riskleri farklı birimler üzerine dağıtmasının başlı başına bir istismar olarak değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte girişimcilerin bu yolla nimet-külfet dengesini bozarak girişimden kaynaklanabilecek zararı alacaklılar üzerinde bırakmaları da kabul edilebilecek bir sonuç değildir¹¹²⁵. Dolayısıyla şirketler topluluğunun sağladığı yapısal avantajları kötüye kullanan topluluk hâkiminin üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumlu olması gerektiği bu yaklaşımın başlıca iddiasıdır. Buna göre bir bağlı şirket alacaklısının şirketler topluluğuna ilişkin hükümlere veya tipik sorumlu kılma amaçlı perdeyi kaldırma davalarında karşılaşılan yetersiz sermaye, malvarlığının karıştırılması veya yabancı yönetim gibi bir sebebe dayandırmasa bile alacağı için topluluk hâkimine müracaat edebileceği savunulmaktadır¹¹²⁶.

3.3.2.2.3.6. Değerlendirme

Alman hukukunda şirketler topluluğuyla ilgili hukuki düzenlemeler münhasıran anonim şirketlerle ilgili olarak kabul edilmiştir. Bu hükümlere göre bir *Konzern*'in oluşması için tek elden idare edilen bir ekonomik bütünlüğe ihtiyaç vardır. Dolayısıyla *Konzern* diğer bir ifadeyle tek ekonomik birim olarak da adlandırılabilir¹¹²⁷.

Alacaklıların korunması açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse APOK hükümleri çerçevesinde getirilen koruyucu düzenlemelerin genel olarak etkin bir koruma getirdiği ifade edilebilir. Bütünleşme (*Eingliederung*) yoluyla meydana gelen topluluklarda, bütünleşmenin

¹¹²⁵ Jung, Peter, *Der Unternehmergegesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft*, Tübingen, 2002, sh. 467.

¹¹²⁶ Vandekerckhove, s. 466.

¹¹²⁷ Dearborn Alman konzern hukukunu bazı ABD mahkemeleri tarafından uygulanan işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) teorisinin daha yumuşak bir şekli olarak nitelendirmektedir (Dearborn, s. 234): "...[ABD] Mahkemeler(i) genellikle ana şirketi sorumlu tutup tutmamaya karar verirken, şirketlerin işlevsel olarak aynı işletmenin bir parçası olup olmadığını belirlemek için daha az davranışsal, daha ekonomik standartlara bakmak yerine, ana şirketin bağlı şirket üzerindeki doğrudan kontrolünü araştırmaktadır. Dolayısıyla, bu örnekler gerçek işletme sorumluluğu alanına girmez; Alman Konzernrecht'i tarafından örneklenen daha yumuşak bir işletme sorumluluğu biçimini temsil eder."

gerçekleştiği an itibariyle kendisiyle bütünleşilen hâkim ortaklık bütünleşen bağlı ortaklığın mevcut ve gelecek bütün borçlarından birlikte ve müteselsil olarak sorumlu hale gelmektedir (APOK m. 319, 322)¹¹²⁸. Sözleşmesel topluluklarda, topluluk hâkimi, tek elden yönetim altında olan bağlı şirketin yılsonu dönem zararını toplu olarak karşılama yükümlülüğü altındadır (APOK m. 302). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle bağlı şirket ödeme gücü içine düşerse alacaklı, borçlusu bağlı şirketten elde edemediği alacağı sebebiyle uğradığı zararın tazmini için hâkim ortaklığın yöneticilerine (*gesetzlicher Vertreter*) müracaat edebilir (APOK m. 309/4)¹¹²⁹. Aynı dava hakkına sahip azınlık pay sahiplerinden farklı olarak alacaklılar, bağlı şirketin zararının yine ona ödenmesini değil bizzat kendi zararlarının kendilerine ödenmesini talep edebilirler. APOK'un detaylı bir şekilde düzenlediği bu tip topluluklar dışında, aynı derecede kapsamlı olmamakla birlikte pay sahipliği gibi fiili unsurlara dayalı olarak kurulan konzernler hakkında da düzenlemeler bulunmaktadır. APOK bu tip toplulukları daha çok ekonomi hayatının ortaya çıkardığı gerçeklikler olarak tanımakta ve bağlı şirketin malvarlığını kouyucu birtakım önlemler almaktadır. Bu bağlamda topluluk hâkimi teşebbüs, bağlı şirketi kayba uğratan müdahalelerini yılsonuna kadar fiilen veya denk bir hak tanıyarak gidermekle yükümlüdür. Aksi halde, ortaya çıkacak bağlı şirket zararından dolayı topluluk hâkiminin sorumluluğu söz konusu olabilecektir (APOK m. 311, 317). Fiili topluluklar için öngörülen bu sorumluluk rejiminin yeterli olmadığı; özellikle, sürekli ve aşırı hâkimiyet uygulamalarının yerleşik hale geldiği topluluk yapıları için bir çözüm sunmadığı zira bunlarda APOK m. 311 gereğince denkleştirilme kabiliyetinin bulunmadığı bir eleştiri olarak ifade edilegelmiştir. Buna karşılık nitelikli fiili topluluklar (*qualifiziert faktischen Konzern*) olarak adlandırılan bu yapılarla ilgili bir sorun şu ana kadar yargı organları önüne gelmemiştir. Bu durum *Altmeppen*'e göre çok eleştirilen APOK m. 311, 317 hükümleriyle getirilen sorumluluk sisteminin başarılı olduğunu göstermektedir. Yazara göre bu hükümlerin sağladığı önleyici etki (*Die prophylaktische Wirkung*) bu başarının altında yatan esas etkindir¹¹³⁰.

¹¹²⁸ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 58.

¹¹²⁹ **Vandekerckhove**, s. 247, 249. Buna karşılık bağlı şirket alacaklısının sadece şirketin talep hakkını üstlenebileceği, kendi alacağı için doğrudan hâkim ortaklığa müracaat edemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Emmerich / Sonnenschein**, s. 302. **Habersack** ise alacaklıların kendi alacaklarının bizzat kendilerine ödenmesini talep edebileceklerini; bu sebeple alacaklıların haklarının şirketin talep hakkına bağlı tutulamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Emmerich / Habersack**, s. 767.

¹¹³⁰ **MüKoAktG/Altmeppen**, 6. Aufl. 2023, AktG § 317 (Normzweck) Rn. 1-4; (Haftung bei „qualifizierter Nachteilszufügung“) Rn. 1-9. Buna karşılık yasal düzenlemelerle getirilen sorumluluk rejiminin etkinliği konusunda getirilen ciddi eleştiriler de vardır. Mesela **Müller** APOK m. 302'de hükme bağlanan yıllık zararın denkleştirilmesi yükümlülüğünü yeterli gören bir hukuk politikasının hatalı olacağı uyarısında bulunarak topluluk hâkiminin bağlı şirketi bir araç mesabesine düşürerek kendi menfaatleri için kullanması durumunda

Nitelikli fiili topluluk olarak nitelendirilen; ancak, daha açık bir ifadeyle aşırı hâkimiyet uygulamaları sonucunda tek şirket gibi faaliyet gösteren bir yapıya bürünen toplulukların yol açtığı sorunlar, esas olarak limited şirketlerden oluşan topluluklar açısından gündeme gelmiştir. Haklarında herhangi bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı limited şirket topluluklarıyla ilgili olarak Alman mahkemeleri dönem dönem farklı yaklaşımlar geliştirmiştir. Topluluk hâkiminin bağlı şirket borçlarından dolayı sorumluluğu meselesi ilk olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin geleneksel uygulaması kapsamında ele alınmıştır. Daha sonra *Autokran* kararıyla geliştirilen nitelikli fiili topluluk yaklaşımı kapsamında bu teorisinin uygulanması bir topluluk veya grup sorumluluğu çerçevesinde gündeme gelmiştir. Bu yaklaşım sonuç olarak APOK'un sözleşmesel topluluklar için benimsediği düzenlemelerin kıyas yoluyla uygulanması şeklinde bir çözüm yolu benimsemiştir. Nitelikli fiili topluluk yaklaşımı bir süre uygulandıktan sonra BGH *Bremer Vulkan* kararıyla birlikte daha farklı bir yaklaşım geliştirmiştir. Yok edici müdahale doktrini olarak nitelendirilen bu yaklaşım, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin, anonim şirket topluluklarında olduğu gibi bir topluluk veya grup sorumluluğu çerçevesinde uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Mesele tek elden yönetimle alakalı bir mesele olmadığından topluluk ölçeğinde ele alınması doğru değildir. Her ne kadar davalı teşebbüs aynı zamanda bir topluluğu tek elden yöneten hâkim ortaklık olsa da esasında soruna yol açan konu, onun söz konusu bağlı şirketin hâkim ortağı olarak yükümlü olduğu sadakat ve özen borcuna aykırı müdahaleleridir. Yok edici müdahale olarak nitelendirilen bu müdahale uygulamaları sebebiyle bağlı şirket borçlarını ifa edemez hale gelmiş ve alacaklı zarara uğramıştır. Burada da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması temelinde bir çözüm yolu getirilmekle birlikte; bu uygulamanın dayanağı nitelikli fiili topluluğa yol açan hâkimiyet uygulamaları değil, bağlı şirkete karşı olan sadakat yükümünün ihlalidir. Son olarak BGH, *Trihotel* kararıyla birlikte bu yaklaşımı da bir kenara bırakarak meseleyi tamamen medeni hukukun haksız fiil sorumluluğu

bunun daha farklı bir şekilde ele alınması gerekliliğine dikkati çekmektedir. Yazar APOK m. 302'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen hâkim ortaklık ile yöneticilerinin sorumluluğunu öngören APOK m. 309 hükmünün varlığının yargısal olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına engel teşkil etmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Zira topluluk hâkiminin hukuki bir gerekçe olmaksızın bağlı işletmeyi kendi menfaatlerini gerçekleştirmek için bir araç haline getirmesi APOK m. 309'un uygulanma sınırlarını aşan bir kapsama ulaşmaktadır. Bu durumda sadakat ve güven yükümlülüğüne aykırı suretle talimat vermenin ötesinde hâkimiyetten kaynaklanan yönetim gücünü kötüye kullanma ve bu suretle bağlı işletmenin malvarlığını azaltma hali söz konusu olmaktadır. APOK m. 309 hükmü tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından farklı olarak yöneticilerin sadakat ve özen yükümlülüklerini ihlalden kaynaklanan zararların tazminini genel olarak ele almaktadır. Dolayısıyla bağlı şirket tüzel kişiliğinin kendi menfaatleri aleyhine topluluk hâkimi lehine kötüye kullanılması ve istismarı olayın özelliklerine göre bu kapsama girebilir veya girmeyebilir. Ancak bu gerekçelerle, bağlı şirket alacaklısı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını ve borcun topluluk hâkiminin malvarlığı üzerinden tahsilini her zaman talep edebilmelidir. Bkz. **Müller**, s. 26, 27.

kapsamında ele almış ve sonuca bağlamıştır. Artık bu mesele tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla alakalı bir konu olarak değerlendirilmemektedir. Bağlı şirketle ona hâkim ortak arasında çözülecek bir iç sorumluluk (*innenhaftung*) meselesi olarak ele alınmaktadır. Meseleye oldukça dar kapsamlı bir bakış açısıyla yaklaşan bu değerlendirme biçimi, limited şirketlerden oluşan bir topluluğa mensup bağlı şirket alacaklıları yönünden yeterli koruma sağlamamaktadır.

3.3.2.2.4. Avrupa Birliği Hukuku

Çok şirketli yapıların hukuki görünümünden ziyade ekonomik boyutuna odaklanmayı öneren tek ekonomik birim yaklaşımı Avrupa Birliği (AB) Rekabet Hukuku kapsamında etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Bunu mümkün kılan temel faktör rekabet hukukuyla ilgili mevzuatın böyle bir yaklaşıma imkân tanıyor olmasıdır. Benzer bir uygulamaya şirketler hukuku mevzuatında da yer verilmeye çalışılmış ancak bu çabalar sonuçsuz kalmıştır. Müteaddit kereler gündeme gelmekle birlikte şirketler topluluğu AB düzeyinde bir düzenleme çerçevesine kavuşturulamamıştır.

3.3.2.2.4.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun “*Single Economic Unit*” Doktrini

AB Rekabet Hukukunun temel kuralları niteliğindeki Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmanın (ABİHA)¹¹³¹ 101. ve 102. maddeleriyle şirket birleşmelerine ilişkin 139/2004 sayılı Şirket Birleşmelerine İlişkin Tüzük (EC Merger Regulation) hükümlerine göre rekabet kurallarının temel aktörleri “girişim” (*undertaking*) veya girişim topluluklarıdır (*union of undertakings*). Anlaşmanın 101. maddesi girişimler arası rekabet dışı anlaşmaları, 102. maddesi ise hâkim pozisyonun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir. Her iki düzenlemenin uygulanması açısından girişim kavramı aynı anlama gelmektedir¹¹³².

Girişim (*undertaking*) kavramından ne anlaşılması gerektiği Anlaşmada açıkça gösterilmemiştir. Bu sebeple, bu kavramın anlam ve çerçevesi Avrupa Adalet Divanı (AAD) içtihatlarıyla belirlenmiştir. Bu mahkemenin içtihatlarına göre girişim kavramı hukuki niteliğine ve nasıl finanse edildiğine bakılmaksızın ekonomik faaliyet içerisinde bulunan her türlü kuruluşu kapsamaktadır¹¹³³. Dolayısıyla, AB mahkemeleri hukuki nitelikten ziyade ekonomik gerçeklik

¹¹³¹ Anlaşma metni için bkz. <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>

¹¹³² Jones, Alison, “The boundaries of an undertaking in EU Competition Law”, **European Competition Journal**, Vol. 8, Issue: 2, 2012, pp. 301-331, s. 302.

¹¹³³ Colino, S. M., **Competition Law Of The EU And UK**, New York, 2011, s. 21; Case C-41/90 *Höfner and Esler v Macrotron GmbH* [1991] para. 21. Ayrıca bkz. Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006] ECR I-11987, para. 40.

üzerine yoğunlaşmıştır¹¹³⁴. Buna göre, ekonomik faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişi AB rekabet kurallarının kapsamı dâhilindedir. Elbette bu kavram ekonominin en önemli aktörleri sayılan şirketleri de içine almaktadır.

Ekonomik faaliyet üzerinde temellendirilen işlevsel nitelikteki bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak “tek ekonomik birim doktrini” (*single economic unit doctrine*) ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşıma göre bir girişim gerçek veya tüzel kişi niteliğindeki kişi veya kişi topluluklarından oluşabilir. Buna göre şirket toplulukları da ekonomik anlamda bir entegrasyon sağladıkları ölçüde tek ekonomik birim olarak değerlendirileceklerdir¹¹³⁵.

Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, tek ekonomik birimin varlığını gösteren kıstas ana şirketin yavru şirketler üzerinde “belirleyici bir etki”ye (*decisive influence*) sahip olup olmadığıdır. Belirleyici etki kıstası içtihat hukukuyla geliştirilmiş ve yıllar içerisinde istikrarlı bir şekilde Avrupa mahkemeleri tarafından kullanılagelmiştir¹¹³⁶. Yavru şirket ekonomik olarak otonom veya bağımsız değilse, ayrı bir tüzel kişilik olarak hukuken bağımsız olsa dahi aynı girişimin bir parçası olarak değerlendirilecektir¹¹³⁷. Dolayısıyla yavru şirketin bağımsız olarak işletme faaliyetlerini yürütme hususunda karar alıp alamadığı, hareket edip edemediği tüm yönleriyle incelenecek ve ana şirket tarafından verilen talimatların niteliği göz önünde bulundurulacaktır¹¹³⁸. Bu yapılırken, şirketler arasındaki kurumsal, ekonomik ve hukuki bağlar bir bütün olarak dikkate alınacaktır¹¹³⁹. Belirleyici etki kıstasının iki unsuru vardır:

1) Belirleyici etkide bulunabilme yeteneği,

2) Fiilen etkide bulunuluyor olması¹¹⁴⁰.

Dolayısıyla ilk olarak ana şirketin yavru şirket üzerinde belirleyici etkide bulunabilme gücüne sahip olduğu tespit edilmelidir. Bu kapsamda şirketler arasındaki iktisadi ve hukuki

¹¹³⁴ Rose, V. / Bailey, D.: **Bellamy & Child, European Union Law of Competition**, Oxford University Press, 7th Edition, 2013, p. 94.

¹¹³⁵ Jones, Alison/B. Sufrin, Brenda, **EU Competition Law: Text, Cases, and Materials**, fifth edition, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 138.

¹¹³⁶ Joshua, J/Botteman, Y./Atlee, L. “You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement, **The European Antitrust Review**, 2012, s.5.

¹¹³⁷ *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071 para. 290. Case T-203/01

¹¹³⁸ *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, 14 Temmuz 1972, para: 132 – 137.

¹¹³⁹ *Akzo Nobel and Others v Commission* ECLI:EU:C:2009, 97/08 P - para: 58.

¹¹⁴⁰ Hofstetter, K. / Ludescher, M.: “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law” Setting Incentives for “Best Practice Compliance” **World Competition**, Volume 33, No. 1 March 2010, s. 4.

bağlar dikkate alınmalıdır¹¹⁴¹. Bu anlamda ana şirketin katılım payı ilk olarak incelenecek hususlardandır. *Commercial Solvents Corporation v Commission* kararında AAD %51’lik ortaklık payını tek ekonomik birim olarak kabul etme açısından yeterli bulmuştur¹¹⁴². Diğer taraftan azınlık pay sahibi olarak da ana şirketin yavru şirket üzerinde belirleyici etkide bulunabilmesinin mümkün olduğu *Fuji Electric System Co Ltd. v. Commission* kararında kabul edilmiştir:

“... Ana şirketin menfaatlerini temin amacıyla normalde sağlanan hakların ötesinde haklarla desteklenen azınlık pay sahipliği de yavru şirketin pazar faaliyetlerini belirleyici etkide bulunabilme gücünü sağlayabilir. Eldeki veriler tutarlı hukuki ve iktisadi göstergeler ışığında değerlendirildiğinde belirleyici etkinin fiilen uygulandığı tespit edilmelidir¹¹⁴³.”

“Belirleyici etki” kıstasının ikinci unsuru fiilen bu etkinin kullanılıyor olmasıdır. Dolayısıyla etki gücüne sahip olmak başlıbaşına yeterli değildir; bunun yanı sıra bu gücün kullanılıyor olması da tek ekonomik birimin meydana geldiğinin kabulü için gereklidir. Belirleyici etkinin fiilen kullanılıp kullanılmadığının tespiti noktasında çok katı bir yaklaşım benimsenmemiştir. Ana şirketin yavru şirketin pazar faaliyetlerini etkilediğinin ve onun politikalarını belirlemede müdahalede bulunduğu tespit yeterli görülmektedir. Dolayısıyla ana şirketin yavru şirketin olağan, gündelik idaresine müdahalede bulunmak şeklinde sıkı bir etkide bulunması, ona hiçbir hareket alanı bırakmaması aranmamaktadır¹¹⁴⁴. Bununla birlikte somut olarak ana şirketin belirli bir talimat veya etkisinin yavru şirketin rekabet hukukuna aykırı faaliyetine doğrudan sebebiyet vermesi de şart değildir¹¹⁴⁵.

Bu unsurların bir araya geldiğini ve söz konusu şirketlerin tek ekonomik birim haline geldiklerini ispat yükü yetkili rekabet otoritesi olan AB Komisyonu üzerindedir; ancak, yavru şirketler üzerinde tam hâkimiyet veya pay sahipliği söz konusuysa (*wholly-owned subsidiaries*) bu kurala bir istisna getirilmektedir. Eğer ana şirket doğrudan veya dolaylı olarak yavru şirketin bütün paylarına sahipse belirleyici etkinin varlığına yönelik aksi ispat edilebilir bir karinenin varlığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla yerleşik içtihatlarla kabul edilen bu karine gereğince komisyonun ispat yükü tersine dönmektedir. Böyle bir durumda ana şirket %100 pay sahipliği olsa dahi, belirleyici etkinin kurulmadığını, yavru şirketin iktisadi olarak otonom olduğunu ve

¹¹⁴¹ *Avebe v Commission* [2006] ECR II-3085, T-314/01 para: 135

¹¹⁴² Cases 6 ve 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. ve Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*, 6 March 1974, para: 6.

¹¹⁴³ *Fuji Electric System Co Ltd. v. Commission* 12 July 2011, Case T-132/07, para: 182 – 183.

¹¹⁴⁴ Olaerts, M. / Cauffman, C., “Química: Further Developing the Rules on Parent Company Liability” (October 14, 2011). **Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2011/33.**

¹¹⁴⁵ **Joshua/ Botteman /Atlee**, s. 6; *Fuji Electric System* para: 181,

birlikte tek ekonomik birim oluşturmadıklarını ve dolayısıyla aynı girişimin bir parçası sayılamayacaklarını ispatla yükümlüdür¹¹⁴⁶.

“...bir olayda ana şirketin rekabet ihlalinde bulunan yavru şirket üzerinde %100 pay sahipliği varsa ilk olarak ana şirketin yavru şirketin işleyişinde belirleyici etkiye sahip olduğu kabul edilir; ancak bu gücü fiilen kullandığı konusundaki kabul aksi ispat edilebilir bir karine teşkil etmektedir. Bu koşullarda, Komisyonun %100 pay sahipliğini kanıtlaması, ana şirketin yavru şirketin ticari faaliyetleri üzerinde belirleyici etkide bulunduğunu kabul etmek için yeterlidir. Ana şirket yavru şirketin bağımsız hareket edebilme iktidarına sahip olduğunu ispat ederek bu karineyi çürütemezse yavru şirkete kesilen cezayı ödeme noktasında onunla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.”¹¹⁴⁷

Tek ekonomik birim doktrininin doğal bir sonucu yavru şirketin sorumluluğunun ana şirkete de yöneltilebilir olmasıdır. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda sorumluluğun birlikte veya ayrı ana ve yavru şirkete karşı ileri sürülmesi mümkündür¹¹⁴⁸. Bu bağlamda AB Komisyonu şirketler topluluğu içerisinde bulunan herhangi bir şirkete veya çok katmanlı bir topluluk yapısı söz konusuysa en tepede bulunan topluluk hâkimine müracaat ederek bunların birlikte ve müteselsil sorumluluklarını ileri sürebilir¹¹⁴⁹. Bu anlamda ara hâkim ortaklıkların bulunduğu çok katmanlı topluluklarda (*multi-tiered groups*) en tepede bulunan topluluk hâkimi yavru şirkette doğrudan pay sahibi olmasa dahi dolaylı hâkim olarak sorumlu kılınabilecektir¹¹⁵⁰.

Bununla birlikte AB Rekabet Hukuku kapsamında benimsendiği biçimiyle tek ekonomik birim doktrini çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. Sıklıkla ifade edilen eleştirilerden birisi tam hâkimiyet altındaki şirketlerle ilgili olarak kabul edilen belirleyici etki karinesine yöneliktir. Ana şirket %100 pay sahibi olsa dahi yavru şirketin yine de bağımsız olabileceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda olağan usulün dışına çıkılarak ispat yükünün el değiştirmesi hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹⁵¹.

Diğer taraftan karinenin çürütülmesinin neredeyse imkânsız olduğu çünkü ana şirketin tek ortağı olduğu yavru şirket üzerinde ticari politikaların belirlenmesi noktasında etki uygulamasının

¹¹⁴⁶ Ezrachi, A., **EU Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases**, Third Edition, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 24.

¹¹⁴⁷ Akzo, para: 60,61.

¹¹⁴⁸ *Commercial Solvents* para. 41: “her iki şirket de bir ekonomik birim olarak kabul edilmeli; birlikte ve müteselsil olarak sorumlu tutulmalıdır.”

¹¹⁴⁹ Wils, W., “The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons”, **European Law Review**, 2000, s. 9.

¹¹⁵⁰ *General Química and Others v Commission* 20 January 2011, C-90/09 P - para: 84 – 87. “... bir holding şirketin, dolaylı olarak başka bir şirket vasıtasıyla olsa dahi, belirleyici etkide bulunduğu sürece doğrudan pay sahibi olmaması onun yavru şirketin rekabet ihlallerinden kaynaklanan sorumluluğunu üstlenmesine engel olmaz.”

¹¹⁵¹ Bkz. AKZO “Opinion of Advocate General Kokot delivered on 23 April 2009”, para: 66

doğal olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵². Hangi hallerde %100 paysahipliği bulunsa dahi belirleyici etki kıstasının gerçekleşmeyeceği AKZO kararında şu şekilde örnek olarak gösterilmiştir:

“...AB Komisyonu haklı olarak şu örnekleri vermektedir : (a) ana şirketin bir yatırım şirketi olması ve tamamen bir finansal yatırımcı gibi hareket etmesi, (b) ana şirketin geçici ve kısa süreliğine yavru şirketin 100% paylarını elinde tutuyor olması, (c) hukuki sebeplerden dolayı ana şirketin yavru şirket üzerindeki 100% kontrolünü kullanmaktan alıkoynuluyor olması gibi durumlardır ¹¹⁵³.

Burada örnek olarak gösterilen hususlarda esasında şekli bir paysahipliği bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre gerçek anlamda ana şirket – yavru şirket bağının söz konusu olduğu durumların neredeyse tamamında %100 paysahipliği belirleyici etki kıstasının gerçekleştiği kabulüyle tek ekonomik birimin meydana gelmesi sonucunu doğuracaktır.

3.3.2.2.4.2 Avrupa Birliği’nin Şirketler Topluluğuyla İlgili Mevzuat Çalışmaları

Şirketler topluluğuyla ilgili topluluk düzeyinde yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi fikri ilk olarak bir Avrupa Şirketi için Statü (*Societas Europea*) ile ilgili çalışmalar kapsamında gündeme gelmiştir. Bu kapsamda hazırlanan taslaklardan 1970 ve 1975 tarihli olanlarında şirketler topluluğuna da bir bölüm ayrıldığı görülmektedir (Title VII, 223 – 240 maddeler). Ancak bu düzenlemeler 2004 yılında yürürlüğe giren nihai Statüde yer almamaktadır¹¹⁵⁴. Bununla birlikte grup içi sorumluluk (*intragroup liability*) meselesiyle ilgili söz konusu düzenlemeler bahse değer hükümler içermektedir.

Taslağın 223. maddesinde topluluğun oluşumu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tek elden yönetim (*unified management*) altında bulunan kontrol sahibi bir girişim (*controlling undertaking*) kendisine bağlı bir veya daha fazla sayıda şirket (*company*) ile birlikte bir grup oluşturmaktadır. Topluluk şirketlerinden birisinin Avrupa Şirketi (SE) olması şarttır. Bu düzenlemeye göre şirketler topluluğunu oluşturan olgular kontrol ve tek elden yönetim olarak belirmektedir¹¹⁵⁵.

Taslakta bizim için en ilgi çekici düzenleme alacaklıların korunmasıyla ilgili 239. maddedir. Bu düzenleme açıkça kontrol sahibi topluluk hâkimi girişimin bağlı şirket borçlarından

¹¹⁵² Hofstetter/Ludescher, s. 5.

¹¹⁵³ AKZO, Advocate General Kokot’un mütalaası, 23 April 2009; Joshua/ Botteman /Atlee, s. 7; Briggs , J.D./Jordan, S., “Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise”, **Global Competition Litigation Review**, 2009, s. 2.

¹¹⁵⁴ Avrupa Şirketi Statüsü için bkz. Statute for a European Company (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/statute-for-a-european-company.html>). Erişim tarihi 17/12/2022). Antunes, Liability of Corporate Groups, 279.

¹¹⁵⁵ Antunes, Liability of Corporate Groups, 281.

dolayı sorumlu olacağını hüküm altına almaktadır. Bunun için bağlı şirket alacaklısı öncelikle kendi borçlusu şirkete yazılı olarak müracaat etmelidir. Buna rağmen alacağını tahsil edemiyorsa topluluk hâkiminden borcun ödenmesini talep edebilir. Dolayısıyla topluluk hâkiminin bağlı şirket borçlarından dolayı doğrudan, genel ve sınırsız bir şekilde sorumluluğu öngörülmüştür. Bu yaklaşım şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluk kuralının kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Bu anlayışın temelinde şirketler topluluğunun aynı ekonomik girişim üzerinde hayata geçirilen çok şirketli bir yapı olduğu fikri yatmaktadır. Topluluğu her hâlükârda tek ekonomik bütünlük veya birim olarak değerlendiren bu yaklaşımın böyle bir sonuca ulaşması doğaldır ancak bu radikal değişiklik teklifi kabul görmemiştir¹¹⁵⁶.

Aynı yaklaşımın izlerini şirketler topluluğuyla ilgili topluluk genelinde bir yeknesaklık sağlama hedefiyle ortaya çıkan Dokuzuncu Şirketler Hukuku Yönergesi taslağında da görmek mümkündür. İki bölümden oluşan bu taslağın ilk bölümü 1974, şirketler topluluğuyla ilgili esaslı düzenlemeler öngören ikinci bölümü ise 1975 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanmıştır. Bu taslak daha sonra 1977, 1980 ve 1984 yıllarında tadil edilerek son halini almıştır¹¹⁵⁷. Taslakta topluluk üyesi ülkelere istekleri halinde ulusal hukuklarında yer verebilecekleri seçmece düzenlemeler sunulmuştur. Bunlar Alman hukukundaki yaklaşıma benzer nitelikte fiili topluluk – sözleşmesel topluluk ayrımını içeren düzenlemeler ile Avrupa şirketiyle ilgili yukarıda bahsi geçen tek elden yönetime dayalı tek tip bir topluluk yapısı öngören düzenlemeler olarak bir ayrıma tabi tutulabilir¹¹⁵⁸.

Bu mevzuat çalışmaları içerisinde bir Avrupa Şirketi için Statü taslağında yer alan ve Dokuzuncu Yönerge taslağında da kendine yer bulan düzenlemeler tek elden yönetilen şirketler topluluğu meselesini doğrudan hedef alan en ileri dogmatik düzenlemelerdir. Bu düzenlemelere ruhunu veren anlayış tek elden yönetilen (*unified management*) bir topluluğun aslında tek ekonomik birim (*single economic unity*) veya tek girişim (*single enterprise*) olarak yeniden tanımlanması gerektiğidir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemeleri hazırlayanların ekonomik gerçekliği temel alarak, katı ayrılık ilkesini esas alan geleneksel yaklaşımın (*entity law approach*) tam aksini iddia eden işletme yaklaşımını (*enterprise approach*) benimsediği ifade edilebilir. Buna göre şirketler topluluğu sadece birbirinden bağımsız şirketlerin bir araya gelerek

¹¹⁵⁶ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 282.

¹¹⁵⁷ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 286. Orjinal adı *Draft Proposal for a Ninth Council Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty relating to links between undertakings and in particular to groups* olan taslağın nihai metni için bkz. http://www.mhc.ie/uploads/9th_proposal.pdf (Erişim tarihi : 17.12.2022).

¹¹⁵⁸ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 285.

oluşturduğu bir gruplaşma olarak değerlendirilemez. Tamamen şirketlerin pay sahiplerinden bağımsız tüzel kişilikler olduğu kuralına dayanarak bunları bir arada tutan hâkimiyet, kontrol veya tek elden yönetim gibi olguları yok saymak gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır¹¹⁵⁹.

Antunes bu kurallarla öngörülen sorumluluk rejiminin şirketler hukukunun geleneksel ayrılık ilkesini temel alan yaklaşımına karşı gösterilmiş en güçlü tepki olduğunu ve ekonomik gerçekliği odağına alan böyle bir kurumsal sorumluluk yaklaşımının devrim niteliğinde olacağını belirtmektedir¹¹⁶⁰. Ancak, sonuçta her iki mevzuat çalışması da taslak olarak kalmış ve bağlayıcı bir hukuki metin haline gelememiştir. Bu kadar radikal bir tutum benimseyerek sınırlı sorumluluk ilkesini neredeyse uygulanamaz hale getirmenin ortaya çıkarabileceği risklerin göze alınamadığı ifade edilebilir. Bu süreçte karşı görüş olarak ortaya atılan ve anglo-sakson yaklaşımı olarak da adlandırılan yaklaşımın galip geldiği görülmektedir. Bu yaklaşım şirketler topluluğunun ve sorumluluk rejiminin önerildiği haliyle yasa hükümleriyle düzenleme altına alınmasına şirketler hukukunun gelişimini sekteye uğratacağı ve ekonomik olarak maliyetli olacağı gerekçeleriyle karşı çıkmaktadır. Bunun yerine konunun bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi olarak ele alınması, şirketlere tanınan sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması halinde olay bazında yargısal değerlendirme yapılarak bir sonuca varılması yaklaşımı önerilmektedir. Sonuç olarak bu yaklaşım tercih edilmiştir¹¹⁶¹.

3.3.2.2.5. Genel Değerlendirme

Şirket formu belirli bir ticari faaliyeti yürütmek üzere girişimcilerin kullanımına sunulan hukuki bir araçtır. Dolayısıyla şirket formu (*corporate form*) vasıtasıyla yürütülen bir girişim, temelinde onun ekonomik boyutunu temsil eden işletme faaliyeti (*enterprise*) ile bunun üzerine inşa edilen ve onun hukuki boyutunu temsil eden şirket (*company*) olmak üzere iki unsur içermektedir. Esasında bu unsurlar arasında bir özdeşlik hali bulunmaktadır. Birisi girişimin dışa yansıyan hukuki yüzünü diğeryse temelinde bulunan ekonomik boyutunu oluşturmaktadır.

Bir işletme faaliyetinin çok şirketli bir yapı tarafından yürütülmesi halinde ise bu özdeşlik hali ortadan kalkmaktadır. Girişimin işletme temelinde bir birlik varken dışa yansıyan hukuki görünümünde ise bir çokluk hali ortaya çıkmaktadır. Yukarıda örnekleriyle gördüğümüz üzere bu durum sınırlı sorumluluk kuralıyla birleştiğinde alacaklıların korunması noktasında sorunlara yol

¹¹⁵⁹ *Antunes*, Liability of Corporate Groups, s. 293.

¹¹⁶⁰ *Antunes*, Liability of Corporate Groups, s. 292.

¹¹⁶¹ Farklı yaklaşımlar için bkz. Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 April 2011, sh. 58 vd.

açmaktadır. Ne şirketler hukukunun katı ayrılık ilkesini esas alan yaklaşımı (*entity law approach*) ne de geleneksel perdeyi kaldırma yaklaşımları (*traditional veil-piercing*) bu soruna bir çözüm yolu sunabilmektedir. Bu sebeple girişimin işletme temelini de dikkate alan çözüm yolları ortaya atılmıştır.

Avrupa Birliği bu kapsamda bir takım düzenlemeler yapmaya çalışmış; ancak başarılı olamamıştır. Bu düzenleme ortak yönetim (*unified management*) ve kontrolün varlığını topluluk hâkiminin sorumluluğu için yeterli bulan bir hukuki çerçeve öngörmüştür. Şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluk kuralının uygulanmasını ciddi anlamda kısıtlayan bu tarz bir düzenleme yaklaşımı tek ekonomik birim halinde yapılandırılan veya fiili olarak bu şekilde faaliyet gösteren çok şirketli yapılara karşı alınabilecek en uç önlem olacaktır. Şu an itibariyle böyle bir eğilim gözlemlenmemektedir. Gerek Alman hukukunda gerekse bizim hukukumuzda hayat bulan mevcut düzenlemeler bağlı şirketin kaybının telafisi ve borçlarını ödeyebilir bir halde ayakta tutulmasının temini üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda topluluğun tek ekonomik birim veya işletme şeklinde bir yapıya sahip olması mevcut düzenlemelerin ilgi alanı dışındadır. Bu olgu sorumlulukla alakalı konularda özellikle bir fark doğurmaz.

Konu daha çok bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi olarak gelişim göstermiş ve bu anlamda farklı yargısal uygulamalar ortaya çıkmıştır. Yukarıda karşılaştırmalı olarak ele aldığımız hukuk sistemleri içerisinde en kapsamlı uygulamayı ABD mahkemeleri geliştirmiştir. Bu uygulamayla ilgili altı çizilmesi gereken en önemli hususlardan birisi *Green* kararındaki 18 maddelik listedir. Referans niteliğindeki böyle bir kararda, çok şirketli bir yapının tek bir işletme oluşturup oluşturmadığını araştırırken mahkemelerce dikkat edilmesi gereken hususlarla ilgili böyle bir liste yapılması uygulama birliğinin sağlanması ve öngörülebilirlik açısından faydalı olmuştur. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine karşı ileri sürülen en önemli eleştiri; yani, her olaya uygulanabilir genelgeçer bir uygulama tarzı geliştirilememesi bu davalar için de geçerlidir. Benzer olaylarda farklı kararlar çıkabilmektedir.

3.3.2.3. Türk Hukuku

Türk kanun koyucusu şirketler topluluğunun içinde barındırdığı topluluk tehlikesi kavramıyla ifade edilen birtakım riskleri göz önünde bulundurarak sorumluluğa ilişkin hükümler getirmiştir. Bu bağlamda şirketler topluluğu şirketlerden ayrı bir olgu olarak tanınmış ve çeşitli yönleriyle birlikte düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda sorumluluk meselesi de ne kadar etkili olduğu tartışmalı olmakla birlikte bir hukuki çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır. Büyük

oranda Alman hukuku örnek alınarak vazedilen sorumluluk hükümlerinin de gösterdiği gibi hukuk düzenimiz şirketler topluluğunu şirketlerden ayrı riskler barındıran bir olgu olarak görmektedir. Kanun koyucunun bu gerçekçi yaklaşımı şirketler topluluğuyla ilgili topluluğun ekonomik boyutuna dayanan bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemini teklif etme noktasında bizi cesaretlendirmelidir.

Bu bağlamda şirketler topluluğunun kanun koyucunun iradesi hilafına yapısal olarak kötüye kullanılması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve bağlı şirket borçlarından dolayı topluluk hâkimi ve işletmenin parçası haline gelen diğer bağlı şirketlerin sorumluluğu yoluna gidebilme imkânı araştırılması gereken bir konudur.

Yargıtay da özellikle son yıllarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine atıfla aynı topluluğa dâhil davalı topluluk şirketlerinin birlikte değerlendirilmeleri sonucunu doğuran kararlar vermiştir. Bu bölümde özellikle Yargıtay uygulamalarına değinilerek kararlarda kullanılan terminoloji, dikkate alınması gereken olgular ve uygulanması gereken kıstaslarla ilgili tavsiyelerde bulunulacaktır.

3.3.2.3.1. Yargı Kararlarında Perdeyi Kaldırma Bağlamında Kullanılan Kavramlar

Bir şirketin borcu sebebiyle başka şirket veya şirketlere müracaat edilmesi konusunda kullanılan kavramlar noktasında bir karmaşanın varlığından söz edilebilir. Özellikle yargı kararlarına bakıldığında *organik bağ*, *çapraz perdeyi kaldırma*, *iktisadi bütünlük*, *tek şirket sayılma* gibi kavramların bir arada veya bir ayırım gözetmeksizin birbirleri yerine kullanıldığı görülebilmektedir. Bu bağlamda öncelikle bu kavramları kısaca açıklamak ve farklılaştıkları noktaları belirlemek gerekmektedir.

3.3.2.3.1.1. Organik Bağ

Birden fazla şirkete sorumluluk ithaf edildiği durumlarda en sık karşılaşılan kavramlardan birisi organik bağ kavramıdır. Farklı hukuk dalları tarafından sıklıkla kullanılan bu kavramın mevzuatta bir tanımı bulunmamaktadır. Uygulamada geliştirilen organik bağın artık yerleşik bir kavram haline geldiği ifade edilebilir.

Şirketler topluluğu veya birbiriyle ilişkili birden fazla şirketin söz konusu olduğu davalarda şirketler arasındaki irtibatı ifade etmek üzere tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, özellikle de çapraz perdeyi kaldırma kavramıyla birlikte ve hatta bu kavramların yerine kullanılabildiği görülmektedir. Hâlbuki organik bağ kavramsal olarak bir teoriden çok bir olguyu

belirtmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını bir süreç olarak ele aldığımızda organik bağın, tespiti gereken ilk olgu olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla organik bağ, sorumluluğu iddia edilen şirketler arasında mali, idari, ortaklık yapısı, yöneticilerin kimliği veya aralarındaki akrabalık ilişkisi gibi bağlar sebebiyle bir bağlantı olduğunu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır¹¹⁶². Hukuken kurulmayan bağların bu tip olgular vasıtasıyla fiilen kurulduğunu ifade eder¹¹⁶³.

Söz konusu şirketler arasındaki bağlantı aynı hâkimiyet yapısı altında olmaktan kaynaklanıyorsa bu zaten bir şirketler topluluğunun varlığını göstermektedir. Dolayısıyla hâkimiyet sebebiyle kurulmuş bir bağlantının varlığı halinde artık organik bağ gibi bir kavramın kullanılmasına ihtiyaç yoktur. Bu anlamda organik bağın hâkimiyete göre daha genel ve fiili olgulara atıf yapan bir kavram olduğu ifade edilebilir.

Bu farklılık özellikle yatay topluluklar açısından önemlidir. Bu tip topluluklar eşit seviyede bulunan şirketlerin tek elden yönetimi yoluyla kurulur¹¹⁶⁴. Bu şekilde tek elden yönetimi sağlayan bağ hâkimiyet ilişkisinden ziyade organik bağ olabilir. Dolayısıyla dikey topluluklardan farklı olarak yatay topluluklarda organik bağ da topluluğun oluşumunu sağlayan bir faktör olarak belirebilmektedir. Bu anlamda bağlı şirketler aralarındaki organik bağ sayesinde bir topluluk oluşturabilmektedir¹¹⁶⁵. Böyle bir yapıya sahip topluluklarda bir şirket borcundan dolayı topluluk

¹¹⁶² Akıncı, Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, ss.652-678, (Akıncı, Alacaklılar), s. 670.

¹¹⁶³ Bkz. YRG. 15. HD. 2000/5126 E.; 2001/399 K., T. 23.1.2001 “...Devreden ve devralan şirketin ortakları yakın akraba olduğundan iki tüzel kişilik arasında organik bağın bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekir.” YHGK. 2019/11-808 E., 2020/504 K., T. 01.07.2020: “Şirketler arasında organik bağ olup olmadığı; şirketlerin adreslerinin aynı olması, ortaklık yapılarının ve yönetim kurullarının benzer olması veya temsilcilerinin aynı olması, faaliyet alanları, hisse devirleri, muvazaalı işlemler gibi hususlar ve somut olayın özellikleri de gözetilerek tespit edilebilir.”

¹¹⁶⁴ Eminoğlu, Cafer, **Konzern / Gesellschaftengruppe, Österreich – Türkei – EU – Ein Rechtsvergleich**, İstanbul, 2013, s. 12.

¹¹⁶⁵ YRG. 11. HD. 1.4.2021 tarihli ve E. 2020/6865, K. 2021/3225 kararı bu kapsamda irdelenmesi gereken önemli bir karardır. İlk derece mahkemesi davacının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve davalı gerçek kişiler ile şirketlerin sorumluluğuna yönelik taleplerini şu gerekçeyle haklı bulmuştur: “Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davalılar bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması koşulları tam olarak karşılanmasa da iki şirket ve ortakları arasında bir bağ bulunduğu, organik bağın varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında olduğu gibi borçlu şirketin tüzel kişiliğinden ayrı, bağımsız bir kişinin sorumluluğuna gidilebileceği, borçlu şirketin iştirak konusu ile davalı şirketin iştirak konularının benzer olduğu, davalı şirketin ortakları ile asıl borçlu şirketin ortağı olan H. S. arasında akrabalık ilişkisi bulunduğu, borçlu şirketin taraf olduğu bazı icra dosyalarında davalı İ. T.’in temlik alacaklısı olduğu, böylelikle nam-ı müstear kullanılarak aslında borçlu şirketin kendi aleyhine yapılan takipte başka bir adla alacaklı tarafta da yine kendisinin yer aldığı, H.S.’in, davalı şirketin çalışanı olarak işe alındığı, her ne kadar “A..n Moda Tekstil Boya Baskı Kasar San. ve Tic. Ltd. Şti’nin, “A..n Moda Tekstil Sanayi ve Dış Ticaret Ltd. Şti.”nden farklı bir şirket olduğu savunulsa da, faaliyet konuları benzer ve asıl borçlu şirketle bağlantısı olan aynı isimde iki ayrı şirketin

içerisindeki başka bir şirkete başvurulması söz konusuysa şirketler arasında organik bağ bulunduğundan bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelebilir.

Böyle bir topluluk yapısı söz konusu olmasa dahi birbiriyle irtibatlı iki şirket arasında organik bağ olduğundan bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talep edilebilir. Dolayısıyla organik bağ tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını tetikleyen bir olgudur. Başlı başına sorumluluğa yol açan bir sebep olarak değerlendirilmemelidir¹¹⁶⁶.

3.3.2.3.1.2. Çapraz Perdeyi Kaldırma

Birden fazla şirketin dâhil olduğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepli davalarda gündeme gelen diğer bir kavram çapraz perdeyi kaldırma kavramıdır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir alt türü olarak yukarıda ele aldığımız düz perdeyi kaldırma ve ters perdeyi kaldırmanın bir arada uygulanması durumu çapraz perdeyi kaldırma olarak nitelendirilmektedir¹¹⁶⁷.

kurulmuş olmasının tesadüf olarak değerlendirilemeyeceği, asıl borçlu şirketin davacı bankaya olan kredi borcundan davalıların tahsilde tekerrür olmamak üzere sorumlu tutulmaları gerektiği...” Daire bu kararı şu gerekçeyle bozmuştur: “...somut uyumsuzlukta, davalıların dava dışı borçlu şirketin ne ortağı, ne kefili, ne de yöneticisi oldukları, icra dosyalarında alacakların temlik alınması, akrabalık bağı, dava dışı şirket ortağı ve kefilinin bir dönem davalı şirkette çalışması, dava dışı borçlu şirket ile davalı şirketin faaliyet konularının benzer olması, dava dışı şirket borcundan dolayı hacizli taşınmaz üzerinde davalı şirket unvanına benzer bir şirketin faaliyet göstermesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ya da organik bağın varlığının kabulü için yeterli olmadığı, kaldı ki; temlik işlemleri nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacının her bir işlemin iptalini talep edebileceği hususları nazara alınarak davanın reddine karar vermek gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Öncelikle organik bağ tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine alternatif bir yol olarak değerlendirilmemelidir. Organik bağ bir sorumluluk sebebinden ziyade bir olgu olarak dikkate alınmalıdır. Somut olayda da davalı şirketler ile asıl borçlu şirket ortakları arasında akrabalık, ortak çalışanlar, işletme faaliyetlerinin benzerliği, dışa karşı verilen birlik intibai gibi bir takım bağlar olduğu görülmektedir. Bu şirketler aynı hâkimiyet bağıyla bir üst otoriteye bağlı değildir; ancak, diğer türlü bahsi geçen bağlar ile birbirleriyle ilişkilidirler. Dolayısıyla eldeki veriler bunlar arasında organik bağ olduğu ve bu bağlamda söz konusu şirketlerin bir yatay şirketler topluluğu oluşturduğu yönünde ciddi kuşkulara yol açmaktadır. Bu hususun daha detaylı bir şekilde araştırılmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu yapısal sebeplerle perdenin kaldırılması ve sorumluluk için yeterli değildir. Sorumlulukla ilgili olarak ayrıca aşağıda kınanabilirlik unsuru altında ele alınan hususların varlığı da araştırılmalıdır. Bkz. aşağıda s. 416. vd..

¹¹⁶⁶ Bu anlamda Yargıtay’ın organik bağı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine alternatif bir teori veya uygulama olarak değerlendiren şu tespitlerine katılmıyoruz “*Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindendir. Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklılarına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hakim hukuku biçiminde bir son çaredir. ‘Organik Bağ’ tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz.*” Bkz.YRG. 9. HD. 2014/23021 E. 2014/36630 K. T.2.12.2014.

¹¹⁶⁷ Düz ve ters perdeyi kaldırma kavramlarıyla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 43 vd.

Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda gündeme gelen çapraz perdeyi kaldırmada önce düz perdeyi kaldırma yoluyla bağlı şirket borcundan dolayı onun hâkim ortağı konumunda olan topluluk hâkimine gidilmektedir. Bir sonraki adımda ise ters perdeyi kaldırma yoluyla hâkim ortağın borcu sebebiyle ona bağlı diğer bir topluluk şirketinin sorumluluğu cihetine gidilir. Böylelikle sonuç olarak bir bağlı şirketin borcu sebebiyle, onun kardeşi konumundaki diğer bir bağlı şirketin sorumluluğuna gidilebilmektedir¹¹⁶⁸. Bu anlamda çapraz perdeyi kaldırma tipik perdeyi kaldırma hallerinin şirketler topluluğuna uyarlanarak uygulanması sonucunda ortaya çıkan bir perdeyi kaldırma tekniğidir. Geleneksel perdeyi kaldırma hallerinde aranan şartlar, yani şirketin araçsallaştırılması ve hileli veya aldatıcı davranış unsurları burada da aranmalıdır. Dolayısıyla perdenin kaldırılması borçlu bağlı şirketin hâkim ortağı olan topluluk hâkiminin kötünietli davranışına dayandırılmaktadır.

Buna rağmen gerek doktrinde gerekse bazı yargı kararlarında çapraz perdeyi kaldırmayı topluluğun yapısal özellikleriyle ilişkilendiren yaklaşımlar görülebilmektedir. Mesela Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2020 tarihli bir kararında şu tespitlere yer verilmiştir¹¹⁶⁹:

“28... tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanmasında **her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve derin bir kesişme vardır ki; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisinde tek bir şirketle iş yapılıyor algısı oluşmaktadır.** Ayrıca üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan bu algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp iş alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir¹¹⁷⁰.”

Çapraz perdeyi kaldırma geleneksel perdeyi kaldırma başlığı altında ele aldığımız davranış odaklı kötüye kullanmalar sebebiyle gündeme gelebilecek bir önlem olarak düşünülmelidir. Yani borçlu bağlı şirketin veya diğer bir topluluk şirketinin sorumluluktan kaçınma amacıyla bir paravan, cep veya perdeleme aracı olarak kullanılması halinde gündeme gelebilir. Böyle bir durumda bağlı şirket alacaklısı kendi borçlusu şirketi araçsallaştıran topluluk hâkimi ve onun hileli amaçlar için kullandığı kardeş şirket konumundaki diğer bağlı şirketlerin sorumluluğunu ileri sürebilecektir.

Dolayısıyla kararda belirtildiği gibi *tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda büyük ve derin bir kesişme* olması; *bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisinde tek bir şirketle iş yapılıyor algısı* yaratılması hileli davranışın varlığıyla ilgili destekleyici olgular olarak değerlendirilebilir;

¹¹⁶⁸ Yanlı, s. 40, 41.

¹¹⁶⁹ YHGK. 2019/11-808 E., 2020/504 K., T. 01.07.2020.

¹¹⁷⁰ Metinde bulunan koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

ancak bunların varlığı çapraz perdeyi kaldırma için şart değildir. Bu hususlar daha çok topluluğun yapısal özellikleri sebebiyle, tek ekonomik birim çerçevesinde perdenin kaldırılmasıyla alakalı olarak dikkate alınması gereken hususlardır¹¹⁷¹.

3.3.2.3.1.3. Tek Ekonomik Birim – İktisadi Bütünlük – Tek Şirket Sayılma

Birden fazla şirkete davalı olarak sorumluluk atfedildiğinde sıklıkla kullanılan diğer kavramlar tek ekonomik birim, iktisadi bütünlük, aslında tek şirketin varlığı ve benzer kavramlardır. Bu kavramlarla altı çizilen husus topluluğun aslında görünenin aksine tek bir yapı veya bütünlük olarak değerlendirilmesi gerektiğidir.

Bu yaklaşım hukukumuza yabancı değildir. Genel kural olan tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesine rağmen çok şirketli yapıların ekonomik olarak bütünlük oluşturmalarına hukuki sonuçlar bağlayan yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan belki de en göze çarpanı Türk Rekabet Hukuku’nun temelini oluşturan 4054 sayılı ve 7 Aralık 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 3. maddesidir. Rekabet hukukunun ana aktörleri olan teşebbüsler kavramsal olarak “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla tüzel kişiliği olsun olmasın ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden yapılar teşebbüs olarak nitelendirilebilecektir. Bu bağlamda bünyesinde ayrı tüzel kişilikleri barındıran bir şirketler topluluğu da ekonomik bütünlük teşkil ediyorsa teşebbüs olarak nitelendirilerek tek bir ünite veya birim olarak değerlendirilebilecektir¹¹⁷².

¹¹⁷¹ Söz konusu kararda sonuç olarak hileli davranışlardan bahisle perdenin çapraz kaldırılmasına ve kardeş şirketin davalı asıl borçlu şirketin borcundan dolayı sorumluluğuna karar verilmiştir (YHGK. 2019/11-808 E., 2020/504 K., T. 01.07.2020): “43. Sonuç itibarıyla yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında; sonradan kurulan davalı T....r Mermer ve Maden İşletmeleri Üretim İhracat ve Tic A.Ş.’nin asıl borçlu davalı şirketin aktif değerleri ile aynı sektörde faaliyetine devam ettiği, asıl borçlu şirketin ise gayri faal ve borçlarını ödeyemez durumda olduğu, bu itibarla yeni kurulan davalı şirket ile asıl borçlu şirket arasında organik bağın ötesinde gerek yönetsel, gerekse mal varlığı açısından iktisadi bütünlük olup birbirinin devamı mahiyetinde oldukları gözetildiğinde, sonradan kurulan davalı T....r Mermer ve Maden İşletmeleri Üretim İhracat ve Tic A.Ş.’nin asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla ve kötü niyetle kurulduğunun kabulünü gerektirmektedir.”

¹¹⁷² Rekabet Kurulu, kararlarında teşebbüs tanımıyla ilgili olarak fonksiyonel ölçüt ve şekli ölçüt olmak üzere bir ayrıma gitmekte ve şekli ölçütü esas alarak bir teşebbüsün var olup olmadığını tespit etmektedir. Bu ölçüte göre, önemli olan bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturmaktır. Bu anlamda hukuken bağımsız olan şirket veya teşebbüsler ekonomik açıdan başka bir teşebbüsün kontrolü altındaysalar bağlı oldukları teşebbüsle birlikte değerlendirilirler. Güven, Pelin, **Türk Rekabet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 87. Mesela bu husus ceza miktarının tespitinde oldukça önemlidir. RKHK m. 16’ya göre teşebbüsün cirosunun %10’una kadar ulaşacak miktarda para cezası verilebilmektedir. Cironun hesaplanmasında topluluğa dâhil bütün şirketlerin ciroları hesaba katılacaktır. Bu açıklamalar ışığında büyük oranda AB Rekabet Hukuku’ndan etkilenen Türk Rekabet Hukuku’nda da yukarıda detaylı bir şekilde

RKHK m. 3 maddesine benzer bir düzenleme TTK'da bulunmamaktadır. Şirketler hukukunda şirketler topluluğunun ekonomik boyutunu esas alarak sonuca varma yaklaşımı yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Bu gelişme karşılaştırmalı hukuk bahsinde yukarıda ele alınan diğer hukuk sistemlerinde de görülmektedir¹¹⁷³. Kısaca ifade etmek gerekirse, görünüşte farklı birimlerden meydana gelen topluluğun aslında tek bir yapı gibi hareket etmesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve sorumluluk ithafına gerekçe yapılabilmektedir. Bu suretle topluluğun tek bir birim veya yapı gibi kabulü sonucunu doğuran perdenin kaldırılması tekniği, doktrinde, “özdeşleştirme (*identification*)”, “işletme sorumluluğu teorisi (*enterprise liability theory*)”, “tek ekonomik birim teorisi (*single economic unit theory*)” gibi farklı isimlerle kavramlaştırılmıştır¹¹⁷⁴.

Şirketler topluluğunun tek bir işletme veya ekonomik birim olarak faaliyet gösteren tabanıyla dış dünyaya yansıyan çok parçalı hukuki görünümü arasındaki çelişki bu teorilerin altını çizdiği temel meseledir. Bu bağlamda tek ekonomik birim, ünite veya bütünlük gibi kavramlarla ifade edilen durum esasında topluluk hâkiminin hukuka aykırı birtakım hileli davranışlarından ziyade topluluğun yapısal sorunlarına odaklanmaktadır. Öyle ki şirketler topluluğu tek bir yapı veya bütünlük olarak hareket etmek üzere tasarlanmış veya fiilen böyle faaliyet gösterir bir hale gelmiştir. Sorumluluk noktasında hukukun önemli sonuçlar bağladığı şirketler arasındaki mal ve şahıs ayrılığının uygulamada bir karşılığı bulunmamaktadır. Şirketler hukukunun yerleşik kural ve ilkelerine rağmen hâkimiyet olgusunu tanıyan ve böylelikle şirketler topluluğunu girişimcilerin hizmetine sunan kanun koyucunun iradesi böyle topluluklara da meşruiyet kazandırmak değildir. Bu anlamda hâkimiyetin kullanımı belirli sınırlara tabi tutulmuş ve bu sınırlara uymayan uygulamalar için birtakım sorumluluk hükümleri getirilmiştir. Dolayısıyla hâkimiyet altında olsalar dahi bağlı şirketler bir şube, şirket bölümü veya diğer türlü bir araç olarak kullanılamaz. Böyle bir yapılandırmanın kanun koyucunun iradesini dikkate almayan, hukuka aykırı bir yapılandırma olduğunu ifade etmek gerekir. Bunun bir sorumluluk sebebi yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa hangi şartlara tabi tutulacağı ise ayrı bir meseledir.

Kısacası topluluğun bir yapı, birim, bütünlük oluşturduğu hususu topluluğun yapısal olarak hukuka aykırılığı noktasında ele alınması gereken konulardır. Eğer bu olgular üzerinden bir sorumluluk ithaf edilecekse burada topluluk hâkiminin işlem bazında yaptığı davranışların

incelediğimiz tek ekonomik birim (*single economic unit*) doktrininin kabul gördüğü ifade edilebilir. Günay, Cevdet İlhan, **Rekabet Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, sh. 93.

¹¹⁷³ Bkz. Yuk. s. 271 vd.

¹¹⁷⁴ **Vandekerckhove**, s. 380.

aldatıcılığı gibi konular değerlendirme konusu yapılmamalıdır; zira böyle bir topluluk yapısı somut olayda davacı konumunda bulunan bağlı şirket alacaklısı düşünülerek, ona zarar verme amacıyla oluşturulan bir yapı değildir. Olayın özelliklerine göre daha çok muhtemel alacaklılara karşı, onların sorumluluk iddialarını savuşturmak için oluşturulmuş bir yapı olarak değerlendirilebilir.

Daha da somutlaştırmak gerekirse topluluk tek bir şirket olarak yapılandırılışaydı aynı ekonomik faaliyete özgülenen bütün bir malvarlığına alacağın tahsili amacıyla başvurulabilecekti. Ancak topluluk hâkimi bu şekilde malvarlığını bölümlere ayırarak aynı faaliyetin bir parçası olan farklı şirketlere tahsis etmekle hem kendisini sorumluluktan kurtarmakta hem de müracaat edilebilecek malvarlığı miktarını önemli ölçüde daraltmaktadır. Bu şekilde sınırlı sorumluluk ilkesine karşılık alacaklılar için bir garanti fonu teşkil eden şirket malvarlığının bu fonksiyonu etkisiz hale getirilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından sağlanan şirketler topluluğu kurma şeklindeki bir imkânın istismarı sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulanacaksa bu uygulamanın amacı şirket malvarlığına bu fonksiyonunu tekrar kazandırmak olmalıdır. Topluluğun yapısından kaynaklanan bu ve benzeri sorunları geleneksel perdeyi kaldırma yöntemleriyle çözmek mümkün görünmemektedir.

Bu bağlamda geleneksel perdeyi kaldırma yöntemlerinden birisi olan çapraz perdeyi kaldırma şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketle faaliyette bulunabilme imkânının kötüye kullanılmasına karşı bir çözüm üretmemektedir. Topluluk şirketlerinin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda büyük ve derin bir kesişme olması; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisinde tek bir şirketle iş yapıyor algısı yaratılması gibi hususlar esasında yapısal sorunlara işaret etmektedir¹¹⁷⁵. Bunlar bir perdeyi kaldırma sebebi olarak değerlendirilecekse tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasının bir sebebi olarak kullanılmamalıdır. Olay özelliklerine göre topluluk hâkiminin aldatıcı davranışlarını esas alan bir perdeyi kaldırma yöntemi uygulanacaksa yani bağlı şirketlerden birinin bir alacaklıyı zarara uğratabilecek şekilde bir paravan veya perdeleme vasıtası olarak kullanılması söz konusuysa, topluluğun çarpık yapısı topluluk hâkiminin kötü niyetini gösteren destekleyici bir kanıt olarak kullanılabilir. Ancak kavram kargaşasına yol açmamak için mahkemelerin tek ekonomik birim temelinde mi, yoksa aynı zamanda hâkim ortak olan topluluk hâkiminin bu sıfatı sebebiyle çapraz perdeyi kaldırma yöntemini uygulayarak mı sorumluluk yoluna gittiğini açıklamaları yararlı olacaktır; zira bu iki uygulama, sonuçları itibariyle birbirinden farklılaşabilmektedir.

¹¹⁷⁵ Bkz. Yuk. s.390 vd.

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, şirketler topluluğuna dâhil bir şirketin borçlarından toplulukta yer alan diğer şirketlerin ve topluluk hâkiminin sorumlu tutulabilmesinin kuramsal temelleri açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır. Diğer hukuk düzenlerinde geliştirilen farklı yaklaşımlar ve kendi hukuk düzenimizdeki içtihat bir arada değerlendirilerek bu ihtiyaca yanıt verecek en uygun kıstas araştırıldığında tek ekonomik birim yaklaşımı ön plana çıkmaktadır. Bu yaklaşım aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınarak tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde uygulanabilmesi için bazı tavsiyelerde bulunulacaktır.¹¹⁷⁶

3.3.2.3.1.4. Değerlendirme ve Kavram Tercihi: Neden Tek Ekonomik Birim Yaklaşımı?

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konulu davalarda yararlanılan kavramların içeriği açık şekilde tanımlanmadan ve anlam farklılıklarına dikkat edilmeksizin bir arada, birbiri yerine ve karışık bir şekilde kullanılmaları ve bu suretle sonuca ulaşma kolaylığı genel olarak eleştirilen bir yaklaşımdır¹¹⁷⁷. Şirketler topluluğunun dâhil olduğu davalarda tüzel kişilik perdesinin uygulanması söz konusu olduğunda ilgili ilgisiz pek çok kavramın bir arada kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme kararlarında görülen bu kavram kargaşasına bilimsel çalışmalarda da rastlamak mümkündür. Bu sebeple, öncelikli olarak sıklıkla bir arada kullanılan organik bağ, çapraz perdeyi kaldırma, iktisadi bütünlük – veya tek ekonomik birim / ünite – gibi kavramların tanımlarıyla ve bu tanıma bağlı olarak belirlenmesi gereken kullanım alanlarıyla ilgili önerilerde bulunulacaktır.

İlk olarak organik bağ kavramının kapsamı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi organik bağ sorumluluk sebebinden ziyade fiili bir olguyu ifade eder. Bu kavram ile kendilerine sorumluluk ithaf edilen şirketler arasında yakın bir ilişki içerisinde olduğu anlatılmaktadır. Ortak yöneticiler, üretim tesisleri, iş adresleri, ortaklar, çalışanlar, faaliyet alanları gibi fiili bağlar farklı şirketler arasında organik bağın varlığını gösteren olgulardır. Eğer söz konusu şirketler hâkimiyet bağı gibi hukuki bir bağ ile birbirlerine bağlanmışsa bir şirketler topluluğu söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda ayrıca şirketlerin fiilen bağlantılı olduklarını ve dolayısıyla organik bağın varlığını göstermeye ihtiyaç kalmayacaktır.

Buna rağmen organik bağ kavramı çoğunlukla tüzel kişilik perdesinin bir muadili veya alternatifi gibi kullanılmaktadır. Hâlbuki organik bağ tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını, eğer birden fazla şirket söz konusuysa çapraz perdeyi kaldırma yönteminin uygulanmasını tetikleyen

¹¹⁷⁶ Bkz. Aşa. Sh. 384 vd.

¹¹⁷⁷ **Hamilton**, s. 979.

bir ilk olgu olarak ele alınmalıdır. Bu sebeple YHGK'nın şu tespitlerinin, bu kavramın uygulanma kapsamını oldukça genişlettiği ifade edilebilir¹¹⁷⁸:

“29. Organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanması arasında benzerlikler olduğu kadar *farklılıklar* da bulunmaktadır. Özellikle somut olayın niteliği gereği organik bağın tespitinde; şirketlerin aynı holdinge bağlı olması, yöneticilerinin veya kurucularının aynı olması, bir borç takibinden kurtulmak için hisselerin devredilmesi, muvazaalı işlemler yapılması, hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve aynı usulde yapılması bile rol oynayabilmekte iken; tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanması için iki şirket arasında alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli olarak işlemlerin yapıldığının ve bu nedenle asıl borçlu şirketten alacağın tahsil edilemediğinin somut verilerle ispatlanması gerekmektedir. Bununla birlikte bu iki kavram arasındaki en önemli fark ise; organik bağın varlığı hâlinde bir şirketin borçlarından dolayı bir başka şirketin mal varlığına el atılabilmekte iken tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanması hâlinde borçlu şirketin yanı sıra kardeş şirketin hatta talep hâlinde kardeş şirketin ortaklarının mal varlığına dahi el atılmasının mümkün olmasıdır (Öztek/Memis, s. 210.).

30. Görüldüğü üzere aralarında bazı farklılıklar bulunmakla beraber organik bağ ile perdenin çapraz aralanması kavramları birbirinin alternatifi olan kavramlar değildir. Bu nedenle aynı olayda hem organik bağ hem de tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanması yolları işletilerek sonuca ulaşılabilmesi mümkündür.”

Kavramları doğru kullanma adına tekrar altı çizilmesi gereken konu organik bağın bir fiili olgular bütünü olduğudur. Buna karşılık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorumluluk ithafına yol açan bir uygulamadır. Organik bağ bir olgu olarak perdenin kaldırılmasına hizmet eden, onu tetikleyen bir sebep olarak görülebilir¹¹⁷⁹. Dolayısıyla birden fazla şirkete sorumluluk ithafı söz konusuysa öncelikle bu şirketler arasında aynı hâkimiyet yapısına tabi olmaktan kaynaklanan bir hukuki bağ olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer öyleyse bu şirketler, bir şirketler topluluğu oluşturduklarından ayrıca organik bağın varlığı sonucunu doğuran fiili bağlantıları araştırmaya ihtiyaç yoktur. Hâkim ortak konumundaki topluluk hâkimi bağlı şirket alacaklısının alacağını tahsil etmesine engel olmak için birden fazla şirket üzerindeki hâkimiyetini kötüye kullanmışsa bağlı şirket alacaklısı perdenin çapraz kaldırılmasını talep edebilir. Daha da somutlaştırmak gerekirse, diyelim ki topluluk hâkimi alacaklı tarafından takip edileceğini öngörerek borçlu bağlı şirket A'yı yine hâkimiyeti altındaki B şirketine borçlandırarak veya bu şirketin müşteri çevresi, iş portföyü ve sair varlıklarını B'ye yönlendirmek suretiyle A'nın içini boşaltmış ve bir kabuk şirket haline getirmişse alacaklı bu üç şirketi de dava edebilmelidir. Bu bağlamda önce kendi borçlusu bağlı şirket A ile onun hâkimi olan ortaklık arasındaki perdenin düz olarak kaldırılmasını; sonra da bu hâkim ortağın hâkimiyeti altındaki diğer bir bağlı şirket B ile aralarındaki perdenin ters olarak kaldırılmasını talep edecektir. Bu işlemle ilgili olmayan diğer

¹¹⁷⁸ YHGK 2019/11-808 E., 2020/504 K., T. 01.07.2020.

¹¹⁷⁹ *Karaca Yağcı'nın İş Hukukuyla ilgili yaptığı şu tanımlama Şirketler Hukuku'na da uyarlanabilir: “organik bağ borçlu işverenin işçilere karşı sorumluluktan kaçmak amacıyla yaptığı hukuka aykırı işlemlerin hükümsüz hale gelmesini hedefleyen ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını amaçlayan hâkim hukuku görünümündeki son çaredir.” Bkz. Karaca Yağcı, s. 71.*

topluluk şirketlerine müracaat edilemez. B şirketine başvurulabilmesini sağlayan esas faktör ise bunun bir perdeleme, gizleme ve sorumluluktan kaçınmayı mümkün kılan bir cep gibi kullanılmasıdır.

Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması dışında muvazaa hükümlerinin uygulanabilirliği de tartışılabilir ancak burada A'nın mallarının B'ye muvazaalı işlemlerle devri söz konusu olmadığından alacaklının muvazaa hükümlerine dayanarak sonuç alması pek de mümkün görünmemektedir¹¹⁸⁰. Yatay topluluklarda olduğu gibi eğer bahsi geçen şirketler arasında aynı hâkimiyetten kaynaklanan bir bağ yoksa bu defa organik bağın varlığını gösteren olgular araştırılmalıdır. Bu bağlamda borçlu şirket, onu geri planda yönlendiren ortak ile bu şahsın bir araç olarak kullandığı diğer bir şirket arasındaki ilişkinin niteliği incelenecektir. Dolayısıyla organik bağ yatay topluluklar ile bir şirketler topluluğuna dâhil olmayan şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepleriyle ilgili olarak gündeme gelebilir ve teoriden bağımsız, ayrı bir uygulama olarak düşünülmemelidir.

Tek ekonomik birim - veya ünite / bütünlük – gibi kavramlar özel olarak topluluğun yapısal çarpıklığı sebebiyle perdenin kaldırılarak sorumluluk ithafının söz konusu olduğu durumlarda kullanılmalıdır. Bu sebeple topluluk hâkiminin bağlı şirket alacaklısını aldatmaya yönelik eylemlerinin özel bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus topluluğun aslında tek şirket veya işletme gibi yapılandırılıp idare edilmesidir. Böyle bir yapılandırma, girişimi daha elverişli koşullar altında yürütme; büyüme stratejilerinin takibi; yeni sektörlere ya da piyasalara açılma gibi anlaşılabilir iktisadi amaçlardan ziyade malvarlığını bölümlere ayırarak (*asset partitioning*) sınırlı sorumluluğun sağladığı imtiyazları daha da güçlendirmek suretiyle zararın dışlanması amacıyla gerçekleştiriliyorsa sorunlu bir topluluk yapısının varlığından söz edilebilir. Bu yolla muhtemel alacaklılar için bir garanti fonu teşkil eden şirket malvarlığının bu işlevi ortadan kaldırılmakta ve sınırlı sorumluluk kuralını telif amacıyla öngörülen sermayenin korunması ve sair kurallar boşa çıkarılmaktadır. Gerçekte böyle bir kötüniyetli amaç güdülerek ortaya çıkarılmış bir yapı varken, bu durumun göz ardı edilerek ayrılık ve sınırlı sorumluluk kurallarının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edecektir. Tek işletme gibi

¹¹⁸⁰ Hangi şart ve hallerde muvazaa hükümlerine dayanmanın fayda sağlayabileceği konusuyla ilgili olarak bkz **Akıncı**, Alacaklılar, s. 653-669. Yazar görünürde bir devir işlemi yoksa muvazaa hükümlerinden sonuç almanın zorluğunu ifade etmektedir. Uygulamada yeni kurulan şirketin malvarlığı üçüncü kişilerle yürüttüğü ticari faaliyetler sonucunda elde edilmektedir. Dolayısıyla eski şirketin içi boşaltılmakla birlikte malvarlığının doğrudan yeni şirkete aktarılması söz konusu olmadığından muvazaa hükümlerinin uygulanması imkanı ortadan kalkmaktadır.

faaliyet gösteren bir yapı var ise talep halinde topluluğun ekonomik tabanı incelenmeli ve kanun koyucunun iradesine aykırı yapının varlığı tespit edilebiliyorsa bu kapsamda bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması benimsenmelidir. Buna göre tek işletme – birim haline gelen böyle bir yapının malvarlığının da bir bütün olarak değerlendirilmesi icap eder; çünkü gerçekte olduğu gibi hukuken de bu işletme faaliyeti münferit bir şirket çatısı altında yürütülseydi şirketin bütün malvarlığı alacaklılar açısından ulaşılabilir olacaktı. Gerçek durum esas alınarak perdenin kaldırılması yoluna gidildiğinde topluluğun işletme faaliyetine özgülenen malvarlığı alacaklıların bağlı şirketten elde edemedikleri alacakları için teminat oluşturacaktır. Dolayısıyla sınırlı sorumluluğa karşı öngörülen şirket malvarlığının alacaklılar açısından bir garanti fonu oluşturması önlemi bu suretle yargı kararıyla sağlanacaktır.

Görüldüğü üzere tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması hem sebep hem de sonuçları itibariyle çapraz perdeyi kaldırmadan farklılaşmaktadır. İlkinde topluluğun yapısal sorunları etkiliyken, ikincisinde topluluk hâkiminin kötüniyetli eylemleri sorumluluğa yol açmaktadır. Sonuçları itibariyle de tek işletme - ekonomik birim sebebiyle perdenin kaldırılması duruma göre daha kapsamlı sonuçlara yol açmaktadır. Tek ekonomik birim haline geldiği ölçüde aynı işletmenin bir parçası haline gelen diğer bağlı şirketin veya şirketlerin malvarlığı da borçlu bağlı şirketin alacaklılarının taleplerine açık hale gelecektir. Bu durum sadece dava konusu olayla ilişkilendirilebilen kardeş şirketin de sorumlu tutulabildiği çapraz perdeyi kaldırmadan farklıdır.

3.3.2.3.2. Yargıtay Kararlarının Tek Ekonomik Birim Yaklaşımı Merceğinden Değerlendirilmesi

Yukarıda Türk hukukunda genel perdeyi kaldırma başlığı altında Yargıtay uygulamaları çeşitli kategoriler altında incelenmişti. Yukarıda ele alınan durumlar bir topluluğa dâhil olsun ya da olmasın tüm şirketler için söz konusu olabilecek uygulamalardır¹¹⁸¹. Bu sebeple “*Geleneksel Perdeyi Kaldırma Teorisinin Şirketler Topluluğuna Uyarlanması*” başlığını, şirketler topluluğuna özgü perdeyi kaldırma hallerini ayrı tutmak ve ayrıca vurgulamak için özellikle kullandığımızı belirtmek istiyoruz¹¹⁸². Geleneksel perdeyi kaldırma halleri adı altında incelediğimiz, araçsallaştırılmış şirket ve dolaylı temsil gibi hallerde perde gerisinde gizlenen ortağın gerçek kişi veya bir başka şirket olmasının herhangi bir önemi yoktur. Topluluk yapısının kötüye

¹¹⁸¹ Bkz.Yuk. s.88 vd.

¹¹⁸² Bkz.Yuk. s. 253 vd.

kullanılması belirli, somut bir olguya dayandırılmaktaysa bu durumda daha çok şirketin araçsallaştırılması ve bir paravan gibi kullanılması akla gelen ilk ihtimaldir.

Buna göre yukarıda ele aldığımız bu kategori gereğince, bir şirketler topluluğu söz konusu olsa bile aldatıcı ve hileli hareketlerde bulunulup bulunulmadığı ve şirket formunun kötüye kullanılıp kullanılmadığı araştırılacaktır. Daha da açık ifade etmek gerekirse hakkın kötüye kullanılması muayyen bir eyleme dayandırılıyor ve bu eylem aldatıcı veya hileli bir davranış teşkil ediyorsa burada topluluğun yapısal çarpıklığından, topluluk hâkiminin aşırı ve kötü hâkimiyet uygulamalarından ziyade topluluk mensubu pay sahibi şirketlerden birinin hukuka aykırı bir davranışından bahsedilebilir. Böyle bir durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren eylem perde gerisinde bulunan kişinin topluluk hâkimi sıfatından ziyade bir şirketin hâkim ortağı sıfatından kaynaklanmaktadır. Zira burada topluluğa yön verme, topluluk için politika belirleme ve sair hâkimiyetten kaynaklanan birtakım yetkilerin kullanılması sebebiyle bağlı şirketin taahhütlerini yerine getiremez bir hale sokulmasından ziyade perde gerisinde bulunan hâkim ortağın söz konusu şirketi hukuka aykırı amaçlar için bir perdeleme vasıtası olarak kullanması söz konusudur. Bu sebeple mesele geleneksel perdeyi kaldırma kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Buna göre yukarıda izah ettiğimiz Yargıtay tarafından uygulanan iki aşamalı incelemenin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır.

Şirketler topluluğunda ise bunlardan farklı olarak topluluğun yapısal özellikleri de şirket alacaklıları açısından sorunlu durumlara yol açabilir. Bu sebeple geleneksel perdeyi kaldırmadan farklı bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Özellikle aynı veya birbirine yakın işletme faaliyetleri çerçevesinde tek şirket gibi faaliyet göstermek üzere tasarlanan topluluklarla, fiili olarak böyle hareket eden topluluklarda sorun hâkim ortağın davranışlarından kaynaklanmamaktadır. Burada hâkim ortak konumunda olan topluluk hâkimi bağlı şirketin alacaklısıyla muhatap dahi olmayabilir. Ancak topluluk hâkiminin mutlak karar verici konumunda bulunduğu böyle bir sorunlu yapıda, bağlı şirketin borçlarını ödeyemez hale gelmesine ve bu suretle alacaklının zarara uğramasında en önemli pay ona aittir. Tamamen şekli bir yaklaşımla, hâkim ve bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişilik oldukları veya perdenin kaldırılması için aranan hileli / aldatıcı davranış unsurunun gerçekleşmediği gibi gerekçelerle sorumluluğu sadece bağlı şirket üzerinde bırakmak hakkaniyete uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

Geleneksel perdeyi kaldırmadan farklı olarak şirketler topluluğunun yapısal özelliklerine dayanan bir perdeyi kaldırma yaklaşımı, topluluk hâkiminin topluluk ilişkilerini düzenleme gücünü nasıl kullandığına da odaklanacaktır. Geleneksel perdeyi kaldırma davalarında olduğu

gibi burada bir perdeleme vasıtası olmaktan öte işlevi olmayan bir şirket ve onu kötü amaçlarını gizlemek için kullanan hâkim ortak kalıbı söz konusu değildir. Dolayısıyla topluluğun esasında tek bir şirket gibi yapılandırılıp yapılandırılmadığı ve topluluğu fiili olarak idare eden hâkim kişi veya ortaklığın hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanım tarzı göz önünde bulundurulmalıdır. Topluluğu yönlendirip idare eden topluluk hâkiminin, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kanun koyucunun iradesine uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığı açısından bir analiz yapılmalıdır. Dolayısıyla topluluğun aslında tek bir birim gibi faaliyet gösterdiği durumlarda bu olgunun da hesaba katılması yerinde olacaktır. Bu ister istemez topluluğun ekonomik tabanının, faaliyetlerinin, çalışma ve yönetim tarzının göz önünde bulundurulmasını gerektirecektir. Kısacası tek ekonomik birim veya işletme haline gelmiş topluluklarda onların bu çarpık veya hukuk tarafından tasvip edilmeyen yapıları da göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkemeler bu olguyu bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sebebi yapabilmeli ve tek şirket gibi yapılandırılan veya faaliyet gösteren böyle toplulukların sorumluluğuna hükmedebilmelidir. Ancak bugüne kadar böyle yapısalcı bir yaklaşımla konuyu değerlendiren bir uygulama geliştirilmemiştir.

Bununla birlikte tek ekonomik birim, ünite, tek şirket sayılma gibi kavramlar, birbiriyle irtibatlı sayılan birden fazla şirkete karşı açılan perdenin kaldırılması konulu davalarda mahkemeler tarafından gerekçelerinde kullanılan kavramlardır¹¹⁸³. Ancak bunun bilinçli bir tercihin sonucu olmaktan çok, perdenin kaldırılması davalarında görülen ve yukarıda da eleştirilen, tüm kavramların birlikte kullanılmasıyla alakalı bir uygulama olduğu düşünülmektedir.

Bu bölümde öncelikle bir durum tespiti yapılacak ve Yargıtay'ın uygulamaları hakkında bilgi verilecek; sonrasında ise daha isabetli ve tutarlı bir uygulama için birtakım tavsiyelerde bulunulacaktır.

3.3.2.3.2.1. “Ortaklık Sertifikası” Adı Altında Sermaye Toplanmasıyla İlgili Kararlar

Bir dönem ülke gündemini sıklıkla meşgul eden ve pek çok kez dava konusu olan ortaklık sertifikası olarak adlandırılan bir belge karşılığında geniş halk kitlelerinden toplanan paraların, diğer topluluk şirketlerine aktarılmasının yol açtığı uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda da

¹¹⁸³ Ayrıca “aynı tüzel kişiliklere sahip olma” gibi tabirlere de rastlanabilmektedir. Mesela 23 HD. E.: 2017/150, K.: 2020/1582 sayılı ve 09.03.2020 tarihli kararında böyle bir araştırmanın yapılmamış olması sebebiyle bozma kararı vermiştir. “...somut uyuşmazlık bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşup oluşmadığı ve sözü geçen şirketlerin aynı tüzel kişiliklere sahip olup olmadıkları değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”

tek ekonomik birim/ünite veya tek şirket sayılma gibi kavramlarla perdenin kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu davalara konu olaylarda birtakım topluluklar bünyelerinde bulunan yabancı ülkelerde kurulmuş bağlı şirketler vasıtasıyla, özellikle Avrupa'da yaşayan Türk işçilerinden istenildiği zaman iade edilebileceği garantisini vererek fon toplama yoluna gitmişlerdir. Dolayısıyla alacağını tahsil edemeyen ve zarara uğrayan davacılar, şeklen topluluğa mensup bir bağlı şirkete ortak olmasına rağmen gerçekte topluluğa kredi veren alacaklı konumundadır. Topluluğun bir parçası olan ve sermaye toplama aracı olarak kullanılan bu yabancı şirketlerde pay sahibi olan sessiz ortaklar, yatırmış oldukları parayı geri almak istediklerinde, bu şirketlerin borca batık durumda olduğunu görerek topluluğun çatı kuruluşu olarak bilinen Türkiye'de mukim holdinge ve onu idare eden gerçek kişilere müracaat etmiştir. Alacaklarını bu holdinglerden ve gerçek kişilerden tahsil edemeyen bu kişilerin, açmış oldukları davalar sebebiyle konuyu inceleyen Yargıtay, kararlarında ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketlerin gerçekte tek bir şirket olarak vasıflandırılmasına ve sonuçta tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmetmiştir. Mesela Yargıtay 11. HD. E. 2013/9984, K. 2014/1248 sayılı ve 21.1.2014 tarihli onama kararı bu uygulamaya örnek olarak gösterilebilir.

Söz konusu olayda davacı, davalı F. A.'nın Türkiye ve Almanya'da birçok şirket kurduğunu, özellikle Almanya'da kurduğu şirketler vasıtasıyla talep edildiği an geri ödeneceği ve karşılığında yüksek faiz verileceği garantisıyla bu ülkede çalışan kişilerden para topladığını, karşılığında "*J... International Marketing and Trading GMBH*" ibareli tahsilât makbuzu verdiğini, talep etmesine rağmen parasının iade edilmediğini, davalı gerçek kişinin SPK mevzuatına aykırı davranışları sebebiyle mahkûm edildiğini, ayrıca yurt dışında kurduğu şirketler vasıtasıyla paralar toplayarak bunları davalı şirkete aktarması dolayısıyla hakkında dolandırıcılık sebebiyle ceza davası açıldığını, J... GMBH Jetpa AG'nin iflas ederek Almanya'daki ticaret sicilinden kayıtlarının silindiğinin ortaya çıktığını, bu şirketlere başvurma şansının olmadığını, bu şirketin davalı gerçek kişi tarafından içlerinin boşaltılarak malvarlığının diğer davalı şirkete aktarıldığını ileri sürerek, alacağının davalı holding ve gerçek kişi hâkim ortaktan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Buna karşılık, davalılar husumet itirazında bulunmuş, davacının parasını, kâr ve zarar ortaklığını bilerek dava dışı J... AG'ye yatırdığını, şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğunu savunarak davanın reddini istemişlerdir. İlk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiş; bu karar Yargıtay 11. HD'nin 29.3.2012 tarih, 2010/5592 E. 2012/4966 K. sayılı ilamıyla bozulmuş,

bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda aşağıdaki gerekçeyle perdenin kaldırılmasına karar verilmiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır:

“...davalı Holding'in sermaye artırımında kullanılmak suretiyle nakit olarak verilen ve banka aracılığıyla transfer edilmek suretiyle gelen paraların sessiz ortaklardan sağlanan paralar olup, organizasyon çatısının J... A.Ş. olduğu, **yabancı şirketlerin bankadaki hesaplarına transfer yapılarak sessiz ortaklara geri dönüşün engellenmesi amacıyla Holding iştiraki olmayan şirketlere kaynak sağlandığı, şirketlerin kurulum amacının vatandaşların parasını elde etmek olduğu**, F. A.'ün bu eylemlerinden gerek haksız fiil gerekse organizasyon çatısı olarak ifade edilen Holding'in başkanı olarak sorumlu olduğu, dava dışı yurt dışındaki şirketle organik ve hukuki bir bağın bulunduğu, **tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi uyarınca paranın yatırıldığı şirketle davalı Holding'in tek bir şirket olarak değerlendirilmesi gerektiği**, F. A.'ün de zarardan sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının ödemiş olduğu 55.000 dm'nin, dava tarihi itibarıyla karşılığı olan 60.412,45 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline ...¹¹⁸⁴”

Yargıtay benzer olaylarla ilgili olarak bu karardaki gerekçeleri kullanarak pek çok kez şirketler topluluğuna mensup şirketlerden birisiyle topluluğun hâkimi olan çatı şirketin tek bir şirket olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁸⁵.

Yine benzer nitelikte 11. HD. E. 2016/4673, K. 2017/3449 sayılı ve 6.6.2017 tarihli bir kararında Yargıtay benzer kıstasları uygulayarak topluluk şirketlerinin gerçekte tek bir şirket olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin araştırılmamış olmasından bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Söz konusu karara konu olayda da özellikle Avrupa'da yaşayan Türk işçilerinden sermaye toplama aracı olarak kullanılan bir şirket kişilere yüksek oranlarda kâr payı verileceği ve istenildiği zaman alınan paranın iade edilebileceği garantisi ile İngiliz Virgin Adalarında kurulan X Holding Inc.'ye ait hisse senetleri karşılığında para tahsil etmiş ve bu suretle toplanan paraları Türkiye'de bulunan hâkim ortaklığa transfer etmiştir. Söz konusu olayda davacı X Holding Inc.'nin davalı şirket tarafından kurulduğu ve paravan olarak kullanıldığı, kendilerini esasında Y olarak tanıttıkları, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı

¹¹⁸⁴ Metinde bulunan koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

¹¹⁸⁵ Mesela 11. HD. E. 2012/9115, K. 2014/861 ve T. 16.1.2014 ‘...davalılar ve dava dışı şirketler arasında organik bir bağ bulunduğu, davalı M. F. A.'nın Almanya'daki bu şirketin tek ortağı ve imza yetkilisi olduğu, şirketin 1998 yılı sonu itibarı ile Jetpa Holding AŞ.'ye 229.107.000 DM. tutarındaki yatırım ile ortak olduğu ve 1998 yılı içinde satın aldığı holding hisselerinin % 15'ini Jetpa International AG.'ye sattığı, tüm bu oluşum birlikte değerlendirildiğinde, gerçekte davacının parasının yurt dışı şirkete ortak etmek amacıyla değil, bu yasal kılıf adı altında, yasal olmayan amaca hizmet etmek için alındığı, bu şekilde gelen paraların holdingin sermaye artırımında kullanıldığı, organizasyonun çatısının Jetpa Holding AŞ. olduğu, perdenin aralanması teorisi uyarınca **paranın yatırıldığı şirket ile davalı holdingin tek bir şirket olarak değerlendirilmesi gerektiği**, davalı F.A.'nın gerek haksız fiil faili gerekse organizasyon çatısı olarak faaliyet gösteren holdingin başkanı olarak zarardan sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne... 'Benzer nitelikteki bazı kararlar için bkz. 11. HD. E. 2013/13227, K. 2014/2327 ve T. 11.2.2014 ; 11. HD.E. 2012/9113, K. 2014/933 ve T. 16.1.2014 ; 11. HD.E. 2015/13993, K. 2017/1714 ve T. 22.3.2017 ; 11. HD. E. 2012/18008, K. 2014/4997 ve T. 14.3.2014; 11. HD. E. 2013/9864, K. 2014/13670 ve T. 12.9.2014; 11. HD. E. 2013/14486, K. 2014/3797 ve T. 28.2.2014; 11. HD. E. 2013/3981, K. 2014/10418 ve T. 3.6.2014; 11. HD. E. 2014/3904, K. 2014/11718 ve T. 18.6.2014.

A'nın X Holding Inc'nin de yönetim kurulu başkanı olduğu, dava dışı şirket ile davalı şirketin el ve işbirliği içinde olduğunu iddia ederek alacağını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davacının ödediği paraların dava dışı X Holding Inc. tarafından tahsil edildiği, davanın bu tüzel kişi aleyhine açılması gerektiğini belirterek davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay aşağıdaki gerekçeyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur:

“...davacının dava dışı şirketin sessiz ortağı olup bu şirketin topladığı paraların davalı şirkete aktarıldığı, bu paralarla davalı şirketin de payı bulunmayan şirketlere kaynak sağladığı, böylece sessiz ortaklara paylarının geri verilmesinin engellendiği, Y ile davacının ortağı olduğu şirket arasında bir bağın varlığının inkâr edilemeyeceği ve bu durumda **her iki şirketin perdenin aralanması ilkesi uyarınca bir şirket olarak değerlendirilmesi** iddialarının ileri sürülmesi karşısında, davacı tarafın bu iddia ve buna dair delillerinin değerlendirilmeksizin yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.¹¹⁸⁶”

Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz ortaklık sertifikası karşılığı ortaklık adı altında sermaye toplama olaylarıyla ilgili olarak verdiği kararlardaki yaklaşımı sonuç olarak olumludur. Topluluğu meydana getiren girişimciler, kötüniyetli amaçlarını gerçekleştirmek için şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketle faaliyette bulunma imkânını kötüye kullanarak münferit tek şirket veya ekonomik birim olarak yapılandırılmış bir topluluk meydana getirmişlerdir. Bu olguyu göz önünde bulunduran mahkemeler perdenin kaldırılmasına ve davalı şirketlerin tek bir şirket gibi değerlendirilmesi sonucunda davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluklarına karar vermiştir. Davacı ile hiçbir hukuki münasebete girmeyen gerçek kişi topluluk hâkimi ve çatı konumundaki holding şirketin davacıya yönelik davranışının işlem bazında hileli veya aldatıcı olup olmadığı özel olarak inceleme konusu yapılmamıştır.

Esasında bu olaylarda görüldüğü tarzda bir topluluk yapısının meydana getirilmiş olması, geleneksel perdeyi kaldırmada görüldüğü şekliyle, belirli bir kişiye karşı yapılan hileli bir davranış olarak nitelenememekle birlikte kamuya karşı hile olarak değerlendirilebilir. Kanun koyucu vergi avantajları, üretim, pazarlama ve rekabet yönünden sağladığı imkânlar sebebiyle zaman içerisinde uygulamada ortaya çıkan çok şirketli yapıları, meşru ticari amaçlar için tanıyarak girişimcilerin hizmetine sunmuştur. Bu yapıların kötüye kullanılmasına hukuk düzeni müsaade etmemelidir. Bu davalarda gördüğümüz şekliyle şirketler topluluğunun usulsüz birtakım amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla vücuda getirilmiş olması bir perdenin kaldırılması sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda benzer davalarda mahkemeler topluluğun varlık sebebinin ve yapısal özelliklerini de dikkate alan bir değerlendirme yapmalıdır. Eğer topluluğun görünenin

¹¹⁸⁶ Metinde bulunan koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

aksine hileli amaçlar için hayata geçirilmiş çok şirketli bir yapı olduğu tespit edilirse hukuki formalizm bir kenara bırakılarak bu yapının tek bir birim veya ünite olarak değerlendirilmesi icap eder. Böylelikle böyle bir topluluk yapısı sebebiyle alacağını tahsil edemeyen ve zarara uğrayan davacılar, esasında topluluğa kredi veren alacaklılar olarak, topluluk şirketlerine yönelebilir.

3.3.2.3.2.2. İş Hukukuyla İlgili Uyuşmazlıklar

Şirketler topluluğuna mensup birtakım şirketlerin tek bir birim olarak değerlendirilmesi gerektiği iddiası iş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarda da gündeme gelebilmektedir¹¹⁸⁷. Bu konu özellikle birden fazla şirketin birlikte işveren olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğiyle alakalı olarak gündeme gelebilmektedir¹¹⁸⁸. Bununla ilgili olarak bazı yazarlar her bir topluluk şirketinin ayrı birer tüzel kişilik olduklarını ve dolayısıyla münferiden işveren sıfatını haiz olacaklarını savunurken, bazıları da topluluğun bir ekonomik bütünlük ve işletme olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir¹¹⁸⁹.

Yargıtay uygulamalarına bakılacak olursa yüksek mahkemenin katı ayrılık ilkesinden ziyade esnek bir yaklaşım benimsediği ifade edilebilir. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay 9. HD.

¹¹⁸⁷ Mesela 1982 tarihli bir kararında Yargıtay 9. HD. ayrı tüzel kişiliğe sahip Ankara Belediyesine bağlı çeşitli idarelerde çalışan bir işçinin geçirdiği hizmet sürelerinin tek işletmede geçirilen süreler gibi kabul edileceğini belirtmiştir. Mahkeme bu idarelerden birinde çalışırken işten çıkarılıp diğer bir idarede istihdam edilen işçinin işten ayrılmasının iş sözleşmesinin feshi değil, bir işyerinden diğerine geçme şeklinde değerlendirerek kıdem tazminatının hesabında tüm sürelerin birleştirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay'a göre, işçinin daha önce çalıştığı yer de belediye hizmetlerinin bütünü içinde yer alan bir iş, mal ve hizmet üreten bir ünedir; bunların ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları da durumu değiştirmez. (9.4.1982, E.2940, K.3520, İHU, İşK. 14 (No.26). bkz. Eyrenci, Öner, “Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, Editör: Kübra Doğan Yenisey, İstanbul,2019, ss. 575-602, s. 583.

¹¹⁸⁸ Birlikte işverenlik, işçi tarafının aynı, işveren tarafında ise birden fazla işverenin yer aldığı, tüm işverenlerin işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan tek bir iş ilişkisi kurduğu bir istihdam tipi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Eyrenci**, s. 578.

¹¹⁸⁹ Dilaver, Umut, **Sermaye Şirketlerinde İşveren Ve İşveren Vekili**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 339, 340. Bu iki grup yazardan farklı olarak *Engin* topluluğun sırf bu sebeple bir işletme olarak nitelendirilmesinin doğru olmayacağını, yapısal olarak incelenmesi gerektiğini, eğer topluluk ekonomik ve sosyal anlamda bir bütünlük oluşturuyor ve bağlı şirketler birbirlerinden ayırt edilemeyecek derecede entegre olmuş bir yapı oluşturuyorsa birlikte işveren olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Böyle bir yapı söz konusu değilse sadece ilgili bağlı şirket işveren olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Dilaver**, s. 341. *Dilaver* tezinde tüm bu görüşleri değerlendirmiş, Fransız hukuku kapsamında konuyu ele alan *Engin*'in görüşüne ek olarak ekonomik ve sosyal anlamda bir bütünlük oluşturmayan topluluklar açısından işveren sıfatını belirleyen ölçütün yönetim yetkisi olacağını ifade etmiştir. Eğer hâkim şirket doğrudan bağlı şirket işçileri üzerinde yönetim yetkisini kullanıyorsa işveren olarak nitelendirilebilir. Fransız hukukunda grup şirketlerin işveren sıfatına ilişkin temel anlayışı bu şekilde ortaya koyan Yazar Türk hukuku açısından tüzel kişiliklerin bağımsız kişiliklerinin bu derece yok sayılmasının uygulanabilir olmadığını belirtmektedir. Yazar Türk hukuku açısından grup şirketlerinin işçi karşısında bir bütünlük göstermediği, işçiyi birlikte istihdam etmediği ve tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılmadığı durumda Fransız hukukunda benimsenen ekonomik ve sosyal birlik içtihadı ile grup şirketlerinin işveren olduğu sonucuna ulaşmaya imkân olmadığı sonucuna varmaktadır. **Dilaver**, s. 346.

E. 2014/37976, K. 2016/8736 sayılı ve 7.4.2016 tarihli kararında iki ayrı tüzel kişilik olan şirketler arasında bir özdeşlik kurmaktadır.

“...Dosya içeriğine göre; davacı şirket ile dava dışı'nin bir kısım ortaklarının aynı olduğu ve aralarında akrabalık ilişkisi bulunduğu, şirketleri aynı kişinin temsil ettiği, her iki şirketin aynı adreste faaliyet gösterdiği, davacının bütünlük teşkil eden çalışmasını çalıştığı yer, yaptığı iş ve davacının pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan sürdürdüğü, davacı şirket ile sigorta primlerini ödeyen dava dışı şirket arasında organik bağ bulunduğu ve bu sebeple talep edilen alacaklardan her iki şirketin de müteselsilen sorumlu oldukları açıkça anlaşılmaktadır...”

Burada da perdenin kaldırılması esas olarak söz konusu şirketlerin aşırı derecede iç içe geçmiş olmalarına, dolayısıyla topluluğun yapısal özelliklerine dayandırılmaktadır.

Benzer şekilde yine Yargıtay 9. HD. 30.5.2017 tarihli ve E. 2017/5073 K. 2017/9398 sayılı kararında organik bağın varlığını vurgulayarak ilk derece mahkemesinden farklı bir sonuca varmıştır. Dava konusu olaydan kısaca bahsetmek gerekirse, İş Mahkemesi işten çıkarılan davacının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle; ...tekstil limited şirketi hakkında açılan davanın kısmen kabulüne, diğer davalı ... tekstil limited şirketi hakkında açılan davanın ise husumet yokluğundan reddine karar vermiştir. Temyiz üzerine Yargıtay aşağıya kısaca aktarılan gerekçe ile bozma kararı vermiştir:

“...Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ, şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.

... Yukarıda organik bağ ilke kararı kapsamında açıklanan nedenler doğrultusunda; her iki davalının ticaret sicil kayıtları getirilmeli, ortakları, faaliyet alanları, temsil edenler ve aralarındaki ilişki belirlenerek organik bağın bulunduğu anlaşıldığı takdirde müştereken müteselsilen sorumluluklarına karar vermek gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”

Bu karardan da anlaşılabacağı üzere iş davalarında iki şirket arasındaki organik bağın varlığı onların özdeş tutulması sonucunu doğurabilmektedir. Bunun için işçinin iş sözleşmesinden veya İş Kanunu’ndan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi yönünde kötüniyetli bir amaç güdülmesi gereklidir. Böylelikle birbirleriyle irtibatlı şirketler tek işveren şirket gibi değerlendirilmekte ve alacaklıya karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Kısacası organik bağ, iş davalarında işveren sıfatının belirlenmesi noktasında topluluk

şirketlerinin birbirinden bağımsız ayrı tüzel kişiliklerini göz ardı etmeyi sağlayan bir olgu olarak dikkate alınmıştır¹¹⁹⁰.

Hatta bazı kararlarında Yargıtay organik bağın da ötesinde aynı hâkimiyet yapısı altında bir araya gelen bir şirketler topluluğu söz konusu olmasına rağmen hâkimiyet bağından ziyade yine organik bağ perspektifinden konuya yaklaşmıştır. Mesela Yargıtay 9 HD.'nin E. 2016/29064, K. 2016/20166 sayılı ve 15.11.2016 tarihli kararı bu bağlamda örnek gösterilebilecek önemli bir karardır. Dava konusu olayda davacı, davalılardan A şirketinin işletmesi olan hastanede 16 yıl süreyle hemşire olarak çalıştığını, sigortaya girişinin yedi ay geç yapıldığını, emekliliğe hak kazandığını, ancak kıdem tazminatının ödenmediğini belirterek tazminat davası açmıştır. Davalı söz konusu hastanenin X holdinge bağlı A şirketine ait olduğunu, holdinge husumet yöneltilemeyeceğini belirterek ayrılık ilkesini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi de davalı savunmasını haklı bularak davalı X holding ile bağlı şirketlerinin ortaklık yapılarının aynı olması ve aynı alanda faaliyet göstermelerinin, bağlı şirket çalışanlarına karşı holdingin sorumlu tutulmasını kural olarak mümkün kılmadığını, hizmet akdinin işveren tarafında dava dışı B'nin yer aldığı ve davalı holdingin sorumluluğunu gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığını belirterek husumet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar vermiştir.

Temyiz üzerine Yargıtay 9. HD. yukarıda alıntıladığımız gerekçeye benzer bir gerekçeyle bozma kararı vermiştir. Mahkeme hâkimiyet olgusuna değinmeden aralarında organik bağ bulunan şirketlerin özdeş kabul edileceğini ve bu suretle işçilik alacaklarından dolayı birlikte sorumlu tutulacaklarına hükmetmiştir:

“Dosya içeriğine göre, davacının davalı X holding bünyesinde bulunan A çalışanı olduğu sabittir. Davalı A ile dava dışı olan ve davacının kayden işçisi görüldüğü B'nin adresleri, faaliyet alanları ve ortakları aynıdır. Davacının iş görme edimini Holding'e karşı yerine getirdiği sabittir. Bu şirketler arasında bulunan organik bağ sebebiyle davalının da işçilik alacaklarından sorumlu olduğu gözden kaçırılarak, davanın yazılı gerekçe ile husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir¹¹⁹¹.”

Tek ekonomik birim veya işletme olarak nitelendirilebilme ve bu bağlamda işveren sıfatını haiz olma açısından TTK'nın öngördüğü gibi hâkimiyet bağı etrafında şekillendirilmiş bir

¹¹⁹⁰ Aynı gerekçeyle verilen bir diğer bozma kararı için bkz. YRG. 9. HD. E. 2017/5391, K. 2017/10503 sayılı ve 14.6.2017 tarihli bozma kararı. Bu gerekçe YRG.9 HD. tarafından sıklıkla kullanılan bir gerekçe haline gelmiştir. Bu bağlamda YRG. 9. HD'nin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak tutarlı bir uygulama geliştirdiği ifade edilebilir. Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz. YRG.9 HD.E. 2017/5073, K. 2017/9398 (30.5.2017); YRG.9 HD., E. 2016/16470, K. 2016/12456 (26.5.2016) ; YRG.22 HD.,E. 2015/15322, K. 2017/13291 (5.6.2017); YRG.9. HD. E. 2015/2643, K. 2016/13512 (6.6.2016), YRG.22. HD. E. 2015/2280, K. 2016/9044 (22.3.2016); YRG. 9. HD. E. 2015/2147, K. 2016/11690 (10.5.2016); YRG. 9. HD. E. 2014/37976, K. 2016/8736 (7.4.2016); YRG. 9. HD. E. 2014/34987, K. 2016/7868 (30.3.2016).

¹¹⁹¹ İtalik karakterler tarafımızca eklenmiştir.

şirketler topluluğunu sıkı sıkıya aramak iş hukukunun kamusal yönü ağır basan amaçlarıyla bağdaşmayabilir. Ticaret hukukundan farklı olarak iş hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi tüzel kişiyi oluşturan ortakların kişisel malvarlığına ulaşarak alacaklıları tatmin etme amacına yönelmekten ziyade farklı tüzel kişilerin tek bir tüzel kişi sayılması ve bu sayede işçinin iş güvencesi kapsamına alınması ya da her iki tüzel kişinin müteselsil sorumluluğu yoluyla işçinin mali açıdan tatmin edilmesine hizmet etmektedir¹¹⁹². Belki de bu sebepten, iş hukukuyla ilgili davalarda birbiriyle ilişkili şirketlerin özdeş tutulması için hâkimiyet seviyesine varmayan; organik bağın varlığını yeterli gören bir uygulama gelişmiştir. Bunda şirketi bir şirketler topluluğu üyesi olarak ele alan ticaret hukukundan farklı olarak iş hukukunun onun işveren sıfatına odaklanması etkili olmuş olabilir. İş hukuku yönünden davalı şirketlerin aynı hâkimiyet yapısı altında bir ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadıklarından ziyade birlikte işveren olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri önemlidir¹¹⁹³. Bu sebeple bunların özdeş sayılıp sayılamayacakları üzerinde durulmaktadır. Bu inceleme yapılırken dikkate alınan anahtar kavram organik bağıdır.

Bununla birlikte Yargıtay'ın organik bağı yeterli görmeyen kararları da bulunmaktadır¹¹⁹⁴. Hatta *Karaca Yağcı* Yargıtay'ın son dönem kararlarında organik bağı yeterli gören esnek yaklaşımını terk ederek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için gerekli olan şartları; özellikle de hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlalini aradığını belirterek bu gelişmenin olumlu olduğunu ifade etmektedir¹¹⁹⁵. Yazar bu görüşünü Yargıtay 9. HD.'nin'nin 25.1.2021 tarihli ve E. 2020/4849, K. 2021/2158 sayılı kararına dayandırmaktadır¹¹⁹⁶. Diğer taraftan Yazar'ın da işaret

¹¹⁹² Özyardımcı, Doğan, **Türk İş Hukuku Yönünden Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 1. Bası, Platon Hukuk, İstanbul, 2022, s. 47.

¹¹⁹³ İş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarla ilgili olarak görevli mahkemenin tespiti noktasında tereddüt hasıl olabilmektedir. Mesela 11. Hukuk Dairesinin E. 2017/3979, K. 2017/5598 ve 23/10/2017 tarihli kararına konu olayda böyle bir tereddüt ortaya çıkmıştır. Bozma kararında Yargıtay davanın hizmet sözleşmesinden kaynaklanmadığını, davalı şirketler arasındaki organik bağın tespiti ve diğer yönetici ortaklarında tüzel kişilik perdesi kaldırılarak borçtan sorumlu tutulmaları istemine ilişkin olduğunu, bu haliyle davalılar yönünden TTK'nın 3. maddesi gereğince ticari iş niteliğinde olduğu gözetilerek işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesinin doğru olmadığı sonucuna varmıştır.

¹¹⁹⁴ Mesela yukarıda değindiğimiz Yargıtay 22. HD. E. 2011/16700, K. 2012/8604 sayılı ve 3.5.2012 tarihli kararı: “...Tüzel kişi işverenler arasında organik bağ bulunması farklı tüzel kişiliklere sahip işverenlerin işçilerinin iş güvencesi bakımından birlikte değerlendirilmesini gerekli kılmaz.”

¹¹⁹⁵ **Karaca Yağcı**, s. 62.

¹¹⁹⁶ “...Dairemiz uygulamasına göre, aralarında organik bağ bulunan işverenler arasında birlikte işverenlik, işyeri devri, asıl işveren-alt işverenlik gibi bir hukuki ilişkisi varsa birlikte sorumluluk söz konusu olabilir. Bunun dışında tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmanın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği gibi bir durum bulunmadıkça, salt organik bağdan hareketle işçi-işveren ilişkisinin kabul edilmesi doğru olmaz. Dosya içeriğine göre davalı şirketin tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmasına yönelik savunmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmek mümkün değildir... Mahkemece davalı şirketin tartışmalı olan hisse

ettiği gibi organik bağ kavramının zaman zaman dar, zaman zaman da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını da içeren daha geniş bir kullanım biçimi vardır¹¹⁹⁷. Bu sebeple şu an için Yargıtay'ın tutumuyla ilgili net bir görüş bildirmek mümkün görünmemektedir ancak eldeki içtihadlara göre çok şirketli yapılarla ilgili olarak Yargıtay'ın iş davalarında organik bağ kavramı üzerinden birbiriyle ilişkili şirketler arasında bir özdeşlik kurduğu ve bu yapıyı tek bir bütünlük olarak değerlendirebildiği ifade edilebilir¹¹⁹⁸.

3.3.2.3.2.3. SC Kararı

Yargıtay uygulamalarını göstermesi bakımından SC kararı referans alınabilecek önemli bir karardır. Davacının 11.01.2010 tarihli dava dilekçesiyle başlayan ve son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (YGHK) 06.09.2020 tarihinde oybirliğiyle verdiği bozma kararıyla sonuçlanan yargılama sürecinde ortaya atılan görüşler ve mahkemelerin dayandığı gerekçeler konunun anlaşılması açısından oldukça önemlidir¹¹⁹⁹.

Bu karar şirketler topluluğuyla ilgili benzer davalarda tek ekonomik birim temelinde topluluğun yapısal çarpıklığını dikkate alan yeni bir yaklaşım geliştirme ihtiyacını somut olarak göstermektedir. Bu anlamda kararda bilhassa dikkati çeken konu geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin şirketler topluluğuna uyarlanarak uygulanmasında yaşanan tereddütlerdir. Özellikle Yargıtay'ın uyguladığı iki aşamalı testin unsurlarından aldatıcı – hileli davranışta bulunulup bulunulmadığı ve buna göre perdenin kaldırılıp kaldırılmayacağı önemli bir sorun olarak göze çarpmaktadır. Bununla bağlantılı olarak geleneksel perdeyi kaldırma altında değerlendirilebilecek çapraz perdeyi kaldırma uygulamasının tek ekonomik birim yaklaşımına alternatif olup olmayacağı da tartışılması gereken bir konudur.

3.3.2.3.2.3.1. Dava konusu olay

Dava dosyasında, SC Dış Tic. Ltd (SC Ltd.) ve SC Endüstri AŞ (SC AŞ.) adında iki kardeş şirket davalı olarak bulunmaktadır. Her iki şirketin de hâkim ortakları aynı zamanda evli olan S.Ç. ve N.Ç. isimli şahıslardır. Davalılardan SC Ltd. ihracat yapmak amacıyla davacıdan

oranı ve ortaklığının devam edip etmediği tam olarak netleştirilmemişse de, salt ortaklık ilişkisinin bulunması da davacı ile işgiişverenlik ilişkisi sonucunu doğurmaz. Başka bir anlatımla, tüzel kişi işverenin çalıştırdığı işçilerin alacaklarından tüzel kişiliğin ortağı olan davalı şirket sorumlu tutulamaz. ... Açıklanan nedenle, davalı ... davacının dava dışı ... firmasında geçen çalışmalarından sorumlu tutulamaz...” Bkz. Karaca Yağcı, s. 61.

¹¹⁹⁷ Karaca Yağcı, s. 74.

¹¹⁹⁸ Karaca Yağcı, s. 265.

¹¹⁹⁹ YHGK 2020/19-94 E. 2020/358 K., T. 06.09.2020.

çimento almış, borcunun bir kısmını ödemiş ve ihraç işlemi nedeniyle ithalatçı tarafından kendi lehine düzenlenen akreditif haklarını davacıya temlik etmiştir. Buna rağmen, borcun tamamı sözleşme borçlusu SC Ltd. tarafından ödenmemiştir. Bunun üzerine alacaklı, tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılmasıyla birlikte aynı topluluğa mensup SC A.Ş.’nin de ödenmeyen 2.454.565.13 USD borçtan dolayı müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesini talep etmiştir.

Alacaklı perdenin kaldırılmasına gerekçe olarak şirketlerin ünvanlarının ve faaliyet alanlarının aynı olması; her iki şirketin hâkim ortaklarının evli olmaları; SC Ltd.’nin adresinde yapılan haciz esnasında bilgisayarda SC A.Ş. ye ait antetin kullanıldığının tespit edilmesi; yine icra takibi nedeniyle “MV Arbalist” gemisine yüklenen çimentoların haczi sonrasında SC A.Ş.’nin istihkak iddiasında bulunmuş olması; Antalya İcra Hâkimliği’nin dosyasında SC AŞ ile SC Ltd. arasında hukuki ve fiili bağlantı olduğu hususunda hüküm tesis edilmesi; sözü edilen çimentoların sevk irsaliyeleri ve kantar fişlerinde SC Ltd. ibaresinin çizilerek SC A.Ş. olarak düzeltiltiğinin mahkemece tespit edilmesi; yapılan haciz sonrasında SC Export (Ltd.) olarak web sayfasında görüntülenen SC AŞ’ye ait bilgilerin kaldırılması; borçlu SC Ltd’nin, SC A.Ş.’nin tüzel kişiliğini kullanarak mal kaçırma girişimlerinde bulunması gibi hususları ileri sürmüştür.

Buna karşılık davalılardan SC A.Ş. ayrı bir tüzel kişilik olarak SC Ltd.’nin borcundan dolayı sorumlu tutulamayacağını belirtmiş ve davanın reddini talep etmiştir.

3.3.2.3.2.3.2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisini Geleneksel Uygulamasıyla Sınırlı Gören Yaklaşım

İlk derece mahkemesi olarak davaya bakan Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi şirketler topluluğunun yapısal özelliklerini dikkate almayarak ilk bölümde ele aldığımız haliyle sadece geleneksel perdeyi kaldırma uygulamasıyla sınırlı bir değerlendirmede bulunmuş ve bunun sonucunda 26.12.2013 tarihli kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme kararında davalı şirketler arasında akdi bir ilişki olmadığı gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması koşullarının da oluşmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken; bilirkişi raporlarındaki tespitlere özel önem atfetmiştir. Temyiz incelemesi sırasında da bu raporlardaki tespitler belirleyici olmuştur.

İlk bilirkişi raporunda, söz konusu şirketlerin tek ekonomik birim olarak değerlendirilebilecek derecede iç içe geçmiş oldukları yönünde ifadelere yer verilmiştir:

“ her iki davalı şirketin de aynı ünvanı kullandığı, bu durumun 3. kişiler nezdinde her iki şirketin de aynı kişilere ait grup şirketler olduğu, **tek bir ekonomik bütünlüğün var olduğu ve yönetsel özdeşlik bulunduğu yönünde kuvvetli bir algı oluşturduğu, her iki şirketin hâkim ortaklarının karı koca olan aynı kişiler olmasının da ekonomik bütünlüğün en önemli göstergesi olduğu,** hâkim ortakların davalı şirketlerde yönetim kurulu başkan ve başkan yardımcısı olup, birinin limited şirkette diğerinin ise anonim şirkette, şirketleri temsil ve ilzama yetkili olmalarının da her iki şirketin yönetiminde özdeşlik bulunduğu yönünde göstergesi olduğu, davalı şirketlerin faaliyet alanlarında büyük oranda kesişme bulunduğu, bu hususun internet sitesi tanıtım beyanları ve şirketlerin esas sözleşmeleri ile sabit olduğu, Antalya 1.İcra Mahkemesi’nin 2009/... sayılı dosyasında yapılan yargılama sonucunda verilen kararda da davalı şirketler arasında hukuki ve fiili bağlantının bulunduğu belirtilmiştir, ... Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2009/... D.İşler sayılı dosyası üzerinden yapılan tespit de **her iki şirket arasındaki organik bağ, iktisadi bütünlük ve yönetsel özdeşliğin saptandığı,** Bankası ... Şubesi’nce gönderilen evrak arasındaki kredi geri ödeme planında, her iki davalı şirketin de kaşe ve imzasının yer alması, şirketlerin birbirlerine kefil olduğunu göstermekte olup, bu durumun da ekonomik bütünlük ve özdeşlik noktasında önemli bir delil olduğu, ... Şubesi’nden, yurtdışından gelen 629.335 USD’nin davalı şirketlerden SC Ltd.Şti.yetkilisi... tarafından çekilmesine, davacı şirket ile aralarında bir protokole bağlanmış bir borç bulunmasına rağmen davacıya ödeme yapılmamasının, borçlu şirketin içinin boşaltılması olarak değerlendirildiği, internet sayfalarında yer alan her iki şirketin bilgi ve referansların yer aldığı bilgilerin sonradan sayfadan çıkarılmasının delillerin karartılması, şirketler arasındaki ilişkinin gizlenmesi çabası olarak değerlendirildiği, **sonuç olarak farklı tüzel kişilik savunmasına itibar edilmeyip, TMK. nun 2.maddesinde dayanağını bulan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin somut olayda uygulanması gerektiği** ve böylece davalılardan SC A.Ş’ nin, diğer davalı SC Ltd’nin davacıya olan borcundan sorumlu tutulması gerektiği...¹²⁰⁰”

İtiraz üzerine alınan ikinci bilirkişi raporunda yine davalı şirketler arasında yukarıda belirtilen rapordaki gibi organik bağın ve yönetsel özdeşlik halinin mevcut olduğu, dışa karşı iktisadi bütünlük algısının yaratıldığı hususları aynen saptanmış ancak;

“tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi için ortada hile ya da hakkın kötüye kullanılması durumunun bulunması gerektiği, somut olayda ise, davalı şirketlerin hileye başvurdıkları ya da bir hakkı açıkça kötüye kullandıkları somut olarak ispatlanamadığından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmaması gerektiği”

şeklinde görüş bildirilmiştir.

Görüldüğü üzere ikinci raporda, geleneksel perdeyi kaldırmada benimsenen iki aşamalı testin ikinci adımı olan hileli / aldatıcı davranış şartının gerçekleşmediği yönünde bir tespit bulunulmuştur. Bu tespit nedeniyle davalı şirketlerin tek ekonomik birim haline geldiklerini gösterir bulgulara rağmen, perdenin kaldırılması şartlarının oluşmadığı kanaatiyle davanın reddi yoluna gidilmiştir.

¹²⁰⁰ Yargıtay ilamından alıntılanmış olup, italik ve altı çizili koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

3.3.2.3.2.3.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisini Daha Esnek Bir Şekilde Uygulayan Yaklaşım

İlk derece mahkemesinin katı yorumuna karşılık Yargıtay 19. Hukuk Dairesi hileli / aldatıcı davranış şartıyla ilgili olarak çok daha esnek bir yaklaşımda bulunmuştur. Daire her iki bilirkişi raporunda da altı çizilen maddi olguları dikkate alarak ilk derece mahkemesinden farklı bir hukuki değerlendirmede bulunmuş ve perdenin kaldırılması hususunda farklı bir sonuca ulaşmıştır¹²⁰¹:

“...Görüldüğü gibi her iki bilirkişi raporunda da davalı şirketlerin aralarındaki organik bağ, yönetsel özdeşlik, dışa karşı yaratılan algı nedeniyle **tek bir ekonomik ünite olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda birlik mevcuttur**. Raporlar arasındaki farklılık, maddi vaka olarak tespit edilen hususların hukuki değerlendirilmesi noktasındadır. Hukuki değerlendirme ise, hâkimin görevine giren bir husustur. Zira, 6100 sayılı HMK.nun 266.maddesinin 2.cümlesine göre; “Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz¹²⁰²”.

Maddi vakıaların tespiti yönünden birbirini doğrulayan bilirkişi raporlarında yer alan veriler birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, TMK.nun 2.maddesinde öngörüldüğü gibi yasaca korunamayacağı ve olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulama koşullarının gerçekleşmiş olması nedeniyle davalı SC Ltd.Şti.nin, davacıya olan borcundan dolayı diğer davalı SC A.Ş.nin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun kabulü gerekirken, delillerin değerlendirilmesinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

Görüldüğü üzere Yargıtay her iki raporda da belirtildiği gibi davalı şirketler arasında bulunan organik bağ, yönetsel özdeşlik, dışa karşı yaratılan algı nedeniyle topluluğun tek bir ekonomik ünite olarak değerlendirilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Dahası bu olgu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve topluluk şirketlerinden birinin borcundan dolayı diğerlerinin de müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulabilmesinin gerekçesi olarak gösterilmektedir¹²⁰³. Dairenin özellikle ikinci bilirkişi raporundaki kusurluluğa ilişkin tespitleri dikkate almaması ve

¹²⁰¹ Yargıtay 19. HD. 2014/7187 E., 2015/4144 K. sayılı ve 24.03.2015 tarihli kararı

¹²⁰² Metinde bulunan koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

¹²⁰³ Şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme geldiğinde akla gelebilecek diğer sorularla ilgili olarak bu karara yazılan muhalefet şerhinden de kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Burada ileri sürülen görüşler özellikle perdenin kaldırılması teorisine ihtiyatla yaklaşan bir bakış açısına örnek teşkil etmesi açısından önemlidir. Kısaltarak aktarmak gerekirse; “...büyük hacimli ticari bir satış olup, işlemin tarafları tacir olmaları nedeniyle basiretli bir idareci gibi davranmak zorundadır. Davalı SC Ltd.Şti. bu satış nedeniyle davacıya borcunu ödeyememiş olsa da bu şirketin hâkim ortakları olan N.Ç ve S.Ç'nin ihraç edilen çimento bedelini şahsi mal varlıklarına aktardıkları ve davalı şirket tüzel kişiliğinin arkasına saklandıkları ve böylece ayrılık ilkesinin sağladığı hakkı kötüye kullandıklarına dair yeterli delil bulunmamaktadır. Bu itibarla davacı tarafın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin koşulları oluşmamıştır. Bir an için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği kabul edilecek olsa bile; perdesi kaldırılacak tüzel kişilik davalı SC Ltd.Şti.'nin tüzel kişiliğidir. Bu tüzel kişiliğe ait perde kaldırıldığında ise karşımıza şirketin hâkim ortakları N.Ç ve S.Ç çıkar ve ancak onların şahsi sorumlulukları söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ise sadece bu şahısların mal varlıklarına ve bu bağlamda diğer davalı SC A.Ş.'ndeki paylarına cebri icra uygulanabilir. Davalı SC Ltd. Şti.'nin hâkim ortaklarının diğer davalı SC A.Ş.'nin de hâkim ortakları olması, SC Ltd.Şti.'nin borçlarından SC A.Ş.'nin müteselsil sorumluluğunu gerektirmez...” denilmektedir.

tek ekonomik birim oluşturacak biçimde bir yapılanmaya gidilmiş olmasını yeterli bulması dikkat çekicidir. Bu kapsamda yüksek mahkeme davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve bu sebeple TMK m. 2’de öngörüldüğü üzere yasaca korunamayacağını belirterek burada da perdenin kaldırılmasının hukuki temelini hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğuna işaret etmiştir.

3.3.2.3.2.3.4. Topluluğun Yapısal Özelliklerini Dikkate Almayan Tutucu Yaklaşım

Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi 19.10.2016 tarihli kararı ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve davalı kardeş şirketlerin müteselsilen sorumluluğu yönünde verdiği bozma kararına karşı direnmiştir. Bu kararında mahkeme birinci bilirkişi raporunda altı çizilen ve Yargıtay tarafından da özellikle vurgulanan tek bir ekonomik ünite gibi topluluğun yapısal özelliklerine atıfta bulunan unsurları dikkate almamıştır. Bunun yerine tekrar ikinci bilirkişi raporundaki tespitlere atfen davalı SC Ltd’nin borcundan kurtulmak amacıyla hileye başvurduğunun ve hakkını kötüye kullandığının somut olarak ispatlanamadığını belirtmiştir. Dolayısıyla bu mahkemenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini sadece davranışsal bir yaklaşımla sınırlı olarak ele aldığı ifade edilebilir. Zira topluluğun yapısal özellikleri hiç dikkate alınmamakta tamamen şirket ortağı şahsın davranışlarının niteliği üzerinde odaklanılmaktadır.

Bu yaklaşımı özellikle davalı şirketlerin hâkim ortakları olan gerçek kişiler N.Ç ve S.Ç’nin ihraç edilen çimento bedelini şahsi mal varlıklarına aktardıklarına ilişkin herhangi bir delilin bulunmadığı, şirket tüzel kişiliğinin arkasına saklanarak ayrılık ilkesinin sağladığı güvenceden yararlandıkları ve haklarını kötüye kullandıklarına dair yeterli delil bulunmadığı, SC Ltd’nin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda başvurulacak kişilerin bu gerçek kişiler olacağı yönündeki tespitlerde görmek mümkündür. İlk kararında olduğu gibi mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalı şirketlerin müteselsil sorumluluğunu gerektirecek koşulların oluşmadığını kaydetmiştir. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin direnme kararı büyük oranda bozma kararında yazılan muhalefet şerhindeki görüşleri içermektedir¹²⁰⁴.

Görüldüğü üzere ilk derece mahkemesi direnme kararında da ilk kararında olduğu gibi hile ve aldatıcı davranış unsurunun bulunmadığından bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şartlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır. Bunun da ötesinde perdenin sadece davalı şirketin ortağı olan gerçek kişiler aleyhine kaldırılabilceği, topluluk mensubu diğer bir kardeş şirkete

¹²⁰⁴ Bkz. Yuk. Dn. 1203.

kadar uzanılmayacağı şeklinde bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Sadece düz perdeyi kaldırmayı kabul edip çapraz perdenin kaldırılmasını dahi reddeden böyle bir yaklaşım benimsenirse, şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanma alanı oldukça daralacak ve kendinden beklenen faydayı sağlayamayacaktır. Kardeş şirketler arasında doğrudan bir ortaklık ilişkisi olmasa dahi aynı hâkimiyet bağıyla birbirlerine bağlı bu şirketler arasında da perdenin kaldırılması genel olarak kabul gören bir uygulamadır. Kısacası tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi sadece hâkim ortak ile şirket arasında söz konusu olabilecek düz ve ters perdeyi kaldırma uygulamalarıyla sınırlı tutulamaz.

3.3.2.3.2.3.5. Şirketler Topluluğunun Yapısal Özelliklerini Dikkate Alan Yaklaşım

Direnme üzerine davayı ele alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) davanın konusunu alacağın varlığının tespiti ve tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması suretiyle tahsili istemi olarak belirlemiştir. YHGK gerekçeli kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini doktrine de atıflarda bulunarak detaylı bir şekilde izah etmektedir. Kararda bu teoriye ancak tüzel kişilik kavramının arkasına saklanılarak dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı; hakkın kötüye kullanılarak üçüncü kişilerin zarara uğratıldığı; başka bir yasal nedene dayanılmasının mümkün olmadığı durumlarda başvurulması gerektiği öncelikle vurgulanmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği hallere şu hususlar örnek olarak gösterilmiştir:

“26. Tüzel kişi ile ortaklarının faaliyet alanlarının ve malvarlıklarının iç içe geçmesi birbirine karışması, bir şirketin ticari defterlerinin ya da ticari sır kabul edilen belgelerinin diğer şirkete ait iş yerinde bulunması, ikisinde de aynı ticari defterlerin kullanılması ve ortak hesap yapılması (tek merkezden idare edilmesi), ortaklığın faaliyet konusunu sürdürebilmesi için yeterli sermayesi bulunmadığı hâlde alacaklıları ya da üçüncü kişileri zarara uğratmak niyetiyle bilinçli olarak faaliyet göstermeye devam edilmesi, şirket ortaklarının kendi kişisel malvarlıkları ile şirketin malvarlığı özdeş-tekmiş gibi hareket etmeleri, şirketlerin ya da ortağın üçüncü kişileri aldatacak şekilde kendi kişilikleri ile tüzel kişiliğin aynı olduğu izlenimini vermeleri, bu kapsamda birbirlerinin tanıtımlarını yapmaları, aynı tüzel kişilikmiş gibi anlaşılacak benzer isimleri ve logoları kullanmaları, yani dışarıya karşı tek bir tüzel kişilikmiş gibi intiba yaratmaları, şirketlerin aynı konuda faaliyet göstermeleri ve (tek başına bu hususa dayanılmamak koşuluyla) hâkim ortaklarının ya da yöneticilerinin aynı kişiler olması, tüzel kişilik kavramının arkasına sınımlanacak şekilde art niyetli davranışlarla zararlandırıcı faaliyetlerde bulunulması, işlemlerin diğer tarafınca sözleşmelerin kiminle yapıldığı dahi anlaşılamayacak şekilde karışıklığa yol açılması, şirketin kendi çıkarları gözetilmeksizin yürütülmesi veya yalnızca ve bilinçli olarak açıkça hâkim ortak korunacak şekilde diğerleri zarara uğrayacak şekilde işlemler yapılması hâlleri gösterilebilir.”

Çapraz perdeyi kaldırmayla ilgili olarak da HGK’nın şu tespitleri önemlidir:

“28...Tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması genellikle kardeş şirketler arasında söz konusu olduğundan, esas (ana) şirket ile bağlı şirket ve ortaklar arasındaki karmaşık ilişkiler zinciri net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu noktada bu şirketlerin ekonomik anlamda bağımsız şirket vasfında olup olmadığının araştırılması büyük önem taşımaktadır. Çünkü kardeş şirketler arasında perdenin kaldırılması teorisine başvurabilmek için tek bir iktisadi işletmenin yürütüldüğü farklı faaliyetler için birbirinden bağımsız tüzel kişiliklerin kurulmuş olması gerekmektedir. Hukuken iki farklı tüzel kişilik gibi görünen şirketler aslında özdeştir, alacaklılardan mal kaçırmak ya da sorumluluktan kurtulmak amacıyla kötü niyetli olarak iki farklı tüzel kişilik gibi kurulmuş iseler de bunların üretim, pazarlama ve ihracat faaliyetleri birbirini tamamlayıcı nitelikte olup, şirketler aslında tek ve aynı iktisadi işletmeye vücut vermektedir (Öztek/Memiş, s:209).”

Karardan aktarılan bu tespitler dışında YHGK muvazaa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve organik bağ kavramlarını karşılaştırmalı olarak değerlendirmiş ve organik bağın varlığını gösteren olguların tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olmadığını belirtmiştir. Bu tespit yukarıda kavramların doğru kullanımıyla ilgili bahiste ileri sürdüğümüz görüşlerle uyumludur¹²⁰⁵. Organik bağ başlıbaşına sorumluluğa yol açan bir sebep olmaktan ziyade tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını tetikleyen bir olgu olarak değerlendirilmelidir¹²⁰⁶.

Bu genel açıklamalardan sonra davalılar SC A.Ş. ile SC Ltd. Şti.’nin aslında tek tüzel kişilik olduğu yönünde bir iddiada bulunulduğunu belirten YHGK, davanın özel koşullarını dikkate alarak bu iddia kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Şirketlerin aslında tek bir tüzel kişilik olup olmadıklarını araştırırken mahkeme her iki şirketin unvanının asıl unsurunun SC olduğunun; ticaret sicil kayıtlarına göre iki şirketin hâkim ortakları (N. Ç ve S. Ç) aynı olup bu kişilerin evli olduklarının; hâkim ortakların yönetim kurulu başkan ve başkan yardımcısı oldukları ve SC...AŞ’nin temsil ve ilzam yetkilisinin S. Ç., SC ...Ltd. Şti.’nin temsil ve ilzam yetkilisinin N. Ç. olduğunun; davalı şirketlerin faaliyet alanlarının büyük oranda kesiştiğinin;

¹²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 351.

¹²⁰⁶ Kararda böyle açık bir tespitte bulunulmamış olsa da şu ifadelerden böyle bir sonuç çıkarılabilir: “29...Sorumluluğun genişletilebilmesi için yine içtihatlarla geliştirilmiş olan organik bağ kavramının da tartışılması gerekmektedir. Zira, organik bağ kavramı da kaynağı TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır. Organik bağ, iki tüzel kişi (veya bunların ortakları arasındaki ilişki) olarak nitelendirilebilir. Organik bağ, perdenin saklanmasıyla göre daha geniş bir anlamı ifade eder; bu bağın varlığı tanıkla bile ispat edilebilir. Organik bağ, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlayacak güçte değildir. Şirketlerin kuruluş tarihlerinin aynı olması, hissedarların aynı soyadını taşımaları organik bağın varlığını göstermez. Şirketlerin aynı kişi tarafından yönetilmesi, aynı ortaklara sahip olması ya da benzer iş kolunda faaliyet göstermeleri somut olayın niteliğine göre başka delillerle desteklendiğinde organik bağın varlığı için yeterli ise de; bu husus tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve alacağın perdenin arkasındakinden istenebilmesi için sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığının da somut verilerle ispatlanması gerekmektedir. Organik bağ şirketlerin adreslerinin, faaliyet alanlarının, ortaklarının veya temsilcilerinin aynı olmasından ve aradaki hukuki ilişkiden tespit edilebilir. Tüzel kişiliğin kaldırılmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve derin bir kesişme vardır ki; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde tek bir şirketle iş yapılıyor algısı oluşmaktadır. Örneğin; üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan bu algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp iş alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.”

hatta dosya kapsamında bulunan 25.11.2009 tarihli SC Export (LTD) olarak yayınlanan Web sayfasında, SC..AŞ'ye yönelik bilgilere ve referanslara yer verildiğinin, ticaret sicili kayıtlarından ve internet çıktılarından tespiti edildiğinin altını çizmiştir.

Her iki şirketin tek bir birim veya ünite olduğunu göstermesi açısından aralarındaki iş bölümünü ortaya koyan emareler de kararda vurgulanmıştır. Bu kapsamda, SC Export (Ltd) olarak yayınlanan Web sayfasında SC A.Ş'ye yönelik bilgilere ve referanslara yer verildiği, "Hakkımızda" başlıklı bölümde "*SC A.Ş. Yönetim Kurulu üyelerimiz tarafından 1996 yılında Ankara'da kurulmuştur.*" ibarelerine yer verilerek faaliyet alanlarının gösterildiği ve akabinde "*SC Export birikmiş tecrübesi ve profesyonel ekip desteği ile SC A.Ş.'ye uluslararası alanda iş geliştirme misyonunu üstlenmiştir.*"; "*SC Export'un misyonunun Türkiye'deki malların ihracatıyla sınırlı olmadığı, ithalat, ihracat, uluslararası ticaret, hedef pazarlarda dağıtım kanallarının yapılandırılması, ortak girişimlerde yer alma...*" gibi ibarelere yer verildiği, kararda altı çizilen hususlardır. Özellikle SC Ltd.'nin SC A.Ş.'ye uluslararası alanda iş geliştirmek gibi bir görev üstlenmesi, iki şirket arasındaki ilişkiyi göstermesi açısından önemlidir. Bir bakıma SC Ltd.'nin SC A.Ş.'nin faaliyetleriyle ilgili olarak, onun bir bölümü veya parçası gibi konumlandırıldığı düşünülebilir.

Bu durumu destekleyen diğer bir husus adı geçen şirketlerin faaliyet alanlarının birbiriyle karışması ve birbirlerinin yerine üçüncü kişilerle muhatap olmalarıdır. Bu olguyu ortaya koyması açısından mahkeme davacının dava dışı bir çimento şirketine SC Ltd'ye sevkiyatı yapılan çimento mallarının SC A.Ş.'ye yapılmış gibi gösterildiği iddiasıyla ilgili olarak Bucak Sulh Hukuk Mahkemesinin dosyasında alınan tespit raporunun birçok sevk irsaliyesi ve kantar fişinin üzerinde bulunan SC Ltd ibarelerinin üzerinin tükenmez kalemle çizildiği ve SC A.Ş. olarak değiştirildiği yönündeki tespitine gerekçesinde yer vermiştir. Aynı şekilde mahkemenin hesap hareketleriyle ilgili olarak SC A.Ş.'nin kullandığı 23.07.2007 tarihli genel kredi sözleşmesinde, müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla S.Ç'nin imzasının bulunduğu, SC A.Ş. tarafından kullanılan 22.08.2008 tarihli krediye ilişkin ödeme planında SC Ltd.'nin kaşe ve imzasının bulunduğu, genel kredi sözleşmesinin ise, SC A.Ş. ile müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla S. Ç. ve N. Ç. tarafından imzalandığı, Global Alliance isimli firmadan SC Ltd.'nin hesabına gönderilen 629.335 USD'nin N. Ç. tarafından çekildiği yönündeki tespitleri bağlı şirketlerle hâkim ortakların ne kadar iç içe geçtiklerini göstermesi açısından önemlidir.

YHGK davayı sonuca bağlarken yukarıda da değindiğimiz bilirkişi raporlarına özel önem atfetmiştir. Hatırlatmak gerekirse her iki bilirkişi raporunda da davalı şirketlerin arasındaki güçlü

organik bağ, yönetsel özdeşlik, dışa karşı yaratılan algı nedeniyle tek bir ekonomik ünite olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak ikinci raporda farklı olarak, geleneksel perdeyi kaldırmada benimsenen iki aşamalı testin ikinci adımı olan hileli / aldatıcı davranış şartının gerçekleşmediği yönünde bir tespitte bulunulmuştur. Bu tespit nedeniyle Asliye Ticaret Mahkemesi perdenin kaldırılması şartlarının oluşmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir.

Buna karşılık YHGK daire kararında olduğu gibi bilirkişi raporunun maddi olgularla ilgili kısımlarını kabul etmiş ancak hukuki değerlendirmeye ilgili tespitlerini göz ardı ederek bu konunun bizzat mahkeme tarafından çözülmesi gereken bir mesele olduğunu belirtmiştir. Neticede YHGK birbirini doğrulayan bilirkişi raporları ve yukarıda açıklanan olguları dikkate alarak, tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması koşullarının oluştuğu, artık hukuki bakımdan mevcut olan duruma göre değil de fiili duruma göre karar vermek gerektiği, davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, TMK'nın 2. maddesinde öngörüldüğü gibi yasaca korunamayacağı, davalı SC Ltd'nin, davacıya olan borcundan dolayı diğer davalı SC A.Ş.'nin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varmıştır.

3.3.2.3.2.3.6. Değerlendirme

SC kararı birbiriyle çatışan pek çok yaklaşımı içinde barındıran öğretici bir karardır. Bu karar kapsamında ilk derece mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sadece tipik olaylarla sınırlı tutan, tutucu bir görüş benimsemiştir. Bu yaklaşıma göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için şirketin araçsallaştırılması ve hileli amaçlar için kullanılıyor olması şarttır. Perdenin kaldırılmasını salt davranışçı bir bakış açısıyla değerlendiren bu yaklaşıma göre söz konusu şirketin dâhil olduğu şirketler topluluğunun yapısal özelliklerinin hiçbir önemi yoktur. Hâlbuki yapısal çarpıklıkla ilgili konular tipik perdeyi kaldırma davalarında aranan hileli – aldatıcı davranış şartı kapsamında değerlendirilemez. Buna göre bağlı şirketin tek şirket gibi faaliyet gösteren bir topluluğun parçası olması perdenin kaldırılması için bir sorun olarak görülmez; zira bu durum bir hile olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sadece şirketin belirli bir hileli amacı gerçekleştirmek üzere bir vasıta olarak kullanılması haliyle sınırlı tutulmuştur. Hatta direnme kararında mahkeme, bozma kararında bulunan muhalefet şerhindeki tespitleri yansıtan bir bakış açısıyla, çapraz perdeyi kaldırmayı dahi imkânsız hale getirecek bir yaklaşım geliştirmiştir. Buna göre perdenin kaldırılması suretiyle sorumlu kılma sadece söz konusu şirketin ortaklarına karşı ileri sürülebilecek bir talep olabilir.

Eğer pay sahibi değilse söz konusu şirketle aynı topluluğa mensup bir başka şirketin sorumluluğu talep ve dava edilemez. Kısacası ilk derece mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini neredeyse imkânsız hale getiren oldukça tutucu bir yaklaşım benimsemştir.

Buna karşılık Yargıtay 19. HD., ilk derece mahkemesinin bu yaklaşımının tam tersi bir açıdan olayı ele almıştır. YHGK tarafından da teyit edilen bu yaklaşım genel perdeyi kaldırma davalarında uygulanan iki aşamalı testin ikinci aşamasında dikkate alınması gereken hileli – aldatıcı davranış unsurunun hiç değerlendirmeye tabi tutulmaması veya oldukça esnek bir şekilde uygulanması şeklinde özetlenebilir. Bu uygulama bu yönüyle ABD mahkemelerinin araçsallaştırma (*instrumentality*) ve alt benlik (*alter ego*) teorilerinin tek faktörlü uygulamasına benzetilebilir¹²⁰⁷. Böylelikle daha çok topluluğun tek ekonomik birim veya işletme haline gelmiş olması, perdenin çapraz olarak kaldırılması ve sorumluluk ithafında etkili olan unsur olarak göze çarpmaktadır; zira ilk derece mahkemesi aldatıcı veya hileli bir davranış tespit edilemediğinden bahisle davanın reddine karar vermişken Yargıtay bu hususu neredeyse hiç dikkate almamış ve topluluğun yapısal özelliklerini ön plana çıkaran bir analiz yaparak tam aksi yönde bir karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararında Yargıtay’ın, davranışsal yaklaşımdan çok yapısalcı yaklaşıma ağırlık veren bir perdeyi kaldırma tekniği uyguladığı ifade edilebilir.

Bununla birlikte, Yargıtay’ın bu kararı, önerdiğimiz şekilde topluluğun yapısal özellikleri üzerinden perdenin kaldırılmasını mümkün kılan ve bunun sonucunda topluluğun bağlı şirket borçlarından tamamen veya kısmen sorumlu tutulduğu bir yaklaşım benimsediği şeklinde yorumlanamaz. Bu davada da gündeme gelen şirketler topluluğunun sahip olduğu özellikler, kusurluluk, perdeyi kaldırmanın sınırları gibi sorunlu konular dikkate alındığında, topluluğun yapısal özelliklerini ve temelde bulunan işletme kuruluşunu (*enterprise entity*) göz önünde bulunduran bir perdeyi kaldırma yöntemine ihtiyaç bulunmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay’ın topluluğun yapısal özelliklerini değerlendirerek tek ekonomik birim veya işletme olarak tasarlanıp tasarlanmadığı veya uygulamada bu hale gelip gelmediği hususlarını içeren bir analiz yapmasına ve bu temelde topluluk şirketlerinin borçlu bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumluluğuna kapı aralayan bir perdeyi kaldırma yöntemi benimsemesi önemli bir adım olacaktır. Bu kapsamdaki öneriler ilerleyen bölümlerde ayrıca yapılacaktır¹²⁰⁸.

¹²⁰⁷ Bkz. Yuk. s. 271 vd.

¹²⁰⁸ Bkz. Aşa. s. 390 vd.

3.3.2.3.2.4. Sonuç

SC kararı şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve sorumluluk ithafı noktasında uygulamayı bütüncül bir bakış açısıyla görme fırsatı tanıyan önemli bir karardır. Bu karardaki tespitler dikkate alınarak tek ekonomik birim kıstası temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili birtakım sonuçlar çıkarılabilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki davacı tarafın talebi, davalı şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması ve sorumlu tutulmalarıdır. Yoksa bu şirketlerin ve onlara hâkim olan kişilerin tek ekonomik birim oluşturduklarından bahisle sorumlulukları özel olarak dava konusu yapılmamıştır. Dolayısıyla topluluğun yapısal olarak hukuka aykırılığı ve buna dayanan bir perdeyi kaldırma uygulaması özel olarak tartışılmamıştır. Ancak Yargıtay davalı şirketlerin aslında tek ekonomik birimveya bütünlük haline gelip gelmediklerini de incelemekten geri durmamıştır. Bu kapsamda vurgulanan, şirketlerden birinin diğerinin bölümü gibi bir görev üstlendiği; şirketlerin yönetim kurulu başkan ve başkan yardımcısı olan hâkim ortaklarının aynı olduğu; evli olan bu ortaklardan birinin limited şirkette diğerinin ise anonim şirkette şirketleri temsil ve ilzama yetkili oldukları; her iki şirketin faaliyet alanının büyük oranda (özellikle çimento konusunda) kesiştiği; şirketlerin internet sitesinde birbirlerinin tanıtımına yer vererek birbirlerine referans oldukları ancak sonradan bu bilgilerin çıkarıldığı; üçüncü kişiler nezdinde sanki tek bir şirketle işlem yapılıyor algısı yaratıldığı; Antalya 1. İcra Mahkemesinin dosyasında da davalı şirketler arasında güçlü bir organik ve fiili bağlantının bulunduğu; Bucak Sulh Hukuk Mahkemesinin dosyası üzerinden yapılan tespitte de her iki şirket arasındaki organik bağ, iktisadi bütünlük ve yönetsel özdeşliğin tespit edildiği; şirketlerin birbirlerinin kredi borçlarına kefil oldukları; malvarlıklarının özdeşleştiği; yurtdışından gönderilen 629.335 USD'nin davalı şirketlerden SC Ltd. Şti. yetkilisi N. Ç. tarafından çekildiği gibi olguların altı çizilmiştir. Bunlar aslında topluluğun yapısal çarpıklığına işaret eden hususlardır.

Bu olguları çapraz perdeyi kaldırmayla ilgili olarak dikkate alan Yargıtay aldatıcı veya hileli davranışa ilişkin ayrıca bir değerlendirmede bulunmamıştır. Hâlbuki bu konu Yargıtay ile ilk derece mahkemesi arasındaki görüş ayrılığının en önemli sebebidir. Asliye Ticaret Mahkemesi iki aşamalı testin ikinci aşamasını oluşturan bu unsurun yokluğundan bahisle perdenin kaldırılması talebini reddetmiştir. Eğer davranışsal bir yaklaşım üzerinden konuyu ele alan geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin bir alt uygulaması olarak, çapraz perdeyi kaldırma kapsamında bir değerlendirme yapılacaksa, bu unsurun varlığı veya yokluğuyla alakalı olarak da bir tespiti ihtiyaç vardır. Dolayısıyla çapraz perdeyi kaldırmada da hâkim ortak veya ortakların

hileli veya aldatıcı bir davranışta bulunup bulunmadıkları ele alınması gereken bir husustur. Davranışsal yaklaşımın tersine, yapısal bir yaklaşıma dayanan tek ekonomik birim temelinde perdeyi kaldırmada ise buna imkân yoktur; çünkü perdeyi kaldırma şeklindeki sonuç, belirli bir davranışla bağlantılı olarak ortaya çıkmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, burada kınanan veya hukuka aykırı kabul edilen konu hâkim ortağın bir davranışı değil, topluluğun hukuka aykırı, çarpık yapısıdır. Böyle bir yapıda şirketler o kadar iç içe geçmiş, hukuk alanları o derece belirsiz hale gelmiştir ki bunların ayrı birer tüzel kişilik olduklarını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Somut olayda da Yargıtay sonuç olarak davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve TMK'nın 2. maddesinde öngörüldüğü gibi yasaca korunamayacağı tespitinde bulunmuştur.

Yargıtay'ın SC kararındaki uygulaması Amerikan mahkemelerinin geleneksel perdeyi kaldırma teorileri olan alt benlik teorisi (*alter ego theory*) veya araçsallaştırma teorisini (*instrumentality theory*) esnek bir şekilde uygulayarak tüzel kişilik perdesini kaldırdığı kararları hatırlatmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere ABD mahkemeleri olay özelliklerine göre tek ekonomik birim veya işletme yaklaşımına benzer bir uygulama yoluna gidebilmektedir¹²⁰⁹. Bunu yaparken mahkemelerin iki aşamalı testin kusurlulukla alakalı hileli veya kınanabilir davranış unsurunu ya hiç aramadıkları ya da genel uygulamaya göre çok daha esnek bir şekilde uyguladıkları dikkati çekmektedir. Bu suretle ABD mahkemelerinin bağlı şirket üzerindeki mutlak hâkimiyet unsurunu perdenin kaldırılması için yeterli gördükleri ifade edilebilir. SC davasında da Yargıtay benzer bir yaklaşımla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istemli davalarda uyguladığı iki aşamalı testin ikinci unsuru olan aldatıcı / hileli davranış unsurunu sıkı sıkıya araştırmamış, davalı şirketler arasındaki ilişkilere ve mensubu olduğu topluluğun yapısal özelliklerine vurgu yaparak sonuca varmıştır¹²¹⁰.

¹²⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yuk. s. 271 vd.

¹²¹⁰ Benzer yaklaşımın uygulandığı bir başka karar için bkz. YRG. 23. HD. E. 2014/9719, K. 2015/4827 sayılı ve 23.6.2015 tarihli karar. Bu kararında Yargıtay aldatıcı/hileli davranış yönünden bir değerlendirme yapmayarak, aşırı derecede iç içe geçmiş olmayı perdenin kaldırılması için yeterli görmüştür. Bu kararında Daire “*şirketin AVM'nin kiralama ve pazarlama işini diğer davalı...A.Ş.'ye devrettiği, ancak bu durum onu sözleşme ilişkisinin dışına çıkarmayacağı ayrıca her iki şirketinde yönetim kurulunun aynı olduğu, tüzel kişiliğin perdesinin aralanması ilişkisi ışığında her iki davalı arasında davacı ile doğrudan doğruya sözleşme ilişkisi içinde oldukları, ... A.Ş.'nin sözleşmenin muhatabı haline geldiği, bu sebeple her iki şirketinde komisyon borcundan sorumlu oldukları*” gerekçesiyle verilen ilk derece mahkemesinin davanın kabulü yönündeki kararını onayarak, aynı yönetim yapısına tabi olmayı perdeyi kaldırma ve bir sözleşmeye taraf olarak nitelendirilme ve sorumlu kılınma açısından yeterli görmüştür. Bu anlamda, ortada aldatıcı veya hileli bir eylem olup olmadığı yönünde bir analiz yapmaksızın perdenin kaldırılması oldukça dikkat çekicidir.

Yargıtayın bu davadaki tespitleri ışığında, tek ekonomik birim oluşturacak biçimde iç içe geçmiş olmanın bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sebebi olarak ileri sürülebileceği sonucuna varılabilir. Böyle bir durumda ayrı tüzel kişilik savunması hakkın kötüye kullanılması yasağından dolayı kabul görmeyecektir. Dolayısıyla Yargıtay prensip olarak birden fazla şirketin esasında tek bir ekonomik ünite veya yapı olmasını bir perdeyi kaldırma sebebi olarak kabul etmekte ve buna göre bu yapının bileşenlerini müştereken ve müteselsilen sorumlu tutabilmektedir. Buradaki uygulamadan Yargıtay'ın topluluk şirketleri arasındaki organik bağ, iktisadi bütünlük ve yönetsel özdeşlik gibi topluluğun yapısal özelliklerine işaret eden hususları vurgulayarak perdenin kaldırılmasına hükmedebildiği; geleneksel perdeyi kaldırma davalarında çoğunlukla gördüğümüz üzere ayrıca bir hile veya aldatma şartı aramadığı sonucuna varabiliriz. Ancak bunun genel bir uygulama olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur.

Daha eski tarihli ortaklık sertifikası kararlarında da tek şirket sayılma şeklinde bir kıstas kullanılarak bağlı şirket borçlarından dolayı topluluğa mensup diğer şirketlerin ve perde gerisinden topluluğu idare eden gerçek kişi topluluk hâkiminin haksız fiil gereğince sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Bu kararlarda şirketler topluluğunun meşru ticari faaliyetlerde bulunmaktan ziyade hileli yollarla şahıslardan para toplamak amacıyla hayata geçirildiği özellikle vurgulanarak bir sonuca ulaşılmıştır. Diğer bir anlatımla şirket formunun geleneksel perdeyi kaldırma davalarında gördüğümüz şekilde araçsallaştırılmasına benzer bir şekilde şirketler topluluğu yapısının da araçsallaştırıldığı ifade edilebilir¹²¹¹. Topluluğu hayata geçirenler ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarını etkisiz kılmak için bilinçli olarak çok şirketli yapılar kurmuşlardır. Bu bağlamda şirketler topluluğu yapısının bir perdeleme vasıtası olarak kötüye kullanıldığı ifade edilebilir. Bu davalarda, girşimcilerin niyetinin, kanun koyucunun hizmetlerine sunduğu bu yapıdan meşru ticari amaçlar için yararlanmaktan ziyade, hileli işlemlerini gizlemek için bir paravan olarak kullanmak olduğu görülmektedir. Dolayısıyla topluluğun tek bir şirket veya yapı olarak nitelendirilmesini sağlayan temel unsur, şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyette bulunabilme imkânının kötüye kullanılmasıdır. Bu davalarda olduğu gibi, topluluk hâkiminin, hileli amaçlarını gerçekleştirmek veya bunlardan kaynaklanabilecek sorumluluk hallerini savuşturabilmek için bir şirketler topluluğu kurduğu durumlarda, belirli bir kişiye karşı icra edilen hileli veya aldatıcı bir davranış tespit edilemese dahi, böyle bir yapının hayata geçirilmesinin kamuya karşı hile olduğu ifade edilebilir.

¹²¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Yuk. Sh. 363.

3.3.2.3.3. Bir Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Yöntemi Olarak Tek Ekonomik Birim Kistasının Uygulanmasıyla İlgili Öneriler

Uygulamada mahkemeler şirketler topluluğunun yer aldığı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepli davalarda tek ekonomik birim, ünite, işletme, tek şirket sayılma gibi ifadelere yer vererek, perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir. Bu tabirler davalı şirketlerin aynı hakim ortağın kontrolü altında münferit, tek şirket gibi faaliyet gösterdiğini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu tip davalarda mahkemelerin geleneksel perdeyi kaldırma davalarında uygulanan iki aşamalı testin ikinci aşamasında aranan hileli – aldatıcı davranış şartını uygulamayarak veya çok daha esnek bir şekilde uygulayarak sonuca vardıkları görülmektedir. ABD mahkemelerinin tek unsurlu testine benzer bu uygulama sonucunda topluluğa mensup bazı bağlı şirketlerin birbirlerinin borçlarından dolayı sorumlu tutulabilmeleri mümkün hale gelmektedir. Burada geleneksel perdeyi kaldırmanın bir alt türü olarak değerlendirilen, çapraz perdeyi kaldırmanın esnek bir şekilde uygulandığı ifade edilebilir.

Bu tarz bir uygulama kısmen de olsa bağlı şirket alacaklısı yönünden bir çözüm yolu sunması açısından olumlu bir adım olarak değerlendirilmelidir. Ancak, bu yine geleneksel perdeyi kaldırma teorisine atıfla yapılan, onun uygulanma şartlarını esneterek de olsa tatbik edilen bir yaklaşım olduğundan yapısal olarak sorunlu şirketler topluluğu meselesine köklü bir çözüm getirmemektedir. Zira SC kararında da görüldüğü üzere özellikle geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin uygulanma şartlarının nereye kadar esnetileceği veya farklı uygulanacağı, pay sahibi olmayan kardeş şirketlerin sorumlu tutulup tutulamayacağı gibi hususlarda tereddüt oluşabilmektedir. Esasında hakim ortağın kusurlu davranışları üzerine yoğunlaşan geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin, yapısal olarak sorunlu bir topluluğun yol açtığı, topluluk tehlikesinin gerçekleşmesi gibi özgün sorunlara etkin bir çözüm sunması beklenmemelidir. Zira topluluk hâkiminin, kötünietli amaçlarla topluluğu bilinçli olarak tek ekonomik birim olarak kurgulaması veya müdahaleleriyle fiilen bu hale getirmesini, geleneksel perdeyi kaldırma davalarındakine benzer tarzda bir hileli veya aldatıcı davranış olarak nitelendirmek mümkün değildir. Sorunun temelinde şirket hâkim ortağının münferit davranışları değil, aşırı hâkimiyet uygulamaları ve buna bağlı olarak ortaya çıkan topluluk yapısı bulunmaktadır. Topluluk hakiminin sorumsuzca uyguladığı aşırı müdahaleleri sebebiyle bağlı şirket borçlarını ifa edemez hale gelmişse alacaklının, geleneksel perdeyi kaldırma kapsamında zararını talep edebilmesi şüphelidir.

Bu sebeple daha tutarlı ve öngörülebilir bir uygulama geliştirmek için daha farklı bir yaklaşımın benimsenmesine ihtiyaç vardır. Topluluk hakiminin bilinçli tercihleri veya kötü

hakimiyet uygulamaları sonucunda yapısal olarak münferit bir şirket veya ekonomik birim gibi hareket eden topluluklarda, topluluğun yapısal özelliklerini de dikkate alan bir perdeyi kaldırma yaklaşımı benimsenmelidir. Bu tezin hazırlanma amaçlarından birisi, böyle bir uygulama geliştirirken dikkat edilmesi gereken hususlarla ilgili birtakım önerilerde bulunmaktır. Bunu yaparken sıklıkla topluluğun ekonomik temeline odaklanmayı tavsiye eden tek ekonomik birim yaklaşımından faydalanacağız.

Tek ekonomik birim (*single economic unit*) veya işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) gibi terimlerle kavramsallaştırılan bu yaklaşımın genel geçer, tek bir tanımı bulunmamaktadır. Buna rağmen, genel olarak tek ekonomik birim yaklaşımının, bir topluluğa dâhil bütün şirketlerin münferit bir işletme gibi değerlendirilmesi ve bu bütünlüklü yapının topluluğa dâhil herhangi bir şirketin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulabilmesini önerdiği ifade edilebilir¹²¹². Bu yaklaşım, tek ekonomik birim olarak yeniden nitelendirilen bu yapıya dâhil şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerini yok sayarak tüzel kişilik perdesinin yatay ve dikey olarak kaldırılmasını mümkün kılmaktadır. Böylece sadece topluluk hâkimi ana şirket değil, diğer bağlı şirketlerin de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu yaklaşımın, şirketler topluluğunda kötüye kullanılabilen ekonomik gerçeklik ile çelişkili hukuki gerçekliği gerçek duruma yaklaştırdığı; topluluk şirketlerini üçüncü kişiler için zararlı olabilecek faaliyetlerini daha bütüncül bir bakış açısıyla tüm topluluğu içerecek bir şekilde değerlendirmeye ve önlem almaya zorladığı; böylece zararlı veya riskli faaliyetleri kurban olarak seçilen, zayıf malvarlığına sahip bir bağlı şirkete tahsis ederek sorumluluktan kurtulma yoluna gitmeyi etkisiz kıldığı ifade edilmektedir¹²¹³.

Her ne kadar tek ekonomik birim yaklaşımının TTK'nın bir çözüm getirmediği yapısal olarak sorunlu topluluklar açısından etkin bir karşılık olacağını kabul ediyorsak da bu tezinin şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluk ilkesini ortadan kaldırarak bir sonuç doğurmasını da doğru bulmuyoruz. Dolayısıyla tek ekonomik birim teorisi belirli hâl ve şartlarla kısıtlı olarak uygulanmalıdır. Bu anlamda tezinin çerçevesini çizme ve uygulanma şartlarını belirleme noktasında uygulamacılara yardımcı olmak, bu çalışmanın en önemli amaçlarından birisidir. Bu bağlamda uygulanma şartlarıyla ilgili önerilere geçmeden önce, bu tezinin yol açabileceği sakıncalı sonuçlara dikkat çekmek, kaçınılması gereken hususları belirleme açısından faydalı olacaktır.

¹²¹² Petrin/Choudhury, s. 786

¹²¹³ Petrin/Choudhury, s. 786.

3.3.2.3.3.1. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulamasında Kaçınılması Gereken Hususlar

AB'nin şirketler hukukuyla ilgili mevzuat çalışmaları kapsamında tek ekonomik birim yaklaşımının yazılı hukuk kurallarıyla benimsenmesi gündeme geldiğinde bunun belirsizlik (*uncertainty*), otomatizm (*otomatism*) ve katılık (*rigidity*) olarak ifade edilen bir takım sakıncalı durumlara yol açabileceği ileri sürülmüştür¹²¹⁴. Aynı sakıncalar teorisinin yargısal olarak uygulamaya sokulması durumunda da ortaya çıkabilir. Bu sebeple uygulanabilir ve adil sonuçlar doğuran bir yaklaşım önerirken eleştirilen bu hususların bilhassa göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Belirsizlik sorunu daha çok teorisinin dayandırıldığı kavramların yorumlanmasıyla alakalı bir sorun olarak görülmektedir. Özellikle tek elden yönetim (*unified management*), kontrol (*controlling influence*), hâkimiyet (*dominating influence*) gibi kavramların tam olarak ne anlama geldiği ve bunların hangi yoğunluk seviyesinde uygulanıyor olmalarının sorunlu görüleceği gibi temel meseleler üzerinde bir mutabakat olmaması eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu tip belirsizliklerle malül bir sorumluluk rejimi önemli sorunlara yol açabilecektir. Bunlardan ilki ve en önemlisi topluluk şirketlerinin, özellikle de ana şirketin devamlı bir sorumluluk tehdidiyle karşı karşıya kalacak olmasıdır. Eğer öngörülebilir uygulama kıstasları benimsenmezse topluluk şirketleri umulmayan sorumluluk halleriyle karşılaşmak durumunda kalabilir. Bu da tüm grup şirketleri açısından, işletme maliyetlerinin önemli derecede artması sonucunu doğuracaktır. Hukuki belirsizliğin ve onun sonucunda ortaya çıkan bu tip olumsuzlukların önüne geçebilmek için mahkemelerin belirli ilkeler üzerine bina edilmiş, çerçevesi iyi belirlenmiş, istikrarlı bir içtihad hukuku geliştirmelerinin önemi ortadadır¹²¹⁵.

Diğer bir sorun otomatizm (*otomatism*) olarak da nitelenendirilebilecek, toptancı bir uygulama anlayışının benimsenmesi şeklinde kendini gösterebilir. Daha açık ifade etmek gerekirse mahkemeler olayın özelliklerini yeterince irdelemeksizin, sadece hâkimiyetin varlığından bahisle, bir takım mecazi ifadeler kullanarak bağlı şirket borçlarından dolayı diğer topluluk şirketlerinin sorumluluğu cihetine gidebilir¹²¹⁶. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai niteliğiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla topluluk hâkimi ana şirketin bağlı şirketler üzerinde hâkimiyet sahibi olması, onları kontrol altında

¹²¹⁴ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 296.

¹²¹⁵ Antunes, Liability of Corporate Groups, s. 297.

¹²¹⁶ Bu bağlamda Yargıç Cardozo'nun *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84, 155 N.E. 58 (N.Y. 1926) kararındaki şu tespitini hatırlatmakta fayda görüyoruz: “Ana ve yavru şirketler arasındaki ilişkiye dair tüm sorun, hala metaforun sisleriyle kaplı bir sorundur. Hukuktaki metaforlar dikkatle izlenmelidir, çünkü düşüncüyü özgülleştiren araçlar olarak başlarlar, çoğu zaman onu köleleştirerek son bulurlar”

tutması, başlı başına bütün bir topluluğun tek işletme haline geldiğinin ve bu sebeple sorumluluğunun kabulü için yeterli değildir. Bunun aynı zamanda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuran bir uygulama, kınanabilir bir tutum olarak da nitelendirilebilir olması gerekmektedir¹²¹⁷. Bu bağlamda mahkemelerin olay özelliklerini göz önünde bulundururarak, bilhassa da topluluk hâkiminin hâkimiyet uygulamalarının hukuka uygunluğunu ve tahsil edilemeyen bağlı şirket borçlarından dolayı meydana gelen zararın alacaklılar üzerinde bırakılmasının hakkaniyete aykırı olup olmadığını değerlendirerek, bir sonuca varması yerinde olacaktır.

Bu teori uygulanırken kaçınılması gereken diğer bir tutum katılık (*rigidity*) olarak belirtilebilir. Bu aslında bir önceki sakıncalı durum olan otomatizme benzer unsurlar içermektedir. Topluluğun yapısıyla ilgili olarak yeterince inceleme yapılmaksızın sadece hâkimiyetin veya kontrol unsurlarının varlığını yeterli gören katı bir uygulamadan kaçınılması gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre topluluğun yapısal özellikleri göz önünde bulundurulmaksızın bütün toplulukların aynı kefeye konulması doğru bir tavır olmayacaktır. Toplulukların yönetim ve organizasyon yapılarındaki çeşitliliği de dikkate alan ve buna göre farklılaşabilen esnek bir rejim benimsenmelidir¹²¹⁸. Dolayısıyla topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği değerlendirilirken onun ne derece hukukun tanıdığı meşru sınırlar dışına çıkan bir yapı haline geldiği de dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda topluluğun ne derece merkezileştiği, topluluk şirketleri arasındaki ilişkiler, topluluk hâkiminin müdahale pratikleri,

¹²¹⁷ ABD’de Florida eyalet mahkemeleri için bu mesele uzun süre tartışma konusu olmuştur. Topluluğun tek bir işletme haline gelmesi başlıbaşına bir kusur olarak nitelendirilerek sorumluluğa hükmedilmesi genel bir uygulama olarak kabul edilmiştir. Ancak *Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes*, 450 So. 2d 1114 (Fla. 1984) kararında Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Florida Supreme Court*) daha önceki çelişen kararları da göz önünde bulundururarak emsal niteliğinde bir karar vermiştir. Dava konusu olaydan kısaca bahsetmek gerekirse; *Saturday Corp.* adındaki ana şirketin tam hakimi olduğu bağlı şirketler *Dania* ve *Carrousel* isimli vale parking işiyle iştigal eden şirketlerden birinin çalışanı araç park ederken davacıya çarparak onun yaralanmasına sebep olmuş ve haksız fiilden dolayı açılan tazminat davasında alt derece mahkemesi üç şirketin de sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yerel mahkeme kararında *Carrousel* isimli şirketin adam çalıştırmanın sorumluluğu sebebiyle, kardeş şirket *Dania* ve ana şirket *Saturday*’in de dış dünyaya karşı verilen tek bir işletme görüntüsünden dolayı meydana gelen zarardan dolayı sorumlu olduklarını belirtmiştir. Karar bir üst temyiz mercii olan bölge istinaf mahkemesi (*District Court of Appeal*) tarafından onanmıştır. Son olarak Eyalet Yüksek Mahkemesi bağlı şirketler *Dania* ve *Carrousel*’in ana şirket *Saturday*’in birer aygıtı/aracı (*mere instrumentality*) olduklarını, bu sebeple *Saturday*’e atfedilebilir bir kusurun bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığını belirten bölge istinaf mahkemesi kararını bozmuştur. Yüksek mahkeme sadece grubun aşırı derecede entegre olması veya ana şirket tarafından kontrol ediliyor olmalarının yeterli olmadığını, ana şirkete az veya çok bir usulsüzlüğün de (kararda kullanılan ifade *some improper conduct*) atfedilebilir olmasının gerekli olduğuna karar vermiştir. *Blumberg* haksız fiille ilgili bu yaklaşımın sözleşmesel alacaklar için de uygulanabileceği düşüncesindedir. Yazara göre grup içi sorumluluk meselesinde sözleşmesel alacaklar için daha katı bir yaklaşım benimsenmelidir. Dolayısıyla haksız fiil için belirlenen bir standart, sözleşmesel alacaklarda haydi haydi uygulanabilir olmalıdır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 393.

¹²¹⁸ **Antunes**, *Liability of Corporate Groups*, s. 301.

bağlı şirketlere tanınan hareket alanı, topluluğun yatay – dikey yapılandırılış biçimi gibi hususlar da değerlendirilmelidir.

Bu kapsamda topluluğun tek ekonomik birim veya ünite yahut da zaman zaman Yargıtay kararlarında kullanıldığı şekliyle tek şirket sayılma kıstasının uygulanma şartları ve çerçevesi belirlenirken yerleşik hale gelmiş uygulamalardan da faydalanmak gerekir. Bu bağlamda geleneksel perdeyi kaldırma davalarında uygulanan iki aşamalı teste benzer bir değerlendirme tek ekonomik birim kıstasının uygulanmasında da yapılabilir. Burada farklı olarak topluluğun yapısal özelliklerini esas alan bir değerlendirme yapılacaktır. İlk aşamada topluluğun tek ekonomik birim veya işletme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun için de öncelikle topluluğun yapısal özellikleri tetkik edilmeli, tabiri caizse bir profili çıkarılmalıdır. Eğer topluluk tek işletme veya ekonomik birim olarak nitelendirilebiliyorsa ikinci aşamaya geçilmelidir. Sonraki aşamada bu yapının kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayan hukuka aykırı ve dolayısıyla çarpık, kınanabilir bir yapı olup olmadığı; öyleyse böyle bir yapıya dâhil bir bağlı şirketin borcunu ifa edememesinden kaynaklanan zararın alacaklı üzerinde bırakılmasının hakkaniyetle ne kadar bağdaştığı üzerinde durulmalıdır. Bu sorunları detaylı bir şekilde ele alıp irdeleyen tutarlı bir yargı uygulamasının adil sonuçlar vereceği düşünülmektedir.

3.3.2.3.3.2. Tek Ekonomik Birim Teorisinin Uygulamasında Dikkate Alınacak Hususlar

Uygulamada münferit bir şirket gibi faaliyet gösteren, yapısal olarak sorunlu şirketler topluluğunun yol açtığı sorunlara ne TTK özel hükümleriyle benimsenen sorumluluk rejimi ne de geleneksel perdeyi kaldırma yöntemleri bir çözüm getirmektedir. Bu sorunlara karşı topluluğun yapısal özelliklerini dikkate alan bir perdeyi kaldırma yönteminin geliştirilmesi faydalı olabilir. Bu bağlamda tek ekonomik birim teorisinden yararlanılabileceği düşünülmektedir. Mahkemelerimizin özellikle son yıllarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini yaygın bir şekilde uyguladıkları görülmektedir. Yukarıda değindiğimiz Yargıtay uygulamalarında da görüldüğü üzere çok şirketli yapılar söz konusu olduğunda, kararlarda “*tek şirket sayılma*”, “*tek ekonomik birim, ünite, tek tüzel kişilik*” gibi tabirlere de yer verildiği görülmektedir¹²¹⁹.

¹²¹⁹ Mesela yukarıda incelediğimiz ortaklık sertifikası kararlarında Yargıtay “*tek şirket sayılma*” şeklinde bir tabir kullanarak davalı topluluk şirketlerini tek bir birim gibi değerlendirmiştir (Bkz. Yuk. s. 363). Yine yukarıda tartıştığımız YHGK tarafından sonuçlandırılan SC davasında topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği gündeme gelen konulardan biri olmuştur (Bkz. Yuk. s. 371).

Bu kısımda tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında dikkate alınması gereken hususlar üzerinde durulacaktır. Özellikle daha tutarlı ve öngörülebilir kararlar için mahkemeler tarafından gözetilmesi gereken hususların vurgulanması amaçlanmıştır.

Yargı uygulamalarıyla benimsenen geleneksel perdeyi kaldırma davalarındaki iki aşamalı teste benzer bir uygulamanın burada da kabul edilebileceği düşünülmektedir. Geleneksel perdeyi kaldırma davalarında Yargıtay şirket tüzel kişiliğinin TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını belirlerken aşamalı olarak şu şartların varlığını aramaktadır¹²²⁰:

- 1) *şirketin araçsallaştırılması, bir perde gibi kullanılması;*
- 2) *bir borç veya yükümlülüğten kurtulma amacıyla aldatıcı veya hileli hareketlerde bulunulması.*

Geleneksel perdeyi kaldırmanın bir çözüm getirmediği, şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan sorunlara özgü bir perdeyi kaldırma uygulaması için de benzer unsurları içeren iki aşamalı bir test benimsenebilir. Bu uygulamanın aşamaları şu şekilde sıralanabilir:

- 1) *İlk aşama: Tek ekonomik birimin tespiti;*
- 2) *İkinci aşama: Kınanabilirlik.*

Bu uygulama önerisinin detayları ve mahkemeler tarafından uygulamada dikkate alınması gereken hususlarla ilgili ayrıntılı açıklamalar bundan sonraki başlıklar altında yapılacaktır¹²²¹.

¹²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 91.

¹²²¹ ABD hukukunda uygulanan test de kabaca iki aşamadan oluşmaktadır: 1) Söz konusu topluluk şirketleri arasında o denli yüksek düzeyde bir birliktelik vardır ki bunların bağımsız varlıkları fiilen (*de facto*) sona ermiştir. 2) Bu birliktelik hali göz önünde bulundurulduğunda, topluluk şirketlerinin ayrı tüzel kişilikler olarak ele alınması adaletsizliğe yol açmaktadır. Bkz. **Petrin/Choudhury**, s. 786. İsviçre hukukuyla ilgili açıklamalarda bulunan **Türkmen**, bağlı şirket borçlarından dolayı hâkim işletmenin sorumluluğu amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında aranan şartları şu şekilde sıralamaktadır: 1) Ekonomik bir birlik teşkil edilmiş olması, 2) Hukuki bağımsızlığa dayanmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmasıdır. Bkz. **Türkmen**, s. 679. Bizim önerdiğimiz inceleme veya test de bu yaklaşımlarla benzerlik göstermektedir. İşletme sorumluluğunu, haksız fiil mağdurlarıyla ilgili olarak araştıran **Dearborn** bu çerçevede yeni bir test uygulanmasını teklif etmektedir. İki unsurlu bu testin uygulanabilmesi için öncelikle ekonomik olarak bütünlüklü (*economically integrated*) bir işletmenin varlığı araştırılmalıdır (*the enterprise prong*). Diğer unsur ise kitlesel bir haksız fiil (*mass tort*), insan hakları ihlali (*human rights violation*) ya da çevre zararının (*environmental harm*) ortaya çıkmasıdır (*the tort creditor prong*). Bkz. **Dearborn**, s. 252.

3.3.2.3.3.2.1 Tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında yapılacak incelemeye yönelik öneriler

a) İlk Aşama: Tek Ekonomik Birimin Tespiti

Tek ekonomik birim veya işletme kıstasının uygulanabilmesi için öncelikle topluluğun tek bir yapı/ünite haline geldiğinin tespitine ihtiyaç bulunmaktadır¹²²². Dolayısıyla böyle bir davayla karşılaşan mahkemenin yapacağı ilk iş, topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediğini araştırmaktır. Bunun için de öncelikle topluluğun yapısal özellikleri tetkik edilmeli, tabiri caizse bir profili çıkarılmalıdır. Mahkeme bunu yaparken olay özelliklerini esas alarak bir incelemede bulunmalıdır¹²²³. Bu aşamada çok şirketli bir topluluk yapısı altında biçimlendirilen ticari girişimin iç organizasyonu ve yönetim asıl inceleme konusu olacaktır; yoksa ahlaki kusurluluk veya suiistimalin varlığı araştırılmamaktadır¹²²⁴. Bu konular ikinci aşamada ele alınacak olan hususlardır. Bu bağlamda ilk aşamada geleneksel perdeyi kaldırmada yapıldığı gibi, kontrol – veya hâkimiyet – olgusu davranışçı bir bakış açısıyla, kusurlulukla alakalı bir mesele olarak değil; topluluğu bir işletme veya ekonomik birim olarak değerlendirmeyi sağlayıp sağlamadığıyla alakalı bir mesele olarak dikkate alınacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse davranışçı kontrol değil ekonomik kontrolün varlığı araştırılacaktır¹²²⁵.

Diğer tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davalarında olduğu gibi tek ekonomik birim temelinde yapılacak bir perdeyi kaldırma uygulamasında da her olay için uygulanabilir genelgeçer kurallar belirlemek mümkün değildir¹²²⁶. Bu sebeple tek ekonomik birim veya işletme kıstasına göre de bir uygulama birliğinin olmadığı, bunun hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlu olduğu yönünde eleştiriler dile getirilecektir. Eleştiri konusu yapılabilecek bu husus diğer taraftan uygulama esnekliği tanıdığından önemli bir avantaj da sağlamaktadır. Zira AB'nin şirketler topluluğuyla ilgili mevzuat çalışmalarında da dile getirildiği gibi sınırlı

¹²²² Çok şirketli bir yapının tek ekonomik birim haline gelip gelmediği araştırılırken TTK'nın tanımladığı ve sınırlarını belirlediği şirketler topluluğu kavramından daha geniş kapsamlı bir çerçeve benimsemek gerekir. TTK hükümleri hâkimiyet bağına esas almakta ve buna göre bir topluluk tanımı getirmektedir. Hâlbuki yukarıda altını çizdiğimiz sorunlar hâkimiyet bağına söz konusu olmadığı tek elden yönetilen veya koordine edilen yatay topluluklar, organik bağ ile birbiriyle ilişki içerisinde olan şirketlerin meydana getirdiği gruplaşmalarda da görülebilir. Tek Ekonomik Birim teorisinin uygulama yeri bulabileceği sorunlu alanlarla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 258 vd.

¹²²³ Mesela *United States Sec. & Exch. Comm'n v. Halek* [No. 12-11045, 7 (5th Cir. Aug. 5, 2013)] davasında ABD mahkemesi, davalı grup şirketlerinin hesap hareketlerini inceleyen adli muhasebe uzmanı (*forensic accountant*) tarafından düzenlenen rapora atıfla, yatırımcı fonlarının davalı şirketlerin hesaplarında karıştırıldığı ve bu kaynakların tek ekonomik ünite gibi muamele gördüğü hususunu vurgulayarak sonuca ulaşmıştır.

¹²²⁴ **Strasser**, s. 646.

¹²²⁵ **Dearborn**, s. 253.

¹²²⁶ **Dearborn**, s. 251.

sorumluluk kuralını anlamsız hale getirebilecek bir kanun hükmünün varlığı da önemli riskler barındırmaktadır¹²²⁷. Dolayısıyla her iki yaklaşımın da avantaj ve dezavantajlarını göz önünde bulunduran bir uygulama geliştirmek hukuk politikası açısından en doğru adım olacaktır.

Bu bağlamda öngörülebilirlik sağlayan ama tektipleştirmeye de yol açmayan; olay özelliklerini göz önünde bulunduran ve hakkaniyete vurgu yapan bir uygulamanın geliştirilmesi dengeli bir yaklaşım olacaktır. Bu ancak tutarlı ve istikrarlı bir yargısal uygulama yoluyla gerçekleştirilebilir. Olay bazında yapılacak bir incelemeyle şirketler topluluğunun çok şirketli bir görünüme sahip olmakla birlikte tek işletme veya ekonomik birim halinde değerlendirilebilecek bir yapıya sahip olup olmadığı ile bu sorunlu yapıya dâhil bağlı şirketlerin alacaklılarının bundan dolayı mağdur olup olmadıkları değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmenin sonucuna göre eğer bağlı şirket alacaklısının alacağını kendi borçlusundan tahsil edememesi hukuk dışı, kınanabilir, hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilebiliyorsa onun kendi alacağı için diğer topluluk şirketlerine müracaatına imkân tanınmalıdır. Bu suretle sınırlı sorumluluk ilkesi genel kural olarak muhafaza edilebilirken, istisnai durumlarda hakkaniyete aykırı kötüye kullanmaların da önüne geçilebilecektir.

Kısacası tutarlı ve istikrarlı bir yargı uygulaması öngörülebilirliği sağlarken adil sonuçlar alınmasını da temin edecektir. Bu bağlamda her ne kadar genelgeçer kurallar benimsemek mümkün olmasa da sıklıkla karşılaşılan durumlar dikkate alınarak belirli kıstaslar benimsemek mümkündür. Yukarıda incelediğimiz ABD mahkeme kararlarında böyle bir uygulamanın geliştiği görülmektedir. Mesela emsal karar niteliğindeki *Green v. Champion Insurance Co.*¹²²⁸ kararında mahkeme, tek bir işletme (*single business enterprise*) varsayımının varlığını gösteren örnek niteliğinde 18 maddelik bir liste tespit etmiştir. Sonraki kararlarda mahkemeler, bu maddelere atıfla sonuca varma yoluna gitmiştir¹²²⁹. Benzer bir bakış açısıyla, çok şirketli bir yapının tek ekonomik birim haline gelip gelmediğini araştırırken göz önünde bulundurulması gereken hususlar şu şekilde sıralanabilir¹²³⁰:

¹²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 347.

¹²²⁸ 577 So.2d 249 (La. Ct. App. 1991). *Green v. Champion Insurance Co.* kararı tek işletme teorisinin ilk olarak uygulandığı karar olarak da bilinmektedir. Bkz. **Küçük**, s. 325.

¹²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk.s. 289.

¹²³⁰ Bunlardan hiçbirisi tek başına perdeyi kaldırma için yeterli değildir. Burada altı çizilen hususların ne derece yoğun ve sıklıkla rastlanan olgular olduğuna göre topluluğun tek ekonomik birim olarak nitelendirilme ihtimali artacaktır. *Bainbridge* çamaşır listesi (*laundry list*) olarak nitelendirdiği bu listeleme yaklaşımını eleştirmektedir. Yazar, *ex post* bir değerlendirmeyle, belirli kalıpları kullanarak yapılan perdeyi kaldırma uygulamasının açıklayıcı olmaktan uzak olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Bainbridge**, *Abolishing*, s. 513. Buna karşılık sıklıkla yargı kararlarına konu olan olaylardan hareketle hazırlanan bu listelerin öngörülebilirlik sağlamada önemli bir işleve sahip olduğu ifade edilebilir. Olgusal temele sahip, yeterince gerekçelendirilebilen

1. Topluluk şirketlerinin ortaklık yapısı

Topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği araştırılırken en başta incelenmesi gereken konu topluluğu hayata geçiren ve devamını sağlayan hâkimiyet ilişkisi ve buna bağlı olarak bağlı şirketlerin ortaklık yapısı olacaktır. Zira ülkemizde gelişen uygulamaya göre hâkimiyet, hemen her zaman paysahipliği – veya limited şirket söz konusuysa ortakların katılım – oranı ve oy haklarının dağılımına dayanmaktadır. Bu gerçekliği dikkate alan kanun koyucu da mevcut TTK hükümlerini kabul ederken paysahipliği ve oy oranına dayalı fiili toplulukları kural olarak düzenlemiş; istisna olarak gördüğü sözleşmesel toplulukları da bu düzenlemelere atfen hükme bağlama yoluna gitmiştir. Mevcut düzenlemelere göre Kanun’un TTK m. 195’de belirttiği hâkimiyet araçlarının varlığı hâkimiyetin ve dolayısıyla şirketler topluluğunun varlığının kabulü için yeterlidir. Hâkim olan hâkimiyeti kullanır şeklinde bir karine kabul eden kanun koyucu, hâkimiyetin gerçekten kullanılıp kullanılmadığı veya ne biçimde kullanıldığı hususlarında bir kıstas belirlememiştir¹²³¹.

TTK özel hükümlerinin uygulanabilirliği açısından öngörülebilir bir çerçeve sunma adına olumlu görülebilecek bu yaklaşım; tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması ve topluluğun sorumluluğu söz konusu olduğunda kapsamı çok fazla genişleteceğinden olumsuz sonuçlara yol açabilir. Dolayısıyla sadece paysahipliği ve oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak şeklindeki bir kıstas tek ekonomik birimin varlığını ve buna göre kapsamlı bir sorumluluk uygulamasını haklı kılmaz. Şirketler topluluğunu tek ekonomik birim haline getiren zayıf şirketleşme, yetersiz malvarlığıyla faaliyet, kötü yönetim, yönlendirme gibi birtakım hâkimiyet uygulamalarının varlığı da aranmalıdır¹²³². Aşağıda, bu bağlamda bir topluluğun tek ekonomik

unsurların varlığı arandığı takdirde; ancak gerekli olduğu hallerde perdenin kaldırılmasına başvuran, daha tutarlı bir yargı uygulaması yerleşik hale gelebilecektir.

¹²³¹ TTK’nın benimsediği kontrol sistemi ve hakimiyet kıstaslarıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. Yuk. s. 135.

¹²³² Özellikle sözleşme dışı alacaklıların yaşadığı mağduriyet üzerinde duran *Petrin / Choudhury* tam aksi yönde görüş bildirmektedir. Paysahipliği ve oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak şirketler topluluğunun varlığını kabul için yeterlidir. Benzer şekilde, hâkimiyetin kullanılış biçimi, malvarlığının yeterliliği veya hâkim ortaklığın birtakım uygulamaları gibi hususlar sorumluluk açısından da aranması gereken şartlar veya unsurlar olarak görülmemelidir. Bağlı şirketlerden birinin haksız fiili sebebiyle zarara uğrayan alacaklı, topluluğun sorumluluğunu ileri sürebilmelidir. Yazarlara göre bu durum çok şirketli bir yapı oluşturarak iş yapmanın bir maliyeti olarak görülmeli ve topluluk içerisinde halledilmelidir (*internalization or risk alignment*). Yazarlar, “kâr ediyorsun, ödersin” (*you profit, you pay*) deyişiyle formülize edilen nimet-külfet dengesi anlayışının hâkim olduğu işletme teorisinden doğan, ürün sorumluluğu (*product liability*) ve diğer kusursuz sorumluluk hallerini bu bağlamda örnek göstermekte, bu yaklaşımın sadece münferit şirketler için değil, ortak bir amaca sahip şirketler topluluğu için de uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bütün olarak topluluk, topluluk yapısının varlığından ve faaliyetlerinden faydalanmakta ve topluluğu oluşturan şirketler karşılıklı olarak bu yapının nimetlerinden yararlanmaktadır. Bu bağlamda, bir işletme faaliyetini topluluk yapısından faydalanarak yürütenler, bu faaliyetten kaynaklanan maliyeti de bir grup olarak üstlenmelidir. Özellikle bağlı şirketlerden birinin faaliyetinden kaynaklanan haksız fiil zararını bu şirketin malvarlığı karşılamaya yetmezse ve zarar

birim olarak vasıflandırılmasında dikkate alınması gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bununla birlikte, tek ekonomik birim yaklaşımı TTK'nın şirketler topluluğu olarak kabul ettiği çok şirketli yapılarla sınırlı bir uygulamaya sahip olmamalıdır. Mesela hâkimiyet bağı söz konusu olmaksızın, aile bağları, mesleki dayanışma ve sair yollarla, organik bağ kurularak oluşturulan çok şirketli yapılar veya ağlar (*network*) TTK'nın benimsediği kıstaslara göre bir şirketler topluluğu oluşturmayabilir. Buna rağmen böyle bir yapı da şartlar oluşmuşsa tek ekonomik birim olarak nitelendirilebilir ve sorumlu tutulabilir.

Şirketler topluluğu olarak ifade edilen çok şirketli yapılar, ortaklık yapısına göre çok çeşitli görünümlere sahip olabilir. Şirketler topluluğu veya halk arasında yaygın kullanıma sahip ifadeyle holding denildiğinde genelde, halka açık, payları menkul kıymetler borsasında kolaylıkla alınıp satılabilen ve dolayısıyla binlerce yatırımcı paysahibi olan, çok farklı sektörlerde boy gösteren, büyük ekonomik kaynaklara sahip şirketlerden oluşan yapılar akla gelmektedir. Hâlbuki yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 195'e göre iki ticaret şirketinin varlığı, bir şirketler topluluğunun hayata geçirilmesi için yeterlidir¹²³³. Üstelik Kanun, belirli ekonomik büyüklüklere sahip olmak gibi bir şart da öngörmemektedir. Bu bağlamda, Kanun'un sunduğu, bir işletme faaliyetini şirketler topluluğu altında yürütme imkânı, zannedilenin aksine oldukça mütevazı ekonomik kaynaklarla dahi hemen herkes tarafından kullanılabilecek bir imkândır. Uygulamada, dışa kapalı (*closely-held*), küçük şirketlerden oluşan topluluklar da oldukça yaygındır.

Dışa kapalı şirketler, genel özellikleri itibariyle payları belirli bir kişi, aile veya sair bağlara sahip küçük bir zümrenin kontrolü altında bulunan, dışarıdan katılıma ve müdahaleye kapalı kuruluşlardır¹²³⁴. Bunların hisseleri borsada işlem görmemekte, diğer yollardan da sık ve düzenli bir şekilde el değiştirmemektedir. Hisse devri ya tamamen yasaklanmakta ya da sıkı kural ve kısıtlamalara tabi kılınmaktadır. Bu suretle, şirketin kontrolünün belirli kişi veya kişilerin elinden çıkması engellenmektedir¹²³⁵. Bu gibi özellikleri sebebiyle bu tip şirketler, şirketlere sağlanan ayrıcalıklarla donatılmış adi ortaklıklar olarak nitelendirilmektedir¹²³⁶. Dolayısıyla bu şirketlerde, şirket işleriyle ilgilenmeyen sadece yatırım amacıyla şirkete ortak olan, yatırımcı paysahibi olarak nitelendirilebilecek kişiler bulunmamaktadır. Bu sebeple, sınırlı sorumluluğun,

üçüncü şahsın üzerinde bırakılırsa (*externalities*) topluluğun tamamına başvurulabilmelidir. Bkz. **Petrin/Choudhury**, s. 790.

¹²³³ Daha geniş bilgi için bkz. Yuk. s. 130.

¹²³⁴ **Friedman**, s. 318 dn. 6.; Steiner, Eugene J. "The Closely Held Corporation." **Albany Law Review**, vol. 22, no. 1, January 1958, pp. 102-124, s. 102.

¹²³⁵ **Steiner**, s. 103.

¹²³⁶ Anderson, Helen, "Piercing The Veil On Corporate Groups in Australia: The Case For Reform", **Melbourne University Law Review**, Vol. 33, pp. 333 – 367, 2009, s. 346.

tasarruf sahiplerinin âtil kaynaklarını yatırıma dönüştürme işlevi bu şirketlerde görülmemektedir¹²³⁷.

Aynı hâkimiyet bağıyla bağlı, bu tip kapalı şirketlerden oluşan topluluklar, yapısal olarak tek ekonomik birim olarak nitelendirilmeye en yatkın gruplaşmalardır. Aynı veya benzer ticari faaliyetlerde bulunan, aynı ekonomik amaca hizmet eden, kapalı şirketlerden oluşan böyle bir topluluk yapısında bağlı şirketler topluluk hâkimi ana şirketin birer bölümü veya şubesi gibi konumlandırılmışsa bu yapının tek ekonomik birim haline geldiği kabul edilebilir. Dolayısıyla sadece bağlı şirketlerin ortaklık yapısı tek ekonomik birimin varlığı için yeterli görülmemelidir. Aşağıda, farklı başlıklar altında vurgulanan, bağlı şirketlerin faaliyet alanları, birbirleriyle ve topluluk hâkimiyle ilişkileri ve topluluk içerisindeki konumları gibi hususlar da bu kapsamda dikkate alınmalıdır.

2. Topluluğun belirli bir işletme faaliyeti etrafında yapılandırılmış olması

Topluluğun tek ekonomik birim haline geldiğini gösteren emarelerden birisi, topluluğun birleştirilmiş tek bir ekonomik faaliyet (*unified economic enterprise*) etrafında yapılandırılmış olmasıdır. Bu olgu tek başına, bir topluluğu tek ekonomik birim olarak nitelendirmek için yeterli olmasa dahi önemli bir göstergedir¹²³⁸. Bu kapsamda aslında tek bir şirket çatısı altında yürütülebilecek bir ekonomik faaliyetin, makul ekonomik gerekçeler olmaksızın birtakım bölümlere ayrılarak birden fazla şirket vasıtasıyla yürütülüp yürütülmediği incelenmesi gereken konulardandır. Şirketler topluluğunu oluşturan şirketler, her ne kadar kâğıt üzerinde ayrı birer tüzel kişilik olsa dahi gerçekte topluluk hâkiminin amaçlarına hizmet eden bir şube veya şirket bölümü gibi konumlandırılmışsa böyle bir yapılandırmada gerçekte bir şirketler topluluğunun

¹²³⁷ Bundan dolayı sermaye piyasalarına girmek ve yatırımcı ortak olarak şirkete yatırım yapacak şahıslara ulaşmak gibi bir amaca sahip olmayan küçük, dışa kapalı şirketlerin, sınırlı sorumluluktan yararlanmaması gerektiğini ileri süren görüşler de ortaya atılmıştır. Bkz. Lower, Michael. "Limited Liability for Small, Closely-Held Businesses." **Liverpool Law Review**, vol. 22, no. 1, January 2000, pp. 89-100, s. 90.

¹²³⁸ *Dearborn*'a göre gerçek işletme sorumluluğu (*true enterprise liability*) bu tip ekonomik olarak bir yapbozun parçaları gibi birbirini tamamlayan şirketlerden oluşan yapılar için söz konusu olabilir. Yazar bu kavrama bir alternatif olarak kontrol - veya hâkimiyet - kavramını yerleştirmekte ve bu kavramın muğlaklığından şikâyetçi olmaktadır. Kendi ifadesiyle aktarmak gerekirse: "*Kontrol*" *yekpare değildir. Kontrol testinin bazı biçimleri, alışıldık sorumluluk yaklaşımıyla (entity liability) aynı tuzağa düşmektedir çünkü sorumluluk için belirli bazı davranışlara odaklanmaktadır. Diğerleri ekonomik olarak bütünsel girişimin yapısına odaklanmakta ve kontrol olgusunu girişimin yapısal olarak sınırlarını belirleyecek ölçüde göz önünde bulundurmaktadır.*" **Dearborn**, s. 247. Bu iki yaklaşım içerisinde, kontrol veya hâkimiyet olgusunu salt kusurun atfedilebilirliği kapsamında ele alan ilk yaklaşım daha çok geleneksel perdeyi kaldırma veya haksız fiil davalarıyla ilgili bir uygulama çerçevesine sahiptir. Uygulamayı bu kapsamla sınırlı tutmak şirketler topluluğu açısından önemli bir eksiklik olacaktır; çünkü kontrol aynı zamanda çok şirketli bir yapının iktisadi anlamda bütünsel bir yapı haline gelmesini de sağlayan bir olgudur. Dolayısıyla, kontrol sadece kusurlulukla ilgili bir kavram olarak algılanmamalıdır. Onun topluluğu tek ekonomik birim veya işletme haline getirme işlevi de dikkate alınmalıdır.

olduğu dahi şüphelidir. Zira topluluk hâkiminin mutlak kontrolü altında faaliyet gösteren bağlı şirketlerin kendilerine özgü bir yönetim iradesi bulunmamaktadır; asıl yönetici irade topluluk hâkimidir. Burada gerçekte münferit bir şirket gibi faaliyet gösteren ama dışarıya karşı çok şirketli bir topluluk görüntüsü veren bir yapı söz konusudur.

Şirketler topluluğunun tek ekonomik birim haline gelip gelmediğini araştırırken dikkate alınacak en önemli hususlardan birisi topluluğun organizasyonudur¹²³⁹. Bu bağlamda topluluğun işlevsel olarak nasıl bir yapılandırma içerisinde olduğu ilk etapta göz önünde bulundurulmalıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse topluluklar faaliyet konuları dikkate alındığında genellikle dikey, yatay ve muhtelif topluluklar olarak sınıflandırılabilir. Bunlar arasındaki farkları kısaca ortaya koymak gerekir. Dikey topluluklar (*vertical groups*) üretimden pazarlamaya kadar birbirini tamamlayan faaliyetleri içeren şirketlerin oluşturdukları topluluklardır. Yatay topluluklar (*horizontal groups*) ise böyle bir dikey zincirin söz konusu olmadığı ancak yatay düzlemde ya aynı ya da birbirine yabancı olmayan faaliyetler üzerinde inşa edilen topluluklardır. Mesela yukarıda değindiğimiz *taxicab* davalarına konu olan topluluklar yapı itibarıyla yatay topluluklardır. Aynı topluluk hâkiminin kontrolü altında olacak şekilde her birkaç taksi için bir şirket kurulmuş ve böylelikle bir şirketler topluluğu vücuda getirilmiştir¹²⁴⁰. Yahut da topluluk benzer faaliyetleri yürüten şirketlerden de oluşmuş olabilir. Mesela topluluk şirketlerinden birisi otomotiv, diğeri hafif ticari araç, bir diğeri motorsiklet üretimi üzerinde faaliyet gösteriyor olabilir¹²⁴¹. Bunun dışında bir hâkimiyet bağı olmaksızın benzer veya aynı faaliyetlerde bulunan şirketlerin işbirliği sonucunda da yatay topluluklar ortaya çıkabilir. Hâkimiyet dışında ticari işbirliği, hâkim ortakların akrabalığı, karşılıklı pay mülkiyeti gibi başka bağlantılar sebebiyle birlikte hareket eden ilişkili şirketlerin (*affiliated corporations*) ortaya çıkardığı bu tip topluluklara Japonya'da görülen *keiretsu* olarak adlandırılan yapılar örnek gösterilebilir¹²⁴².

¹²³⁹ Şirketler topluluğunun organizasyon yapısına göre türleriyle ilgili açıklamalar için bkz. Yuk. s. 126.

¹²⁴⁰ Mesela Bunun gibi aynı hâkimin kontrolü altında olacak şekilde her bir mağaza için bir şirket kurulmuş ve bir mağazalar zinciri oluşturulmuşsa yatay bir topluluk yapısı ortaya çıkacaktır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 439.

¹²⁴¹ *American telephone & telegraph co. (Miles v. American Tel. Tel. Co.* 703 F.2d 193, 5th Cir. 1983) kararına konu olayda yatay (*horizontal*) bir şirketler topluluğunda bağlı şirketin kişilik hakkı ihlali sebebiyle ana şirketin sorumluluğu dava konusu yapılmıştır. Topluluk yapısına dâhil şirketlerin faaliyetleri birbirlerine entegre edilmiş olup; topluluk hakimi her bir şirketin yıllık kârından belirli bir miktar almaktadır. Bununla birlikte şirketler topluluk hâkimi tarafından belirlenen politikalar çerçevesinde hareket etmekte ve ana şirketin hükümlerini belirlediği sözleşmeleri kullanmaktadır. Bu olgulara rağmen mahkeme davalı bağlı şirketin işlerini yürütme ve finansal ilişkilerinde yeterince otonomiye sahip olduğunu, sorumluluklarını yerine getirebilecek mali kaynaklarının bulunduğunu belirterek bağlı olduğu ana şirketin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

¹²⁴² Japonya'da yaygın olan bu topluluk yapılarında karmaşık bir çapraz mülkiyet sistemi söz konusudur. Şirketler arasındaki eşgüdüm üst düzey yöneticilerin düzenli olarak yaptıkları toplantılar ve ortak yönetimler vasıtasıyla sağlanmaktadır. Endüstriyel *keiratsu* olarak adlandırılan yapılarda ise dikey topluluklara benzer özellikler de

Muhtelif (*conglomerate*) topluluklar ise her iki topluluk yapısına da uymayan tamamen birbirinden alakasız faaliyetler üzerinde yoğunlaşan topluluklardır. Bu ayrım üzerinden hareket edecek olursak yatay ve dikey topluluklar açısından tek ekonomik birim yaklaşımının uygulanabilmesi noktasında bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak oldukça istisnai nitelikteki muhtelif topluluklar açısından bir faaliyet birliği veya benzerliği söz konusu olmadığından topluluk şirketlerinin tek ekonomik birim oluşturdıklarını kabul etmek daha da güçtür¹²⁴³. Mesela bir topluluk hâkimi holding şirketin hâkimiyeti altında üç bağlı şirket bulunduğunu; bunların birinin inşaat işleriyle, ikincisinin tarım ve hayvancılık işleriyle üçüncüsünün ise sağlık hizmetleriyle iştigal ettiğini farz edelim. Bu faaliyet konuları arasında uzaktan yakından bir benzerlik dahi bulunmamaktadır. İstisnai haller dışında böyle bir toplulukta topluluğun tek işletme oluşturduğunu ileri sürmek mümkün olmadığından tek ekonomik birim haline geldiğini kabul etmek de mümkün olmayacaktır¹²⁴⁴.

göze çarpmaktadır. Burada da tepe konumunda olan bir holding şirket bulunmakla birlikte bu şirketin kendi ekonomik faaliyetini devam ettiriyor olması ve bağlı şirketlerdeki pay sahipliği oranının en fazla %50 olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu tip yapılarda her şeyden önce tam bağımlılık mümkün değildir. Dine, Janet, **The Governance Of Corporate Groups**, Cambridge University Press, 2000, s. 39, 40.

¹²⁴³ *Blumberg* bağlı şirketin bütünleşmiş bir işletme faaliyetinin parçası olmadığı ve muhtelif topluluk yapısı (*conglomerate*) içerisinde bağımsız bir işletme faaliyetini temsil ettiği durumlarda diğer topluluk tiplerinden farklı bir analiz yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu şekilde farklı bir sektöre yatırım yapan topluluğun amacı mevcut faaliyetlerini büyütmekten ziyade faaliyetlerini çeşitlendirmek olarak görülmelidir. Bağlı şirketle ilgili olarak yapılacak analizde yazar şu hususlara dikkat edilmesini tavsiye etmektedir:

- 1) Karar alma mekanizmasının ne derece merkezileştirilmiş olduğu,
- 2) Topluluğun sağladığı mali, idari ve çalışan desteğinin boyutu,
- 3) Bağlı şirketin toplulukla ilişkisi yönündeki kamuoyu algısının düzeyi,
- 4) Bağımsız bir şirketten satın alma yoluyla topluluğa dâhil edilen bir şirkete önceki yönetimin görevine devam edip etmediği,
- 5) Bağlı şirketin topluluk faaliyetlerinin genişletilmesi veya büyütülmesinden ziyade bir yatırım çeşitlendirmesi olarak görülebilirliğinin seviyesi. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 100

¹²⁴⁴ *Handlos v. Litton Industries, Inc.* (United States District Court, E.D. Wisconsin, 326 F. Supp. 965. E.D. Wis. 1971) kararına konu olaydaki topluluk bir muhtelif (*conglomerate*) topluluktur. Bu topluluğun ana şirketi ile bağlı şirketleri birbirinden farklı yöneticilere, banka hesaplarına, muhasebe kayıtlarına, çalışanlara sahiptir. Her bir şirket ayrı vergi beyannemesinde bulunmakta ve vergi iadesi almaktadır. Buna karşılık bağlı şirketlerden birinin bir çalışanı geçirdiği iş kazası sonucu yaralanmış ve hem çalışanı olduğu bağlı şirkete hem de ana şirkete tazminat davası açmıştır. Davacı bağlı şirketin ana şirketin bir aracı (*instrumentality*) olduğunu ileri sürmektedir. Sonuç olarak mahkeme her iki şirketin birlikte sorumluluğuna karar vermiştir. Ancak mahkemenin gerekçesi ilgi çekicidir. Bu sonuca varırken ana şirketin yıllık raporunda grubun her bir bileşenini ayrı ayrı entegre faaliyet olarak göstermesini, konsolide beyanlarda bulunmasını, bildirim ve reklamlarında bağlı şirketleri grup faaliyetinin bir parçası olarak göstermesini vurgulamıştır. Bununla birlikte mahkeme işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) yaklaşımının uygulandığı *Sisco – Hamilton* kararına özellikle atıfta bulunmuştur. Bu gerekçe istisnai durumlarda muhtelif topluluklarda da tek ekonomik birim kıstasının uygulanabilir olduğunu akla getirmektedir. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 256, 257.

3. Merkezileşme

Topluluğun belirli bir işletme faaliyeti etrafında yapılandırılıp yapılandırılmadığı araştırılırken, farklı bağlı şirketlerin bütünleşik bir işletme faaliyetinin birbiriyle ilişkili parçaları (*interrelated fragments of a unified business*) olduğunu tespit etmek önemlidir. Sıkı ekonomik bağımlılık, iç içe geçmiş faaliyetler, bağlı şirketlerin sadece veya büyük ölçüde ana şirket veya topluluğun işletme menfaatlerine hizmet etmek için var olduklarına delalet etmektedir¹²⁴⁵. Bu konuda örnek gösterilecek bir uygulama yukarıda değindiğimiz ABD mahkemeleri tarafından etkin bir şekilde uygulanan ‘tek ticari işletme teorisi’dir (*the single business enterprise doctrine*)¹²⁴⁶. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında geleneksel olarak kullanılan teorilere alternatif olarak başvurulmuş bu teoride, tek bir işletmenin varlığı için topluluktaki şirketlerin ortak bir ticari amaç için entegre olup olmadıklarına bakılmakta, bunun tespiti için de topluluğun iç organizasyonu tetkik edilmektedir¹²⁴⁷. Bu bağlamda yapısal olarak topluluğun ne seviyede merkezileşmiş olduğu önemli bir göstergedir. Bu kapsamda merkezileşme olgusu ekonomik, idari ve mali açılardan ayrı ayrı ele alınabilir.

Ekonomik merkezileşme seviyesi bağlı şirketin topluluğun ekonomik faaliyetinin bir parçası mı olduğu yoksa kendine ait bir işletme faaliyeti mi takip ettiğini gösterme noktasında önemlidir. Eğer bağlı şirketler tek bir işletme faaliyetinin bir parçası olarak nitelendiriliyorsa tek ekonomik birim kıstasının uygulanması söz konusu olabilir. İdari anlamda merkezileşme bağlı şirketin kendi kendini yönetme kapasitesiyle ilgilidir. Eğer bağlı şirket devamlı topluluk hâkiminin veya başka bir topluluk şirketinin desteğine ihtiyaç duyuyorsa bu onun bağımsız kişiliği yönünden şüpheye yol açabilmektedir. Bu anlamda bağlı şirket veya şirketlerin ayrı personellerinin olmaması; maaşlarının topluluk hâkimince ödeniyor olması; çalışanların işe alım, terfi, işten çıkartılmalarına hâkim şirketin karar veriyor olması; ortak insan kaynakları, muhasebe veya hukuk servisi gibi bölümlerin oluşturulması gibi hususlar idari merkezileşmeyle ilgili önemli göstergelerdir. Bazı topluluklarda yürütülen faaliyetin niteliği de böyle bir entegrasyonu zorunlu kılabilir. Eğer mesela, finans veya bilişim gibi yüksek seviyede teknik bilgi gerektiren bir faaliyet söz konusuysa bağlı şirket topluluk hâkiminin ilgili birimlerinin devamlı desteğine muhtaç olabilir. Mali olarak merkezileşme bağlı şirket veya şirketlerin ne derece diğer topluluk şirketlerinin finansal kaynaklarına, malvarlığına ve kredi tedarikine bağlı olduğuyula

¹²⁴⁵ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 192.

¹²⁴⁶ ABD mahkemelerinin uygulamalarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz.yuk. sh. 282 vd.

¹²⁴⁷ **Küçük**, s. 312.

alakalıdır¹²⁴⁸. Aşırı derecede merkezileşmiş bir topluluk yapısı içerisinde, bağlı şirket borç ve taahhütlerini yerine getirmekte zorlanıyorsa bu sonucun ortaya çıkmasında topluluğu idare eden gerçek irade sahibi topluluk hâkiminin de önemli bir payı vardır. Dolayısıyla böyle bir durumda ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk kurallarının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Tek ekonomik birimin varlığı araştırılırken yukarıdaki tespitler ışığında merkezileşmenin boyutu incelenmesi gereken en önemli konulardandır. Bu bağlamda mahkemeler öncelikle topluluğun bir profilini çıkarmalıdır. Topluluk şirketlerinin faaliyet konularının belirli bir işletme faaliyeti etrafında şekillendirilip şekillendirilmediğinin tespiti ve bu kapsamda topluluğun merkezileşme seviyesinin belirlenmesi gibi hususlar topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği konusunda önemli göstergelerdir¹²⁴⁹.

4. Risk ve zararın dışlanması amacıyla faaliyetin bölümlendirilmesi

Bir işletme faaliyetini, haklı gerekçeler olmaksızın bölümlendirmek suretiyle çok şirketli bir yapı oluşturmak hukuki görünüş ile ekonomik gerçeklik arasında bir çelişkiye yol açmaktadır.

¹²⁴⁸ Alman konzern hukukunda tek elden yönetimin kurulup kurulmadığının tespiti noktasında tartışmaya yol açan konulardan birisi ne seviyede bir merkezileşmenin bu kapsamda değerlendirileceğidir. Tek elden yönetim, iktisadi bütünlüğü sağladığı ölçüde bir konzernin varlığı söz konusu olacaktır. Bu bütünlüğün sağlanıp sağlanmadığının tespitiyle ilgili olarak APOK'un gerekçesinde işletme politikası ve işletme yönetimiyle ilgili temel politikaların merkezden belirleniyor olmasının yeterli olduğu; önemli sayılabilecek her türlü konunun tek merkezden yürütülmesinin şart olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 84, 85. Bununla birlikte *Okutan Nilsson* tek elden yönetimin varlığını gösteren kavramların somutlaştırılmasının zor olduğunu ifade etmektedir. Tek elden yönetimin tam olarak ne anlama geldiğini ve işletme faaliyetinin hangi alanlarını içermesi gerektiği sorusuna kesin cevaplar bulmanın güç olduğunu belirtmektedir. Aynı sorun tek ekonomik birimin belirlenmesinde de söz konusu olabilecektir. Hangi seviyede bir iktisadi bütünlüğün tek ekonomik birim olarak nitelendirileceği sorusuna genel geçer, kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Burada bir perdeyi kaldırma uygulaması söz konusu olduğundan, olay özelliklerini *ex post* bir değerlendirmeye tabi tutan mahkeme, bir tarafta hakkaniyet temelinde en doğru çözüm yolunu bulma yükümlülüğü, diğer tarafta hukuk düzeninin öngördüğü sınırlı sorumluluk kuralı arasında adil bir denge kurarak sonuca varacaktır.

¹²⁴⁹ Alman konzern hukukunda tek elden yönetimin kurulup kurulmadığının tespiti noktasında tartışmaya yol açan konulardan birisi ne seviyede bir merkezileşmenin bu kapsamda değerlendirileceğidir. Tek elden yönetim, iktisadi bütünlüğü sağladığı ölçüde bir konzernin varlığı söz konusu olacaktır. Bu bütünlüğün sağlanıp sağlanmadığının tespitiyle ilgili olarak APOK'un gerekçesinde işletme politikası ve işletme yönetimiyle ilgili temel politikaların merkezden belirleniyor olmasının yeterli olduğu; önemli sayılabilecek her türlü konunun tek merkezden yürütülmesinin şart olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 84, 85. Bununla birlikte *Okutan Nilsson* tek elden yönetimin varlığını gösteren kavramların somutlaştırılmasının zor olduğunu ifade etmektedir. Tek elden yönetimin tam olarak ne anlama geldiğini ve işletme faaliyetinin hangi alanlarını içermesi gerektiği sorusuna kesin cevaplar bulmanın güç olduğunu belirtmektedir. Aynı sorun tek ekonomik birimin belirlenmesinde de söz konusu olabilecektir. Hangi seviyede bir iktisadi bütünlüğün tek ekonomik birim olarak nitelendirileceği sorusuna genel geçer, kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Burada bir perdeyi kaldırma uygulaması söz konusu olduğundan, olay özelliklerini *ex post* bir değerlendirmeye tabi tutan mahkeme, bir tarafta hakkaniyet temelinde en doğru çözüm yolunu bulma yükümlülüğü, diğer tarafta hukuk düzeninin öngördüğü sınırlı sorumluluk kuralı arasında adil bir denge kurarak sonuca varacaktır.

Hukuken çok şirketle temsil edilen böyle bir yapı ekonomik olarak tek bir işletme veya şirket gibi faaliyet gösteriyor olabilir. Bu tip yapıların barındırdığı hukuki görünüşle ekonomik gerçeklik arasındaki bu uyumsuzluk hali istismara açık bir ortam yaratmaktadır.

Bu istismar alanı sorumluluktan kaçınma amacıyla kötüye kullanılabilir¹²⁵⁰. Geleneksel perdeyi kaldırma davalarında da gördüğümüz gibi girişimciler sorumluluktan kaçınma veya gizleme amacıyla münferit şirket yapısını bir perdeleme vasıtası olarak kötüye kullanabilmektedir. Benzer bir ihtimal şirketler topluluğu için de mümkündür¹²⁵¹. Örneğini *taxicab* davalarında gördüğümüz gibi şirketler topluluğunu hayata geçiren girişimciler, ileride muhatap olabilecekleri sorumluluk iddialarına karşı önceden tedbir alarak çok şirketli bir yapıyı hayata geçirmiş olabilir. Bunun tespiti için topluluğun böyle bir amaçla mı yoksa makul iktisadi ve ticari gerekçelerle mi çok şirketli bir yapı olarak hayata geçirildiği irdelenmelidir¹²⁵². Mesela *taxicab* kararlarının en bilinenlerinden *Walkovszky* kararına konu olayda, *Carlton* isimli tacir taksicilik faaliyetinde bulunan işletmesini her bir şirkete iki taksi tahsis edilecek şekilde 10 şirketli bir topluluk altında organize etmiştir. Bu şirketlerden birine ait olan taksi davacı yayaya çarpmış ve onun ağır yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Davacının toplamda 500.000 USD olan zararını tüm varlığı iki taksi olan bu şirketin karşılaması mümkün değildir. Bu sebeple davacı, *Carlton* isimli şahsın sorumluluktan kaçınmak için kamuyu aldatacak bir şekilde kötüniyetle işletmesini bölümlere ayırarak çok şirketli bir yapı meydana getirdiğini ileri sürmüş; tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını ve bu şahısla birlikte tüm topluluk şirketlerinin birlikte sorumluluğunu talep etmiştir. Sınırlı sorumluluğun sağladığı avantajlardan faydalanmak için çok şirketli bir yapının meydana getirilmesinin hileli bir davranış olarak değerlendirilemeyeceğini belirten

¹²⁵⁰ *Pine Tree Assocs. v. Doctors' Assocs., Inc.*, 654 So. 2d 735, 738 (La. Ct. App. 1995): "...iki veya daha fazla sayıda şirketin tek bir işletme faaliyetinde bulunduğu hallerde, mahkemeler doğrudan taraf olmayan bağlı şirketlerin, sırf işletme çok parçalı bir yapı altında yürütülüyor diye sorumluluktan kurtulmalarına soğuk bakmaktadır." **Dearborn**, s. 244 dn. 311.

¹²⁵¹ Yukarıda da kısaca değinildiği üzere Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak geliştirilen teorilerden birisi kötüye kullanma teorisidir (*Missbrauchslehre*). Bu teori kurumsal tüzel kişilik perdesini kaldırma teorisi (*Institutionelle Durchgriffslehre*) olarak da adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre perdenin kaldırılmasına yol açan temel faktör bir tüzel kişilik yapısının kullanılmasının hukuk düzeni ile bağdaşmaması; diğer bir deyişle böyle bir kullanımın kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi ve buna rağmen ayrılık ilkesine dayanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmalarıdır. **Yanlı**, s. 48. Bize göre benzer bir yaklaşım şirketler topluluğu için de benimsenebilir. Her ne kadar tüzel kişiliğe sahip olmasa da kanun koyucunun rızasıyla bu tip çok şirketli yapılar yoluyla ticari faaliyetlerin yürütülmesi mümkün hale gelmiştir. Bu yapılar da tıpkı şirket formunun kötüye kullanıldığı gibi üçüncü kişilerin zararına yol açacak şekilde istismar edilebilir. Bu ihtimali de göz önünde bulunduran bir perdeyi kaldırma yaklaşımına ihtiyaç bulunmaktadır.

¹²⁵² *Pine Tree Assocs. v. Doctors' Assocs., Inc.*, 654 So. 2d 735, 738 (La. Ct. App. 1995): "...iki veya daha fazla sayıda şirketin tek bir işletme faaliyetinde bulunduğu hallerde, mahkemeler doğrudan taraf olmayan bağlı şirketlerin, sırf işletme çok parçalı bir yapı altında yürütülüyor diye sorumluluktan kurtulmalarına soğuk bakmaktadır."

mahkeme, alacaklı davacının bu taleplerini reddetmiştir¹²⁵³. Bu karar, tehlikeli faaliyetlerde bulunan şirketlerin, yol açtıkları zararları haksız fiil mağdurları üzerinde bırakmasına (*externalization*) yol açıyor olması ve bu bağlamda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarması sebebiyle eleştirilmektedir. Eleştirilerin haklı olarak altını çizdiği hususlar şunlardır: girişimci tacir – bu olayda *Carlton* – girişimin tek işletmeci sahibi olmakla birlikte sınırlı sorumluluktan yararlanmak için işletme faaliyetini şirket formu altında organize etmeyi tercih etmiştir. Dahası bu imtiyazı tahkim etmek ve hatta sorumluluğu tamamen dışlamak için şu yollara başvurmuştur: (1) Girişimi bölümlere ayırarak çok şirketli bir yapı oluşturmuş ve her bir parçaya – yani bağlı şirkete – girişimin faaliyetleri için gerekli olan malvarlığının küçük bir kısmını tahsis etmiştir. (2) Muhtemel alacaklıların ulaşabileceği en düşük miktarda malvarlığı tutma düşüncesiyle, topluluk şirketlerinin kuruluşundan itibaren yetersiz malvarlığıyla faaliyette bulunmasını sağlamıştır. (3) Aynı amaçla, girişimin gelirlerini şirketlerin üzerinde bırakmamış; kâr payı, maaş ve sair ödeme yollarıyla kendisine aktarmıştır. Bu suretle, girişimci şahıs - veya TTK m. 195 çerçevesinde yapılabilecek diğer bir nitelendirmeye göre şirketler topluluğunun hâkimi konumundaki teşebbüs – ciddi zararlara yol açabilecek bir faaliyetin risklerini, kamunun üzerinde kalacak şekilde dışlayabileceği bir yapı meydana getirmiştir¹²⁵⁴. Bu şekilde, bir yandan faaliyetin sağladığı menfaatlerden yararlanabilirken, öte yandan faaliyetin risklerini ve olası zararı dışlamayı mümkün kılan çok şirketli yapıların, meşru ticari amaçlar için sağlanan bir imkânı istismar etmesine izin verilmemelidir¹²⁵⁵. Makul, anlaşılabilir ve ekonomik olarak haklı görülebilir gerekçelerle hayata geçirilen topluluk yapıları elbette bu kapsamda değerlendirilmemelidir¹²⁵⁶.

¹²⁵³ *Walkovszky* ve diğer *taxicab* kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 295.

¹²⁵⁴ **Bainbridge**, *Abolishing*, s. 504.

¹²⁵⁵ TTK özel hükümleriyle çerçevesi belirlenen Türk şirketler topluluğu hukuku bu şekilde yapısal kötüye kullanmalara karşı bir önlem geliştirmemiştir. Örnekte görüldüğü üzere, dışa kapalı şirketlerden oluşan bir topluluğun yol açtığı zararı üçüncü kişiler üzerinde bırakabilmesi, bu tip toplulukları yeterli önlem almaksızın riskli faaliyetlere girişme noktasında cesaretlendirecektir. Mevcut düzenlemelerle getirilen sorumluluk rejimi, topluluk hâkiminin, bağlı şirkete yönelik denkleştirilme kabiliyetini haiz belirli müdahaleleriyle sınırlı bir kapsama sahip olduğundan, bu tip topluluk yapılarının yol açtığı zararın sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli değildir. Mevcut şartlar altında, şirketler topluluğunu ekonomik bir bütünlük olarak hesaba katan, özgün bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yaklaşımı dışında, bu soruna karşı getirilebilecek bir çözüm yolu görünmemektedir. Böyle bir uygulama geliştirilebilirse topluluk hâkimi teşebbüs konumundaki mutlak hâkim girişimci ve onun kontrolü altındaki bağlı şirketler tek ekonomik birim olarak yeniden tanımlanabilir ve girişimin tüm malvarlığı mağdur alacaklıların istifadesine sunulabilir.

¹²⁵⁶ Davacının tek ekonomik birimin varlığını gösterme bakımından hangi hususların varlığını kanıtlaması gerektiği *Mull v. Colt Co.* kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Gerçekte bir temsil ilişkisinin var olup olmadığı, hangi şirketin ana şirket, hangilerinin yavru şirket olduğu ve bunların tek bir ekonomik birim olarak işletilip işletilmediği, davacının duruşmada kanıtlaması gereken olgulara ilişkin sorunlardır... davacı, davalı gerçek kişi ve bağlı şirketlerin tek bir ekonomik varlık olarak ayrılmaz bir şekilde iç içe geçtiğini (*inextricably interwoven as a single economic entity*) kanıtlayabilirse onları sorumlu tutabilir.”

Benzer bir durum, son yıllarda gittikçe yaygın hale gelen, özel hastanelerde istihdam edilen doktorlara şirket kurdurulması ve bu suretle çok şirketli yapıların hayata geçirilmesinde de görülmektedir. Özel hastaneler normalde iş sözleşmesine göre istihdam edecekleri doktorları bir şirket kurmaya ve bu şirketten hizmet tedarik etmek üzere sözleşme yapmaya sevk etmektedir. Aslında hastane çalışanı olan ve ücret karşılığı çalışan hekimlerin her biri bu suretle şirketleşmekte ve hukuki görünüşe göre hizmet sunucusu olarak vasıflandırılmaktadır. Böylelikle yanlış bir tıbbi müdahale veya tedavi sebebiyle hastaneye bir sorumluluk yöneltilmesinin önüne geçilebilecektir. Zira bir işletme olan hastanenin bağlı olduğu şirket, başka bir şirketten hizmet satın aldığını ve bu şirketin iç işleyişine müdahale yetkisinin olmadığını; dolayısıyla, sorumluluğa yol açan olayı önleme imkânının bulunmadığını ileri sürebilecektir. Öte yandan bu uygulama sadece sorumluluktan kaçınma yönüyle değil mali açıdan da hastane yönetimine önemli avantajlar sağlamaktadır. Her şeyden önce iş ve sosyal güvenlik mevzuatının zorunlu kıldığı masraflar ile vergi ödemelerinden ciddi tasarruflar elde edilebilmektedir. İş akdine bağlı olarak çalışmak yerine, fatura keserek hizmet sunucusu olarak aynı işi yapmak hekimler açısından oldukça dezavantajlıdır¹²⁵⁷. Hâlbuki gerçekte tek bir işletme faaliyeti yürütülmekle birlikte, bazı tıbbi bölümler için hayata geçirilmiş şirketler bulunmaktadır. Yüksek risk taşıyan ticari faaliyetlerin sağladığı yararlardan faydalanan topluluk hâkiminin, ortaya çıkan zarardan kendisini bu şekilde soyutlaması nimet – külfet dengesi düşünüldüğünde adaletsiz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁵⁸. Diğer taraftan hukuken işçi statüsünde olmayan, yönetimi altındaki şirketin faaliyeti kapsamında hizmet sunan olarak nitelendirilen doktorların işlerine kolaylıkla son verilebilecektir. Bu bağlamda şirket ve şirketler topluluğu yapısının, iş mevzuatının işçiye sağladığı güvenceleri bertaraf edecek şekilde kötüye kullanıldığı da ifade edilebilir. Tüm bu unsurlar bir arada değerlendirildiğinde, şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânının gerek sorumluluğun gerekse kamusal yükümlülüklerin bertarafı amacıyla kötüye kullanıldığı ifade edilebilir; çünkü söz konusu özel hastanecilik faaliyetinin bu şekilde çok şirketli bir yapı altında yürütülmesinin makul, iktisadi gerekliliklerle açıklanabilir bir tarafı bulunmamaktadır.

¹²⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. Bozdemir, Enver, “Özel Hastanelerde Hekimlik Hizmet Alımı Uygulamasının Mali Açıdan Analizi”, **Konuralp Tıp Dergisi** 2020;12(1): ss. 87-96. Diğer taraftan hukuken işçi statüsünde olmayan çalışanların işlerine kolaylıkla son verilebilmektedir. Tüm bu unsurlar bir arada değerlendirildiğinde şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânının kötüye kullanıldığı rahatlıkla ifade edilebilir.

¹²⁵⁸ **Küçük**, s. 321.

5. Topluluk hâkiminin sorunlu hâkimiyet uygulamalarının varlığı

Kanun, topluluk hâkiminin, topluluğu topluluk menfaati saikiyle, bir noktaya kadar yönlendirmesine; bu kapsamda birtakım hedefler koyup bağlı şirketleri buna göre idare etmesine izin vermektedir. Bu meşru sınırların aşılıp, tamamen topluluk hâkiminin amaçlarına hizmet eden, araçsallaştırılarak onun uzvu haline getirilmiş bağlı şirketlerden müteşekkil bir topluluk yapısının varlığı bu sebeple hukuka aykırı, çarpık bir oluşum olarak nitelendirilmelidir¹²⁵⁹. Bu tespiti yaparken araştırılması gereken temel unsurlardan birisi gerçekte karar verici yönetici iradenin kim olduğudur¹²⁶⁰. Bunun için ilk olarak cevaplanması gereken soru bağlı şirketlerin topluluk hâkiminin aldığı kararları uygulamakla görevli araçlar olmaktan öte sınırlı da olsa bir hareket alanına sahip olup olmadığıdır¹²⁶¹.

Alman konzern hukukunda ortaya çıkan nitelikli fiili topluluk (*qualifizierte faktische konzerne*) sorunu da bu çerçevede ele alınabilir. Yukarıda da işaret edildiği gibi TTK özel hükümleriyle çerçevesi çizilen yasal sorumluluk rejimi bu soruna bir çözüm getirmemektedir¹²⁶². Topluluk hâkiminin sistematik hale gelen, sürekli ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) bir müdahale uygulaması sonucunda şekillenen bu tip topluluklarda bağlı şirketler, tamamen topluluk hâkiminin bir uzvu veya aracı haline gelmiştir. Bu şekilde, topluluk hâkimi tarafından birer araç olarak kullanılan bağlı şirketlerin oluşturduğu bir şirketler topluluğu, kanun koyucunun bu yapıları tanıma iradesiyle bağdaşmayan, yapısal olarak çarpık ve sorunlu bir topluluk olarak nitelendirilebilir. Bu sorunun gündeme geldiği limited şirketlerden müteşekkil toplulukları konu alan Alman mahkeme kararlarında da özellikle bağlı şirketin ana şirketin bir işletme parçası veya

¹²⁵⁹ **Antunes**, New Avenues, s. 10. Bu anlamda esas olarak dikkate alınması gereken husus uygulamadır. Yani ortak yöneticiler veya sadece %100 pay sahipliği başlıbaşına topluluk yapısının sorunlu olduğunu göstermez. Tüm veriler dikkate alınarak bağlı şirketin faaliyetlerini ana şirketin baskın müdahaleleriyle yönetip yönlendirdiği tespit edilmelidir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 190. *Dearborn* hâkimiyet uygulamalarının işletme veya tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması ile geleneksel perdeyi kaldırma da farklı işlevlere sahip olduğunu, bu farkın da sadece bir derecelendirme farkı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre ilkinde bu durum bir sorumluluk sebebi olarak değerlendirilmekteyken, ikincisinde şirketin araçsallaştırılıp araçsallaştırılmadığının tespitinde dikkate alınan bir olgu olarak dikkate alınmaktadır. **Dearborn**, s. 248.

¹²⁶⁰ Şirketler hukukunun ayrılık ilkesi üzerinden konuyu değerlendiren katı yaklaşımı (*entity law*) ile bunun tam karşı cephesinde bulunan esnek işletme teorisi (*enterprise law*) arasında dengeli bir yaklaşım öneren **Antunes** karar alabilme kabiliyetini merkeze alan bir kanun teklifinde dahi bulunmaktadır: (1) *ana şirket bağlı şirket borçları ancak kontrolü altında alınan belirli bir veya birkaç karardan kaynaklanıyorsa sorumlu tutulabilir.*(2) *bu işletme kararlarının ana şirketin kontrolü altında mı yoksa ondan bağımsız olarak mı alındığı noktasında ispat yükü ana şirkete aittir.* Bkz. **Antunes**, Liability of Corporate Groups, s. 384. Bize göre bu yaklaşım konuyu sadece hâkimiyet uygulamaları üzerinden ele aldığı için eksiktir. Yukarıda da değindiğimiz gibi şirketler topluluğu yapısı tıpkı şirket tüzel kişilik yapısında olduğu gibi kötüye kullanıma açıktır. Sorumluluktan kaçınmak için bilinçli olarak tek şirket gibi yapılandırılan toplulukları da içeren daha kapsamlı bir çözüm yoluna ihtiyaç vardır.

¹²⁶¹ *Grayson v. R.B. Ammon & Assocs., Inc.*, 778 So. 2d 1, 14 (La. Ct. App. 2000). "Eğer bir şirket, tamamen bir başka şirketin kontrolü altındaysa onun ayrı bir tüzel kişilik olması, hâkim şirketi sorumluluktan kurtarmaz"

¹²⁶² Bkz. Yuk. s. 213.

bölümü gibi konumlandırılması (*Betriebsabteilung*), tek kişilik şirket (*Einmann-Gesellschaften*), ortak yöneticiler, temsilciler, mülkiyet (*Organverflechtung*), işletmenin aşırı bölümlendirilmesi (*Betriebsaufspaltung*) gibi konuların gündeme geldiği görülmektedir¹²⁶³. Bu durumlar tek ekonomik birim veya işletme temelinde perdenin kaldırılmasının söz konusu olabileceği davalarda da gündeme gelen konulardır. Özellikle ABD hukukuyla ilgili olarak incelediğimiz işletme sorumluluğu teorisinin ve şirketler topluluğuna özel tek unsurlu perdeyi kaldırma uygulamasının söz konusu olduğu davalar da benzer meselelerden kaynaklanmaktadır. Ancak Alman hukukunda tek ekonomik birim teorisine benzer bir uygulama ortaya çıkmamış; konu bağlı şirketin borçlarından dolayı topluluk hâkimine müracaat edilip edilemeyeceği sorunuyla sınırlı olarak ele alınmıştır¹²⁶⁴.

Görüldüğü üzere bir öncekilerden farklı olarak bu başlık altında ele alınan toplulukların tek ekonomik birim olarak değerlendirilmesi daha çok topluluk hâkiminin hâkimiyet uygulamalarıyla ilintilidir. Bu bağlamda ne tür hâkimiyet pratiklerinin kanunun kabul ettiği meşru sınırları aştığı hususu kritik öneme sahiptir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk şirketler topluluğu hukukunun hâkimiyetin varlığıyla ilgili olarak benimsediği yaklaşım kontrol kriteridir¹²⁶⁵. Buna göre hâkimiyet kurmaya yarayan araçların varlığı yeterli görülmekte; hâkimiyet araçlarının bilfiil kapsamlı bir şekilde kullanılması gibi bir şart ayrıca aranmamaktadır. Hâkimiyet araçlarının ne olduğu konusunda da hesaplanabilir, objektif, öngörülebilir ölçütlere

¹²⁶³ Emmerich / Sonnenschein, s. 400 – 404.

¹²⁶⁴ Bununla birlikte işletme teorisiyle (*enterprise liability*) ilgili ayrıntılı çalışmasında Dearborn, Alman Konzern hukukundaki düzenlemeleri bazı yönleriyle bu teorisin yasalaştırılmış bir hali olarak nitelendirmektedir. Yazar bu yasal sistemin (*statutory system*), belirli şartlar altında bağlı şirket ile hâkim şirketi tek ekonomik birim (*single economic unit*) olarak ele aldığının altını çizmektedir. Bu bağlamda dikkat çektiği düzenlemelerden birisi sözleşmesel konzerne için APOK m. 302’de öngörülen düzenlemedir. Kıyas yoluyla, limited şirketlerden oluşan konzerne için de uygulama yeri bulan bu hükme göre, sözleşmesel konzerne varlığı halinde, topluluk hâkimi ortaklık, bağlı şirketin dönemsel zararını toplu halde karşılama yükümlülüğü altına girmektedir. Yazar işletme sorumluluğunun, sınırlı sorumluluk kuralının arkasına gizlenen topluluk hâkiminin, bağlı şirketlerin yol açtığı zararı üçüncü kişi mağdurların sırtında bırakması (*externalization*) sorununa karşı etkin bir çözüm olduğunu; bu yolla nimet – külfet dengesini (*you profit, you pay*) odağına alan bir yaklaşım sergilendiğini ifade etmektedir. Yazar’a göre APOK m. 302 gereğince bağlı şirketin yıllık dönemsel zararının toplu halde karşılanması da benzer bir anlayışla topluluk hâkiminin bağlı şirketten sağladığı faydanın bir karşılığıdır. Bkz. Dearborn, s. 215, 218, 219. Bu bakış açısına göre APOK m. 302 gerçekten zararın dışlanması önleyen önemli bir düzenlemedir. Yıllık zararı muntazaman giderilen bir bağlı şirket, bu sayede malvarlığını muhafaza edecek ve alacağını bizzat kendi borçlusundan tahsil etme imkânına sahip olan üçüncü kişi alacaklılar zararı üstlenmeyecektir.

¹²⁶⁵ Bkz. Yuk. s. 136. Buna karşılık Alman konzerne hukuku topluluğun oluşumu açısından tek elden yönetim kriterini esas almıştır. Yukarıda da değindiğimiz gibi bu yaklaşım da esasında hâkimiyet olgusuna dayanmakla birlikte kontrol yaklaşımından farkı hâkimiyet araçlarının varlığını yeterli görmemesidir. Yani tek elden yönetimde hâkim olanın fiili olarak hâkimiyetini kullanması da aranmaktadır. TTK’nın benimsediği kontrol yaklaşımı ise hâkimiyet araçlarının varlığını yeterli görmektedir. TTK bu anlamda kontrol gücüne sahip olan bunu kullanır şeklinde bir karine belirlemiştir.

dayanma iddiasını taşıyan kontrol kıstasına göre dikkate alınması gereken en önemli gösterge paysahipliği oranıdır. TTK'nın benimsediği hâkimiyet karinesine göre hâkim olan bu hâkimiyetini kullanır¹²⁶⁶. Bu sebeple hâkimiyet araçlarına sahip olmak yeterli görülmekte, ayrıca hâkimiyetin fiilen kullanılıp kullanılmadığının incelenmesine gerek duyulmamaktadır. İstisnai nitelikteki perdenin kaldırılması davalarında bu tarz bir karinenin kabulü uygun olmayacaktır.

Topluluğun tek ekonomik birim haline geldiğinden bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelmişse sadece kontrol araçlarının mevcudiyetini yeterli gören bir anlayış hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Böyle bir durumda TTK standartlarına göre şirketler topluluğu olarak kabul edilen şirket gruplaşmalarını tek ekonomik birim olarak değerlendirmek gibi anormal bir sonuca ulaşılabilecektir. Dolayısıyla TTK açısından şirketler topluluğunun ortaya çıkması için yeterli olan hâkimiyetin varlığı, bu topluluğun tek bir yapı, ünite, şirket olarak tanımlanması için yeterli görülmemelidir. Salt hâkimiyet araçlarının varlığından daha ileri düzeyde bir standart belirlenmelidir¹²⁶⁷. Bu bağlamda topluluk hâkiminin karar verici gerçek irade olduğunun ve bağlı şirket üzerindeki hâkimiyet uygulamalarıyla onu eylemli bir şekilde yönettiğinin tespitine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla TTK hükümlerinin cevaz verdiği şekilde, topluluğun işletme politikalarını belirleyerek bağlı şirketlerin yönetimine etkiye bulunmanın ötesinde bir müdahale uygulamasının yerleşik olduğu saptanmalıdır. Bu suretle topluluğu bir ekonomik bütünlük – birim haline getirecek nitelikte ortak bir yönetimin veya ortak politikaların olup olmadığı incelenmesi gereken esas mesele olacaktır¹²⁶⁸. Bu kapsamda her türlü belirti, olgu

¹²⁶⁶ Hâkimiyet karinesi için bkz. Yuk. s. 137.

¹²⁶⁷ Yazıcı, Alper Hakkı, “Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent?” **Law & Justice Review**, Year:5, Issue:9, December 2014, pp. 127 – 172, s. 161.

¹²⁶⁸ Benzer bir sorun rekabet hukukunda da sıklıkla gündeme gelebilmektedir. Şirketler topluluğunun tek bir teşebbüs veya girişim olarak nitelendirilmesinde kullanılan “belirleyici etki” (*decisive influence*) testinden kısaca bahsetmek faydalı olabilir. Bu kavram bir bağlı şirketin rekabet ihlalleri sebebiyle onu kontrolü altında tutan hâkim ortaklığa sorumluluk ithaf edilip edilemeyeceğiyle ilgili olarak yapılan incelemede gündeme gelmektedir. AB Rekabet Hukuku uygulamasında belirleyici etki kıstasının iki unsuru vardır: 1) Belirleyici etkiye bulunabilme yeteneği, 2) Fiilen etkiye bulunuluyor olması (ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 344.). AB Rekabet Hukuku’nu mehzaz olarak alan Türk Rekabet Hukuku’nda da aynı kıstaslara göre bir değerlendirme yapılmaktadır (Bkz. **Güven**, s. 92). Bununla birlikte Türk Rekabet Hukuku uygulamasında daha çok hisse oranları üzerinden sonuca gidildiği ifade edilebilir. Mehzaz AB Rekabet Hukuku’nda uygulanan belirleyici etki (*decisive influence*) testinin ikinci unsuru olan “fiili olarak belirleyici etkiye bulunma şartı”yla ilgili olarak detaylı bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Mesela tek ekonomik birim kavramını irdeleyen en detaylı kararlardan birisi TTNet kararıdır (Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2007-2-65, Karar Sayısı: 08-65/1055-411 ve Karar Tarihi: 19.11.2008. Kararın detaylı tartışması için bkz. Eroğlu, Muzaffer, “Yavru Şirket Tarafından İşlenen Rekabet İhlallerinden Dolayı Ana Şirkete Ceza Verilmesi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu** – VIII, Mayıs 2010, Kayseri, s. 304 vd.). TTNet kararında bu çerçevede bir analiz yapıldığını ifade etmek pek de mümkün değildir. TTNet’in %99,9 hissesine sahip olan Türk Telekom’un tam hâkim ana şirket olarak değerlendirilip değerlendirilmediği, eğer öyleyse AB Rekabet Hukuku’ndaki gibi aksi

ve delil dikkate alınabilir. Dolayısıyla sadece pay sahipliği seviyesi, oy hakkı ve benzeri hususlarla sınırlı bir analiz doğru sonuç vermeyecektir. Bununla birlikte genel olarak topluluğun ekonomik yapısı da araştırılmalıdır. Bu kapsamda toplulukta yer alan şirketlerin bireysel menfaatlerinden ziyade, ortak bir ekonomik amacın takipçisi olup olmadıkları, bir bütün olarak topluluğun kazancını maksimize etme hedefi altında entegre olmuş bir işletmenin parçası olarak karşılıklı operasyonların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği gibi hususlar önem arz etmektedir¹²⁶⁹. Bu bağlamda topluluk hâkiminin fiilen kontrol gücünü kullanıp kullanmadığı bilhassa incelenmelidir. Topluluk hâkimi %100 pay sahibi tam hâkim olsa dahi hâkimiyet uygulamaları araştırılmalıdır. Dolayısıyla ABD uygulamasında da görüldüğü üzere sorun netice itibarıyla sorumluluğa kapı aralayan sorunlu bir hâkimiyet uygulamasının hangi seviyede olması gerektiğine dayanmaktadır. Buna tek cümleyle cevap vermek kolay olmamakla birlikte, kısaca ABD mahkemelerinin tam ve kapsamlı bir hegemonya kurulmuş olmasına vurgu yaptıkları ifade edilebilir. Öyle ki bağlı şirketin artık kendi menfaatlerini takip etme kabiliyeti kalmamıştır. Tamamen topluluk hâkiminin ekonomik amaçlarına hizmet eden bir araç veya onun bir parçası haline gelmiştir¹²⁷⁰. Bu kapsamda bağlı şirket bir araç veya topluluk hâkiminin bir uzvu haline gelip gelmediği araştırılırken bilhassa bağlı şirketin karar alma mekanizmalarına ne derece müdahale edildiği incelenmelidir. Topluluk hâkimi adeta bağlı şirketin yerine karar almaktaysa bu, bağlı şirketin bağımsız tüzel kişiliğinin gerçekte tamamen ortadan kaldırıldığı anlamına gelmektedir¹²⁷¹.

Kısacası topluluk hâkiminin hâkimiyet uygulamalarının ne derece ileri bir düzeyde olduğu; topluluğa mensup şirketlerin kendilerine özgü bir hareket alanının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak her hâlükârda mesele kanun koyucu tarafından meşru amaçlar için öngörülmüş yapısal nitelikteki imtiyazların iyi niyet ve dürüstlük çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığına gelip çatacaktır¹²⁷². Bağlı şirketleri yöneltme veya yönlendirmeye olanak sağlayan bu tip imtiyazların izin verilenin ötesinde, aşırı ve devamlı olacak bir ölçüde kullanılması sonucunda, sorunlu bir hâkimiyet politikası ortaya çıkmaktadır. Öyle ki uygulamada

ispat edilebilir bir karinenin kabul edilip edilmediği, böyle bir karine kabul edilmişse bu karinenin ilgili şirketler tarafından neden çürütülemediği karardan anlaşılamamaktadır.

¹²⁶⁹ Yazıcı, s. 162; Küçük, s. 311.

¹²⁷⁰ Drüke, Heiner, *Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft*, Bonn, 1989, s. 139.

¹²⁷¹ Blumberg, *Corporate Groups*, s. 115.

¹²⁷² Ballantine, Henry W., "Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporations", *California Law Review*, Vol. 14, Issue: 1, Cal. L. Rev. 12 (1925), pp. 12 – 21, s. 18. Daha çok kusurlulukla alakalı olan bu konu bize göre ikinci aşamada incelenmesi gereken bir meseledir.

topluluk hâkimi bağlı şirketin gündelik işlerine dahi müdahil olabilmektedir. Bununla birlikte bağlı şirketlerin araçsallaştırılmasıyla ilgili olarak günlük işlerin dahi topluluk hâkimi tarafından yürütülmesi şeklinde çok ileri düzeyde bir müdahale uygulamasının varlığı aranmamalıdır¹²⁷³. Bağlı şirketin yönetimiyle ilgili önemli konuların esas karar alıcı konumundaki topluluk hâkimi tarafından belirleniyor olması önemlidir.

Yukarıda ele aldığımız *Green* kararıyla benimsenen 18 madde altında sıralanan hususların önemli bir kısmı aşırı hâkimiyet uygulamalarının varlığına işaret eden tipik durumlardır. Ancak olay özelliklerine göre burada belirtilmeyen başka sebeplerden dolayı da topluluğun tek şirket gibi faaliyet gösterdiği sonucuna varılabilir. Bizim mahkemelerimiz de sıklıkla karşılaştıkları bu gibi durumları listeleyerek bir uygulama birliği sağlayabilir. Bu noktada özellikle istinaf ve temyiz incelemesinde bulunan Bölge Adliye Mahkemelerine ve Yargıtay’a görev düşmektedir. Zira bu davalarda hâkimiyetin kullanım biçimi önemli olacağından, hangi seviyede bir müdahale uygulamasının sorunlu olarak algılanması gerektiği sorusu devamlı gündeme gelebilecektir. Bu noktada her olaya uygulanma kabiliyeti olan kontrol, hâkimiyet veya bağlantının objektif şartlarına dayalı mekanik bir kural ve buna bağlı olarak genel geçer bir test geliştirmek esasında pek de mümkün değildir. Buna rağmen yukarıda listelenen hususlara benzer durumlar olay özelliklerine göre delillendirici unsurlar olarak dikkate alınabilir.

6. Bağlı şirketin varlık sebebiyle ilgili hususlar

Bağlı şirketlerin gerçekten birtakım ticari amaçları takip eden, kendine ait bir faaliyet alanı bulunan şirketler olup olmadığı, topluluk hâkiminin bağlı şirketlerin bağımsız kişiliğine saygı duyup duymadığı ilk aşamada incelenmesi gereken konulardandır. Bağlı şirketlerin faaliyetleriyle ilgili önemli kararlar topluluk hâkimi tarafından alınıyorsa bu durum bağlı şirketlerin mali, iktisadi ve idari olarak özerk bir alana sahip olmadığını göstermektedir. Bağlı şirketlere, şirketin gündelik yönetimiyle ilgili belirli bir hareket alanının tanınması bu anlamda

¹²⁷³ **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 211. Bağlı şirketin sıradan işlerle (*day-to-day business*) ilgili kendi kararlarını alabiliyor olması belirli bir noktaya kadar özerkliğe sahip olduğunu göstermektedir. Ancak, yoğun müdahale uygulamasının yerleşik hale geldiği bir toplulukta bu tek başına bağlı şirketin araçsallaştırılmadığını göstermez. Mesela 1978 tarihli *Japan Petroleum Co. (Nigeria) Ltd. v. Ashland Oil* (456 F.Supp. 831 D.Del.1978) kararında mahkeme bağlı şirketin gündelik idaresini kendisinin yürüttüğünün altını çizmiş ve bunun yanı sıra bağlı şirkete mali kaynaklarını belirlemede büyük oranda serbestiyet tanındığı; bu bağlamda borç tedarikinde topluluk hâkimi dışında başka kredi olanaklarını da kullandığı belirtilerek bağlı şirketin tam bir hegemonya altında olmadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. **Drüke**, s. 142.

yeterli değildir. Bu şirketlerin stratejik konularla ilgili karar alma mekanizmalarına dâhil edilip edilmediği dikkate alınması gereken önemli bir göstergedir¹²⁷⁴.

Bağlı şirketlerin iktisadi varlığıyla ilgili araştırmada somut olarak ne gibi faaliyetlerle iştigal ettiği, özellikle de topluluk hâkimi ve diğer bağlı şirketler dışında iş ilişkisi kurup kurmadığı hususu önemlidir. Topluluk bünyesindeki bağlı şirketler, sadece birbirleriyle ilişki içerisindeyse bu onların sıg şirket (*thin company, société fictive*¹²⁷⁵) olduklarına ve topluluk hâkiminin amaçları için var olduklarına delalet eder. Bununla birlikte bağlı şirket topluluk dışındaki şirketlerle iş yapsa dahi eğer topluluk şirketlerinden hiç veya piyasanın çok altında kâr elde etme üzerine kurgulanmış bir politika benimsenmişse bu dahi bağlı şirketin varlık sebebinin sorgulanmasına yol açabilir. Böyle bir durumda bağlı şirketin sadece topluluğun menfaatleri için faaliyet gösteren bir araç olup olmadığı değerlendirilmelidir¹²⁷⁶.

Şirketler hukuku ve diğer mevzuatın öngördüğü birtakım usullere uyulup uyulmaması da aynı kapsamda düşünülebilir. Bu husus bağlı şirketin topluluk hâkimi tarafından bir şirket bölümü gibi yönetilip yönetilmediği noktasında önemlidir. Buna göre hukuk düzeni tarafından öngörülen usuli işlemlere ne derece uyulup uyulmadığı araştırılması gereken konulardandır. Bu bağlamda genel kurul toplantılarının usule uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı; bu toplantıların kayıt altına alınıp alınmadığı; yöneticilerin seçimi, ana şirket yönetim kuruluyla bağlı şirket yönetim kurulunun sıklıkla ortak toplantılar yapıp yapmadıkları; şirket defter ve kayıtlarının düzensiz tutulmuş veya hiç tutulmamış olması; topluluk içi işlemlerin kayıtlara geçirilmemesi; yönetim kurulunun hukukun öngördüğü şekil şartlarına uyup uymadığı; şirketin hiç hisse senedi ihraç etmemesi; ayrı banka hesabının olmaması ve diğer pek çok husus bu kapsamda değerlendirilebilir¹²⁷⁷.

¹²⁷⁴ **Yazıcı**, s. 162.

¹²⁷⁵ Fransız hukukunda kullanılan *société fictive* (farazi şirket) doktrini bir şirketin başka bir şirket veya şahsın (*maître de l'affaire*) menfaatlerine hizmet etmekten başka bir varlık sebebi olmadığını ifade etmektedir. Şirket, kanunun öngördüğü şekilde ortak bir ticari amaç için bir araya gelme unsurunu (*affectio societatis*) içermediğinden muvazaalı kabul edilmektedir. Bu kavramın gündeme geldiği *Solebat/Oléron-Bellevue* davasında Fransız Yargıtayı *Solebat* tarafından inşa edilen daireleri satın alıp üzerine belli bir miktar kâr koyarak satmaktan başka bir faaliyeti bulunmayan *Oléron-Bellevue* isimli şirketin farazi bir şirket (*société fictive*) olduğu sonucuna varmıştır. Mutlaka bağlı şirketin ana şirket lehine farazi şirket olarak yapılandırılmış olması şart değildir. Bağlı şirketlerin birbirleriyle olan ilişkileri kapsamında da farazi şirket olarak kabulü mümkündür. **Vandekerckhove**, s. 242, 434, 436.

¹²⁷⁶ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 457.

¹²⁷⁷ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 461, 462. Mesela yukarıda incelediğimiz *Glenn v. Wagner* kararında mahkeme şekil şartlarına uyulup uyulmadığını özel olarak incelemiştir. Davalılardan hâkim ortak konumundaki David Wagner duruşmada sorgulanarak bu husus ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Davalının duruşmadaki beyanından ilgili kısmı aktarmak bu anlamda yol gösterici olacaktır:

7. Bağlı şirketlerin malvarlığının ayrılığı kuralının göz ardı edilmesi

İlk aşamada dikkate alınması gereken diğer bir önemli husus, onun topluluk hâkiminin bağlı şirketlerin malvarlığıyla ilgili uygulamalarıdır. Bu bağlamda incelenmesi gereken temel mesele topluluk şirketleri arasındaki mal ayrılığına dikkat edilip edilmediğidir. Malvarlığının faizsiz veya düşük faizli kredi verme¹²⁷⁸, topluluğa mensup şirketlerden birine haklı bir karşılık olmaksızın bir menfaat sağlanması gibi sorumsuzca müdahalelerle eksiltilmesi; başka şirketlere veya ortaklara aktarılması; diğer topluluk şirketlerinin mallarıyla karıştırılması (*vermögensvermischung*) veya amiyane tabirle hortumlanması (*siphoning*) gibi uygulamalarla bağlı şirketin borçlarını ödeyemez hale getirilmesi, haksız ve hukuka aykırı bir şekilde malvarlığının manipüle edilmesine örnek gösterilebilir¹²⁷⁹. Her ne kadar doğrudan bağlı şirket

Soru: Kira sözleşmesinin sona erdiğini söylediniz. Sözleşmenin feshiyle ilgili resmi bir formalitede bulunuldu mu?

Cevap: Formalite derken tam olarak neyi kastettiğinizi anlamadım

Soru: .Yani, kiralayan a hitaben bir yazılı fesih bildirimi yapıldı mı?

Cevap: Yazılı bir mektup gönderilmedi

Soru: Öyleyse, basit olarak, 1 Temmuz 1980'de kira ödemesi yapılmayarak sözleşmenin yenilenmeyeceği zımnen kabul edildi

Cevap: Ben bunu kastetmedim. 1 Temmuz itibarıyla kiracının yetkilisi şahsi olarak işletmeye devam etti, Ekim 1980 itibarıyla kiracı otelin işletmesini bıraktı.

Soru. İşi bıraktı derken, kısaca kiralayana ödeme yapmadı mı demek istiyorsunuz?

Cevap: Hayır. Sanırım kısaca onların bir bildirimde bulunmaları gerekirdi demek istiyorsunuz. Ancak bu biraz zor, sanki benim kendi kendimi haberdar etmem gibi bir şey. Ancak kiracı evet kiralayana geçen hafta artık otelin işletilmesinde yer almayacağını bildirdi, kiralayan da tamam dedi.

Soru: Kendi kendinize tamam dediniz, öyle mi?

Cevap: Evet, öyle

¹²⁷⁸ Bu kapsamda değinilmesi gereken konulardan birisi nakit havuz (*cash pooling*) sistemidir. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda yaygın bir uygulamaya sahip bu sistemin bağlı şirket açısından önemli riskleri barındırdığı da akılda tutulmalıdır. *Manavgat*'ın da işaret ettiği gibi topluluk menfaatinin varlığı bir noktaya kadar bağlı şirket menfaatinin feda edilmesini haklı çıkardığından bu tarz uygulamalar da normal karşılanmaktadır. Buna karşılık bağlı şirket açısından bakıldığında, elindeki fazla nakdi kullandıran şirketin yüksek faiz getirisi elde etmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu sistem nakte ihtiyacı olan topluluk şirketleri bakımından faydalar taşırken, nakit fazlalığı olduğu için bu nakti kullandıran şirket bakımından geri ödenme konusunda bir risk yaratabilir. Özellikle hakim teşebbüsün veya bazı topluluk şirketlerinin ödeme kabiliyetini yitirdiği durumlarda havuza katkı sağlayan şirketlerin geri ödemeyi almaları mümkün olmayabilir. Böylece nakit havuzu yönteminden beklenen fayda diğer taraftan grup içi bir riske dönüşebilir. Ekonomik olarak güç kaybeden topluluk şirketleri sebebiyle geri ödemelerin gecikmesi veya imkansızlaşması, ticari getirilerine devam eden bağlı şirketler bakımından da olumsuz sonuçlar doğurmaya başlayarak grup içinde bir domino etkisinin doğmasına sebep olabilir (bkz. *Manavgat*, s. 175,176).

¹²⁷⁹ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 448. *Blumberg ABD*'de tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesini en keskin bir şekilde savunan eyalet yargılarının dahi bahsi geçen şekilde malvarlığının azaltılması veya tüketilmesini tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anlamında bir suistimal (*wrongful conduct*) olarak nitelendirdiklerini belirtmektedir. Çünkü malvarlığına bu şekilde el atılması hem bağlı şirketin sadece topluluk veya ona hâkim ortaklığın menfaati için var olduğunu göstermekte hem de onun alacaklılara olan taahhüdlerini yerine getirmelerini zora düşürmektedir. Yazara göre malvarlığı eksiltilem bağlı şirketin mutlaka borca batık, iflasa sürüklenen bir halde olması şart değildir. Öte yandan burada malvarlığının ayrılığı kuralının ihlaliyle ilgili olarak verilen örnekler aynı zamanda 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) tarafından düzenlenen halka açık şirketin mal varlığının topluluk hâkimine örtülü olarak aktarılması yasağını ihlal eden eylemlerdendir. Tezde halka açık anonim şirketler kapsam dışında bırakıldığından bu konu ayrıca incelenmeyecektir. Ayrıntılı

alacaklılarının zarara uğratılması amaçlanmıyor olsa dahi şirket mallarının açık ya da kapalı işlemlerle transferi (*asset transfer*), soyulması (*asset stripping*) veya başka mallarla karıştırılması (*asset commingling*) gibi eylemlerin alacaklılar açısından büyük risk yarattığı ortadadır¹²⁸⁰.

8. Malvarlığının yetersizliği

Bağlı şirketlerin yetersiz malvarlığı ile faaliyette bulunuyor olmaları, topluluğun yapısal olarak yetersizliğine delalet eden en önemli göstergelerden birisidir. Bağlı şirketlerin topluluk hâkimine muhtaç olmaksızın birtakım ticari faaliyetlerde bulunabilme kabiliyetini haiz olması için yeterli özkaynağa sahip olması gerekmektedir. Bu sebeple yapılacak incelemede göz önünde bulundurulması gereken belki de en önemli husus bağlı şirketlerin yeterli malvarlığının bulunup bulunmadığıdır (*undercapitalization*).

Özkaynak yetersizliği esasında tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu kılmaya yol açan en önemli olgulardan birisidir¹²⁸¹. Münferit bir şirket ve onun hâkim ortağı olan gerçek kişi modelini örnek alacak olursak böyle bir yapıda şirketin faaliyetleriyle uyumlu mali kaynaklara sahip olmaması alacaklılar için büyük risk oluşturacaktır. Bir asgari sermaye koyma borcu öngörmekle yetinen TTK, şirketlerin faaliyetlerine uygun mali olanaklara sahip olmaları şeklinde bir yükümlülük getirmemektedir. Hâlbuki sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu günümüz şirketlerinde alacaklılar açısından şirketin malvarlığı bir nevi güvence fonu teşkil etmektedir. Anonim şirketleri ele alacak olursak kanunda öngörülen ellibin veya yüzbin TL’lik asgari sermaye miktarıyla (TTK m. 332) kurulan bir şirket vasıtasıyla devasa nitelikteki ticari faaliyetlerin yürütülebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu faaliyetlerin finansmanı için gerekli olan sermaye ihtiyacı ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından verilecek kredilerle karşılanabilir. Bu şekilde ortakların esasında sermaye olarak şirkete tahsis etmeleri gereken kaynakları borç olarak vermeleri, şirketten gerçek anlamda alacaklı olan şahısların aleyhine bir durum yaratmaktadır. Bu sebeple alacaklılar, alacaklarını tahsil edebilecekleri güvenceden mahrum kalmaktadır. Benzer bir risk çok şirketli yapılar için de geçerlidir. Bir ana şirketin kontrolü altındaki bir bağlı şirketi kendinden beklenen makul giderlerini dahi karşılayamayacak derecede yetersiz sermayeyle teçhiz etmesi ve sonra bağlı şirketin sorumluluğu söz konusu

bilgi için bkz. Demirağ, Sanem Üzeler, **Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Şirketler Topluluğunda Ortak Nakit ve Hizmet Kullanımının Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2022, s. 281 vd.

¹²⁸⁰ *Paramount Petroleum Co. v. Taylor Rental Ctr.*, 712 S.W.2d 534, 536 (Tex. Ct. App. 1986): “...şirketler ayrı tüzel kişilikler olmaktan ziyade; daha çok ortak bir işletme amacının gerçekleştirilmesi için kaynaklarını bir araya getirmekle ilgili topluluğu oluşturan her bir şirket, bu işletme amacının takibi sebebiyle meydana gelen zarar dolayısıyla sorumlu tutulabilir.” **Dearborn**, s. 245; **Vandekerckhove**, s. 178 vd.

¹²⁸¹ Bu konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Yanlı**, s. 86 – 111.

olduğunda kenara çekilmesi adil bir sonuç olmayacaktır. Böyle bir durumda alacaklı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla hâkim ortak konumundaki topluluk hâkiminin sorumluluğunu talep ve dava edebilmelidir. Zira *Yanlı*'nın da ifade ettiği gibi bir şirketi yetersiz sermaye ve özkaynak ile hayata geçiren ortaklar sınırlı sorumluluk imtiyazından faydalanma hakkını baştan kaybetmişlerdir¹²⁸².

Bizim burada asıl vurgulamak istediğimiz konu ise yetersiz malvarlığıyla faaliyet gösteren bağlı şirketlerden müteşekkil bir topluluk yapısının ortaya çıkardığı risklerdir. Yetersiz malvarlığıyla faaliyet gösteren bir şirket zayıf bir kurumsal yapıya sahiptir (*thin company*). Benzer şekilde yetersiz malvarlığıyla donatılmış çok şirketli bir girişim de zayıf bir topluluk yapısına sahip olacaktır. Zayıf, tamamen topluluk hâkiminin desteğine bağımlı, onun sağladığı kaynaklarla ayakta durabilen şirketlerden müteşekkil bir topluluğun ideal bir topluluk yapısı olmadığı ortadadır¹²⁸³. Böyle bir yapılandırma *taxicab* davalarında gördüğümüz gibi bilinçli olarak hayata geçirilmiş olabilir¹²⁸⁴. Bu durumda girişimcilerin ileride meydana gelebilecek sorumluluk hallerini etkisiz kılmak için yetersiz malvarlığına sahip çok şirketli bir yapıyı hayata geçirip geçirmediği bir sorun olarak gündeme gelebilir.

Bu konuyla ilgili dikkat edilmesi gereken noktalardan birisi özkaynak yetersizliğinin derecesidir. Sıradan özkaynak yetersizliğiyle sorumluluğa kapı aralayan ağır veya ciddi özkaynak yetersizliğini birbirinden ayırmak için ne gibi kıstaslar belirlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Bu

¹²⁸² **Yanlı**, s. 111 vd. Diğer taraftan şirketin mali durumuna ve iç işleyişine hâkim olan alacaklı ortaklar önceliği kendi alacaklarının tahsiline verebilir ve şirket malvarlığının gerçek alacaklılar aleyhine azalmasına yol açabilir. Bu şekilde başlangıç aşamasında şirketin yetersiz özkaynakla ticari hayatına başlaması gibi malvarlığının sonradan yetersiz hale gelmesi de alacaklılar açısından riskli bir durum yaratmaktadır. Sınırlı sorumluluğun sağladığı güvence sebebiyle hâkim şirket mali durumu müsait olmasa dahi bağlı şirket açısından riskli olabilecek faaliyetlere daha rahat bir şekilde girişebilmektedir. Bu sebeple gerek yetersiz özkaynakla faaliyetlerine başlatmak, gerekse lüzumsuz riskleri göze almak suretiyle bağlı şirketi ve onun alacaklılarını riske atan hâkim şirkete karşı çeşitli şartlar altında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla müracaat edilebilmelidir. Bunun yanı sıra alacağın kaynağı yönünden bir ayırım yapılması da hakkaniyetli bir yaklaşım olacaktır. Eğer alacaklı bir hukuki işlem sebebiyle alacaklı olmuş ve muhatabı bağlı şirketin yetersiz özkaynak ile faaliyet gösterdiğinin farkındaysa perdenin kaldırılması nispeten güçtür. Buna karşılık alacaklı bir haksız fiil alacaklıysa perdenin kaldırılması daha kolay olacaktır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 234.

¹²⁸³ *Laborers Clean-Up Contract Admin. Trust Fund v. Uriarte Clean-up Service* (US Court of Appeal, 9th. Circuit, 1984, 736 F.2d 516). Söz konusu davada mahkeme sözleşmeye taraf davalı şirketle birlikte topluluğa dâhil diğer şirketlerin de sorumluluğuna hükmetmiştir. Mahkeme davalı şirketlerin (*fragment*, yani parça olarak nitelendirilmektedir) esasında tek bir işletme/girişim (*single combined enterprise*) oluşturduğunu belirterek bu sonuca varmıştır. Mahkemenin özellikle dikkat çektiği hususlar, ofis, çalışanlar, ekipman, banka hesabı, muhasebeciler, avukatlar ve müşterilerin ortak olmasıdır. Bunun dışında şirketlerin tamamının ciddi anlamda yetersiz malvarlığıyla faaliyet gösteriyor olmalarının ayrıca altı çizilmiştir. Mahkemeye göre bu husus dahi başlıbaşına hileli bir amaç güdüldüğünün kabulü için yeterlidir. Mahkeme kararında bir topluluğun kolektif olarak bir girişim veya işletme şeklinde ele alınması ve toplu halde sorumluluğuna karar verilmesiyle sadece hâkim ortağa sorumluluk atfı birbirinden farklı ele alınması gereken konulardır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 380.

¹²⁸⁴ *Taxicab* kararlarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Yuk.s. 295.

konuda soyut, genel geçer nitelikte kıstaslar belirlemek mümkün görünmemektedir. Yürütülen faaliyetin gerektirdiği mali yükümlülükler bu noktada göz önünde bulundurulması gereken en önemli husustur¹²⁸⁵. Mesela *Yacker v. Weiner* kararında mahkeme bağlı şirketin 680.000 USD inşaat kredisi ve 37.300 USD sermayeden oluşan fonlarının, yapılmakta olan inşaat projesini tamamlamak için yeterli olmadığına bariz bir şekilde ortada olduğunu belirterek ana şirketin hâkim ortağı konumundaki gerçek kişilerin de sorumlu olacağına karar vermiştir¹²⁸⁶. Mahkemeye göre bağlı şirketle inşaat sözleşmesi yapan davacıların bu projeyi ana şirketin de destekleyeceği yönündeki beklentileri haklı bir beklentidir. Bununla birlikte eldeki fonun taahhüd altına girilen inşaat işini bitirmek için yeterli olmadığı ortadayken gerçek kişi hâkim ortakların bu projeye girişmiş olmaları aldatıcı bir davranış olarak nitelendirilebilir¹²⁸⁷. Özkaynağın yetersiz olup olmadığı değerlendirilirken sadece hisse senedi, sermaye, yedek akçeler veya diğer aktif malvarlığı değerleri değil bütün kaynaklardan elde edilebilecek fonlar dikkate alınmalıdır. Bu anlamda kredi ve borçlanma yoluyla elde edilen mali kaynaklar da hesaba katılmalıdır¹²⁸⁸.

Özkaynak yetersizliğinin zamanı konusunda da muhtelif görüşler vardır. Hâkim görüş sonradan meydana gelen yetersizliğin de hesaba katılacağı yönündedir; ancak yapılan bir yatırımın beklendiği gibi iyi sonuç vermemesi ve bağlı şirketin bundan zarar etmesi nedeniyle meydana gelen bir eksilme bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Aksi bir yaklaşım yatırımcıların daha çekingen davranmaları, şirketlerin risk almak yerine büyüme stratejilerinden vazgeçmeleri

¹²⁸⁵ **Vandekerckhove**, s. 110.

¹²⁸⁶ *Yacker v. Weiner*, 109 N.J. Super. 351 (N.J. Super. Ch. Div. 1970). Benzer bir karar Fransız Aix-En-Provence İstinaf Mahkemesince verilen 1975 tarihli *Entreprise Jean Lefebvre v. Planson* kararıdır. Karara konu olayda Jean Lefebvre bir takım işlerinde alt sözleşmeci olarak kullanmak üzere kanunun öngördüğü asgari sermaye miktarını koyarak bir anonim şirket kurmuştur. Başka hiçbir malvarlığı bulunmayan bu şirket sıkı bir şekilde ana şirketin kontrolü altındadır. Zaman içerisinde bu şirketin bir takım sözleşme borçlarını doğrudan ödeyen hâkim ortaklık bağlı şirkete karşı en büyük alacaklı konumuna geçmiştir. Kuruluştan iki yıl sonra artık bağlı şirketin borca batık olduğu anlaşılmış da şirketin iflası ilan edilmiştir. Söz konusu davada alacağını elde edemeyen alacaklılardan birisi bağlı şirketin borcundan dolayı ana şirket *Entreprise Jean Lefebvre* müracaat etmektedir. Mahkeme bağlı şirketin özkaynak yetersizliği sebebiyle daha kuruluş aşamasında yaşayabilir olmadığını; faaliyetlerini devam ettirirken de bu şirketin ciddi borç yükü altında olduğunu bilmesine rağmen davalının bir önlem almadığını belirterek davalının haksız fiil sorumluluğu kapsamında davacıya karşı sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu karar Fransız Yargıtayı tarafından onanmıştır. Alman hukukunda da şirketin yetersiz sermayeyle faaliyet göstermesinin ortakların haksız fiil hükümlerine göre (BGB m. 826) sorumluluğuna yol açabileceği kabul edilmektedir. **Vandekerckhove**, s. 137, 142.

¹²⁸⁷ **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 469. Benzer bir yaklaşım Alman hukukundan hatırlayacağımız normların amaçları teorisine göre konuya yaklaşan yazarlar tarafından da ileri sürülmektedir. Bu teori özkaynak yetersizliği sebebiyle sorumluluğu mevcut özkaynak ile olması gereken özkaynak arasındaki objektif oransızlığa dayandırmaktadır bkz. **Yanlı**, s. 102. *Wiedemann*'a göre ortaklar şirketin karşılaşılabileceği riskleri giderebilecek yeterlilikte bir sermaye getirmişlerse sınırlı sorumluluk kuralının sağladığı imtiyazdan faydalanabilir. Sınırlı sorumluluğun ileri sürülebilmesi için şirketin iktisadi amaç ve faaliyet hacmine uygun bir malvarlığıyla donatılmış olması şarttır (*Yanlı'dan alıntı*). Bkz. **Yanlı**, s. 103.

¹²⁸⁸ OECD verilerine göre pek çok ülkede yatırımcılar vergi düzenlemeleri sebebiyle doğrudan sermaye koymak yerine borçlanma yoluyla mali kaynak sağlama yolunu tercih etmektedir. **Vandekerckhove**, s. 111.

ve böylelikle ekonomik gelişimin yavaşlaması gibi istenmeyen sonuçlara yol açabilir¹²⁸⁹. Dolayısıyla ekonomik faaliyetlerin olağan seyri içerisinde meydana gelen özkaynak yetersizliği bir usulsüzlük olarak değerlendirilmemelidir. Topluluk hâkiminin sorumsuz müdahaleleri mesela bir önceki başlıkta değindiğimiz üzere malvarlığı transferi, kullanımı, karıştırılması gibi eylemleri özkaynak yetersizliğine yol açmış olabilir. Bu gibi kötü hâkimiyet uygulamaları sonucunda bağlı şirketler üçüncü kişilere karşı taahhüdlerini yerine getiremez bir hale düşmüşse bu topluluk hâkiminin sorumluluğuna kapı aralayan bir sebep olarak değerlendirilmelidir. Eğer bu tip kötü hâkimiyet uygulamaları devamlı ve kapsamlı bir hal almış ise bu noktada şirketler topluluğunun tek ekonomik birim halinde faaliyet gösterip göstermediği de ayrıca dikkate alınmalıdır.

9. Topluluk hâkiminin dışa karşı uyandırdığı yanlış intiba

Topluluk hâkimi dışa karşı topluluk şirketleriyle ilgili her konuda söz sahibi olduğu; dolayısıyla onların yapmış olduğu işlerin asıl sahibinin ve sorumlusunun kendisi olduğu yönünde bir intiba uyandırmış olabilir. Her ne kadar açıkça bir taahhütte bulunmasa dahi topluluk hâkiminin yarattığı bu imaj topluluğun tek bir birim gibi algılanmasına yol açabilir¹²⁹⁰. Bu durum farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir:

Bunlardan birisi topluluk hâkimiyle bağlı şirketler veya sadece bağlı şirketler arasında alanların karışması (*Spärenvermischung*) şeklinde olabilmektedir. Şirketler topluluğu açısından bakacak olursak hukuk alanlarının karışması topluluğa mensup şirketlerin ayrı birer kişilik olduklarının dıştan bakıldığında veya üçüncü kişilerle ilişkilerinde yeterince açık bir şekilde anlaşılamaması olarak ifade edilebilir¹²⁹¹. Topluluk hâkimi bağlı şirketler adına sözleşme müzakerelerine katılabilmekte, ifayı kabul edebilmekte veya başka şekillerde bağlı şirketlerden birinin hukuken taraf olarak görüldüğü bir hukuki işlemin arkasındaki gerçek irade olduğunu hissettirebilmektedir. Çoğunlukla uygulamada, özellikle de bizim dikkat çektiğimiz az sayıda bağlı şirketten oluşan dışa kapalı topluluklarda, topluluk hâkimi sözleşme müzakereleri esnasında

¹²⁸⁹ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 471.

¹²⁹⁰ Fransız hukukunda görünüş teorisi (*La théorie de l'apparence*) olarak adlandırılan ve doktrin tarafından büyük oranda kabul gören yaklaşıma göre dışa yansıyan şartlar meydana getirdiği sonuçlar sebebiyle hukuki etkiye sahip olgusal şartlar olarak nitelendirilmektedir. Bu teori esas olarak dışa yansıyan şartlar dolayısıyla hukuken mağdur edilmiş üçüncü kişileri koruma işlevine sahiptir. Kanunu ortadan kaldırmaz; sadece üçüncü kişileri koruma ve hukuki öngörülebilirlik adına kanunun uygulanmasını askıya alır. Daha açık bir ifadeyle objektif hukuku ortadan kaldırmaz, sadece subjektif hakların reddini sağlar. Sahli, Meriem Ouassini, **La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales**. Droit. Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014, s. 78.

¹²⁹¹ **Yanlı**, s. 246.

sanki şirketler topluluğunun bir tüzel kişiliği varmış gibi bütün bir topluluk adına hareket etmekte; ancak, sonuç olarak sözleşme topluluğa mensup belirli bir şirket adına akdedilmektedir. Bunun dışında ortak ofis, yönetici ve çalışanlar, aynı adreslerin, banka hesaplarının, telefon numaralarının ve web sitesinin kullanılması gibi hususlar topluluğun tek işletme veya birim olarak değerlendirilmesine yol açabilir. Örnek gösterilen bu gibi durumlar söz konusuysa topluluğun tek ekonomik birim haline geldiği sonuç olarak kabul görebilir¹²⁹².

Bunun dışında topluluk hâkimi eylem veya söylemleriyle bağlı şirket alacaklılarına garantör olduğu veya bağlı şirketleri aslında kendisinin idare ettiği ve hep birlikte bir işletme oluşturdukları yönünde bir izlenim vermiş olabilir¹²⁹³. Alacaklılar böyle bir izlenime kapılmakta haklı görülebiliyorlarsa bu topluluk hâkiminin bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutulması sonucunu doğurabilir¹²⁹⁴.

Böyle bir durumda sonuç olarak aldatıcı intibayı oluşturan hâkim ortaklık ile bağlı şirketin iyi niyetli alacaklılara karşı tek bir yapı olarak kabul edilmesi yoluna gidilebilir. Olay özelliklerine göre bu uygulama alacaklıyla hiç ilişkiye girmemiş olsalar dahi diğer bağlı şirketleri de kapsayacak şekilde genişletilebilir. Bu ihtimal özellikle topluluk mensubu şirketlerden birinin aslında tek bir yapının var olduğu yönünde bir görünüm vermesi halinde kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir görünüm, şirketlerin aynı veya benzer unvan ve isimler kullanmaları, yöneticilerin

¹²⁹² Mesela Alman Yüksek Mahkemesi bir sözleşme borcunun ifasıyla ilgili olarak böyle bir karar vermiş ve dolayısıyla topluluğun tek bir ünite olarak kabulüne kapı aralamıştır. Karara konu olayda kimyasal ürün tedarikçisi olan davacı, G group olarak bilinen kimyasal maddelerin işlenmesi ve satımıyla iştigal eden bir şirketler topluluğuyla uzun süreli ticari ilişki içerisindeydi. Bu topluluğun G-Kunststoff-Handels-GmbH ve G-Maschinen-GmbH isimli iki bağlı şirketi bulunmaktadır. Her iki şirketin de yöneticisi ve temsilcisi L isimli şahıstır. Bir noktada somut bir siparişe ilgili olarak hangi şirketin sorumlu olacağı hususunda ihtilaf çıkmıştır. Yüksek mahkeme şu gerekçeyle topluluğun bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sorumluluğuna karar vermiştir: “Her iki ‘G’ şirketi de benzer isimler altında aynı pazarda faaliyet göstermekte ve aynı kişi tarafından temsil edilmektedir. Dolayısıyla ticari ilişki içerisine girdikleri kişilerde, L’nin hangi şirket adına hareket ettiği ve muhatabın kim olduğu konusunda kolaylıkla yanlış anlamaya yol açacak bir durum yaratmışlardır” Schmidt, Karsten, **Gesellschaftsrecht**, Köln ; Berlin ; Bonn ; München, 2002, s. 237

¹²⁹³ ABD hukukunda, iflas usulüyle ilgili olarak mahkemeler, Kanun bu yönde bir düzenleme içermemesine rağmen, borçlu şirket veya şirketlerle, hâkim ortakların malvarlığının bir havuz oluşturması ve alacaklıların buradan tamin edilmesi yönünde bir uygulama (*substantive consolidation*) geliştirmişlerdir. Bu uygulama davaya taraf olmayan şirket ve ortakların da sorumluluğunu mümkün kıldığından dikey perdeyi kaldırmanın (*horizontal piercing*) bir hali olarak değerlendirilmektedir. *Union Saving Bank v. Augie/Restivo Banking Co.* [860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988)], kararında mahkeme alternatifli iki seçeneqli bir test benimsemiştir. Şu hallerden birinin varlığı halinde ilgili şirketlerin malvarlığı bir bütün olarak değerlendirilecektir: "(i) alacaklılar, borç verirken, muhatap kuruluşları tek ekonomik birim (*single economic unit*) olarak değerlendirerek, onların ayrı tüzel kişiliklerine bir ehemmiyet vermemişler midir? (ii) borçluların birbirleriyle olan ilişkileri, bütün alacaklıların yararına olacak şekilde malların toplanmasını haklı kılacak derecede iç içe geçmiş midir?" *Dearborn*’un da altını çizdiği gibi bu testin unsurları tamamen alacaklıların, muhatabı konumundaki şirketlerle alakalı görüşlerine dayanmaktadır. Dolayısıyla, topluluk şirketleri, dışarıya karşı bunların tek ekonomik birim olarak değerlendirilmesini haklı kılacak bir izlenim vermekteyse veya iç ilişkileri bunu destekleyecek bir biçimde iç içe girmişse topluluk tek bir ünite veya yapı gibi muamele görebilecektir. Bkz. **Dearborn**, s. 239.

¹²⁹⁴ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 480.

ortak olması ve aynı merkezden idare ediliyor olması, faaliyetin aynı veya benzer nitelikte olduğu ve buna benzer durumlarda verilmiş sayılabilir¹²⁹⁵.

10. Değerlendirme

Şirketler topluluğunun tek ekonomik birim veya ünite olarak faaliyet gösteriyor olması tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için bir gerekçe yapılabilir. Uygulamada mahkemelerin bu gerekçeye dayanarak perdenin kaldırılmasına karar verdikleri görülebilmektedir¹²⁹⁶. Bu uygulamanın daha tutarlı ve öngörülebilir sonuçlar doğurması için birtakım kıstasların belirlenmesine ihtiyaç vardır.

Bu bağlamda öncelikle topluluğun tek ekonomik birim haline geldiğinin tespiti gerekir. Böyle bir davayla karşılaşan mahkemenin ilk aşamada araştırması gereken konu budur. Bu araştırmayı yaparken dikkate alınabilecek hususlar yukarıda sıralanmıştır. Bunlar, yargı kararlarında gündeme gelen meseleler ve karşılaştırmalı hukuk kısmında ulaşılan sonuçlara göre tespit edilmiştir; ancak burada belirtilenler dışında başka olgular da bu kapsamda değerlendirilebilir¹²⁹⁷. Yukarıda belirtilen hususlar topluluğun tek ekonomik birim haline geldiği varsayımını haklı gösterecek olgulardır; ancak bunların hiçbirisi tek başına bu sonuca ulaşmak için yeterli değildir. Mesela topluluk şirketlerinin yararlanması için ortak nakit havuzu kurulması dikkat çekici olmakla birlikte tek ekonomik birimin varlığı için yeterli değildir. Bu tip uygulamalar makul ekonomik gerekçelerle haklı çıkartılabiliyorsa topluluğun tek ekonomik birim haline geldiği sonucuna varılamaz. Yukarıda altı çizilen farklı olguların ne derece yaygın ve derin bir şekilde uygulama yeri bulduğu incelenmesi gereken konulardır. Diğer bir ifadeyle topluluğun aynı işletme faaliyetini aşırı bölümlendirmek ve her bir bölüm için bir şirket kurmak yoluyla hayata geçirilip geçirilmediği; bağlı şirketlerin topluluk içerisindeki konumu, diğer şirketlerle ilişkisi, ticari faaliyetlerini yürütürken ne kadar otonom olduğu; karar alma süreçlerinde ne derece topluluk hakiminin etkisi altında olduğu; genel olarak topluluğun entegrasyon seviyesi, bağlı şirketlerin malvarlıklarına el atılıp atılmadığı; özkaynakların yeterliliği, dışa karşı verilen intiba ve yukarıda vurgulanan diğer konular bir bütün olarak incelenmeli ama bunların hepsi kümülatif

¹²⁹⁵ Vandekerckhove, s. 442, 443.

¹²⁹⁶ Mesela yukarıda incelediğimiz ortaklık sertifikası kararlarında Yargıtay “tek şirket sayılma” şeklinde bir tabir kullanarak davalı topluluk şirketlerini tek bir birim gibi değerlendirmiştir (Bkz. Yuk. s. 363). Yine yukarıda tartıştığımız YHGK tarafından sonuçlandırılan SC davasında topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği gündeme gelen konulardan biri olmuştur (Bkz. Yuk. s. 371).

¹²⁹⁷ Mesela yukarıda detaylı bir şekilde incelediğimiz SC kararının 26. paragrafı bu kapsamda dikkate alınabilecek olguları içermektedir. Bkz. Yuk s. 376.

bir şekilde varlığı şart koşulan unsurlar olarak değerlendirilmemelidir. Bir benzetme yapmak gerekirse; bu olgular bir hastalığın teşhisinde dikkate alınacak semptomlar gibi düşünülebilir. Dolayısıyla yukarıda sıralanan belirtiler ne kadar sık ve yoğun bir şekilde saptanıyorsa topluluğun tek ekonomik birim olarak tespiti o kadar mümkün hale gelecektir.

Kısacası, ilk aşamada topluluğun yapısal özellikleri ve topluluk hâkiminin hâkimiyet uygulamaları göz önünde bulundurularak adeta topluluğun bir profili çıkarılmalıdır. Bu inceleme sonucunda, görünüşte çok şirketli bir yapı var olmakla birlikte, gerçekte tek bir işletme, şirket, ekonomik birim veya ünite gibi faaliyet gösteren bir yapının varlığı tespit edilebiliyorsa bu yapının tek ekonomik birim haline geldiği ifade edilebilir. Görüleceği üzere bu hususlar daha çok az sayıda şirketten müteşekkil, dışa kapalı topluluklarda karşılaşılabilecek durumlardır. Halka açık anonim şirketlerin yer aldığı, şeffaflığın ve kurumsal yönetim ilkelerinin yerleşik hale geldiği, kamu otoritelerinin denetimi altında olan büyük topluluklar açısından tek ekonomik birim kıstasının uygulanma kabiliyeti çoğu zaman söz konusu olmayacaktır. Ancak bu tip yapılar için de TTK m. 209'da düzenleme altına alınan güvenden doğan sorumluluk hükümleri alacaklı için önemli bir koruma sağlamaktadır¹²⁹⁸.

Yukarıda belirtilen hususları bir örnekle somutlaştırmak gerekirse Yargıtay 19. HD. E. 2015/6305 K. 2016/4589 sayılı ve 16.3.2016 tarihli kararı topluluğun yapısal özellikleriyle ilgili bir değerlendirmede bulunulmamış olması sebebiyle eleştirilebilir. Söz konusu olayda Yargıtay bir menfi tespit davasının kısmen kabulüne ilişkin temyiz incelemesini karara bağlarken, detaylı bir gerekçe belirtmeksizin sadece şartların oluşmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin tek ekonomik birimin varlığından bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“...Mahkemece, davacı ve dava dışı X ticaret sicil kayıtları, faturalara konu mal teslimine dair irsaliye içerikleri ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek benimsenen bilirkişi raporları doğrultusunda her iki şirketin ortaklık, yönetim yapısı ve adreslerinin aynı olduğu, malları teslim alan kişilerin belirli aralıklarla her iki şirkette de çalıştığının saptanması sonucunda şirketler arasında organik bağ bulunduğu, her iki şirketin tek bir ekonomik ünite olarak çalıştığı böylece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde davacının faturalara konu mal bedellerinden sorumlu bulunduğu... gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne... karar verilmiş(tir). ... Davacı ile dava dışı ihbar edilen ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketlerdir. Somut olayda perdenin aralanması teorisinin uygulanması gerektiğine dair bir durum söz konusu değildir. Bu itibarla davanın tümünden kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir”.

Yukarıda belirtilen somut olgulara göre söz konusu şirketlerin tek bir yapı gibi hareket ettiklerini gösterir önemli emareler bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda söz konusu

¹²⁹⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 203.

şirketlerin davaya konu borç doğurucu nizalı işleme taraflılığıyla sınırlı olarak yapılacak bir değerlendirme eksik kalacaktır. Konu şirketler topluluğu perspektifi içerisinde ele alınmalı ve öncelikle topluluğun yapısal olarak bir profili çıkarılmalı ve bu çerçevede topluluk hâkimi tespit edilmeli, ortaklık yapısı, paysahipliği, bağlı şirketlerin faaliyet konularına göre topluluğun yapılandırılma biçimi, yukarıda belirtilen ticaret sicil kayıtları, mal teslimine dair irsaliye içerikleri ve sair diğer delil değerlendirilerek hâkimiyet uygulamalarının niteliği gibi hususlar dikkate alınarak şirketler topluluğunun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği incelenmelidir.

Topluluğun tek ekonomik birim haline gelmesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve bu suretle sorumluluk ithafı için yeterli değildir. İlk aşamada yapılan inceleme sonucunda topluluğu tek ekonomik birim olarak tespit eden mahkeme bundan sonra ikinci aşamaya geçmeli ve bu yapının ortaya çıkardığı hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçlar üzerinde yoğunlaşmalıdır.

b) İkinci Aşama: Kınanabilirlik

Şirketler topluluğunun tek ekonomik birim olarak faaliyet göstermesinin bir perdeyi kaldırma sebebi olarak kabulü için bu durumun hukuk düzeninin benimsediği kurallarla çatışan, kınanabilir, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuran bir olgu olduğunun da detaylı bir gerekçeyle ortaya konulması gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere Yargıtay geleneksel perdeyi kaldırma davalarında iki aşamalı bir inceleme yapmaktadır¹²⁹⁹. Kısaca ifade etmek gerekirse ilk olarak davalı şirketin hâkim ortak tarafından bir perdeleme vasıtası olarak kullanılıp kullanılmadığı; yani araçsallaştırılıp araçsallaştırılmadığı incelenir. Eğer olgusal olarak bu durum tespit edilirse ikinci aşamada davalı hâkim ortağın bir borç veya yükümlülüğten kurtulma amacıyla aldattıcı veya hileli hareketlerde bulunup bulunmadığı araştırılır.

Tek ekonomik birim haline gelen bir şirketler topluluğunun varlığından bahisle perdenin kaldırılması ve bu suretle topluluğun sorumluluğu yoluna giderken bundan farklı bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Burada topluluk hâkiminin hileli ve aldattıcı olarak nitelendirilebilecek belirli davranışları değil, bunları da topluluğun yapısal özelliklerinin bir yansıması olarak hesaba katan; ancak esasında sorunun kaynağını, yani topluluğun yapısını odağına alan bir yaklaşım ileri sürülmektedir. Dolayısıyla burada şirket hâkim ortağının kusuru, hilesi veya aldattıcı davranışı başlıbaşına belirleyici olgular değildir.

¹²⁹⁹ Geleneksel perdeyi kaldırmada Yargıtay uygulamalarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Yuk. s. 88.

Diğer taraftan, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla yerleşik kural olan ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerini uygulama dışı bırakabilmek için bu kurallarda ısrarın haksızlığını gösterir bir moral ölçüte de ihtiyaç vardır. Aksi takdirde sadece topluluk hâkiminin bağlı şirketler üzerindeki hâkimiyetinin sorumluluk için yeterli olduğu yönünde yanlış bir kanıya varılabilir. Bu doğru değildir. Hâkimiyetin varlığı doğrudan sorumluluğa yol açan bir unsur olarak kabul edilemez¹³⁰⁰.

Geleneksel perdeyi kaldırma davalarında olduğu gibi burada da ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralı esas olup, ancak bir kötüye kullanma hali söz konusuysa sorumluluk doğabilecektir. Bu esas, hâkimiyetin en yoğun olduğu tek kişilik anonim şirketlerde dahi geçerliken, şirketler topluluğu söz konusu olduğunda farklı bir yaklaşım benimsemek tutarlı olmayacaktır. Dolayısıyla hâkimiyetin ve bağımlılık ilişkisinin varlığı yeterli olmayıp, bunların hukuk düzeniyle çatışma içerisinde olan, hakkaniyet duygularını zedeleyen unsurlar olarak göze çarpması perdenin kaldırılması açısından önem arz etmektedir¹³⁰¹. Yoksa özellikle kapalı, birkaç bağlı şirketten müteşekkil küçük topluluklarda gördüğümüz gibi topluluk hâkiminin bağlı şirketlerin faaliyetlerine müdahil olması, yön vermesi ortaya çıkan sonuç açısından bir haksızlık ve usulsüzlük olarak nitelendirilemiyorsa bunun bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilmesi oldukça güçtür¹³⁰². Bu bağlamda şirketler topluluğunun tek ekonomik birim olarak faaliyet

¹³⁰⁰ Yanlı, s. 185.

¹³⁰¹ ABD uygulamasında da genel olarak aşırı hâkimiyet uygulamaları ve bağlı şirketin bağımsız bir yapı olarak değerlendirilememesi en önemli unsur olarak görülmekle birlikte perdenin kaldırılabilmesi için destekleyici nitelikte ek bir unsurun var olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bu destekleyici unsur çoğunlukla mahkeme kararlarında bağlı şirketin yetersiz malvarlığıyla faaliyet yürütüyor olması şeklinde gösterilmektedir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 384.

¹³⁰² 1963 tarihli *Steven v. Roscoe Turner Aeronautical Corp.*, (324 F.2d 157) davasını bu noktada örnek gösterebiliriz. *Roscoe Turner* isimli dönemin ünlü havacısı gerçek kişi tacir RTAC ve TAC isimli şirketin hâkim ortağı konumundadır (eşiyle birlikte RTAC'ın %100, TAC'ın da %70 hissesine sahip olup bu şirketin beş kişilik yönetim kurulunun üçünü belirleyebilmekte ve bu şirketleri idare etmektedir). Bu şirketlerden RTAC havayolu araçları satış ve bakımı üzerine faaliyet göstermektedir. TAC isimli şirket de bu faaliyetlerin yanı sıra gündüz saatlerinde uçak kiralama suretiyle yolcu taşımacılığı da yapmaktadır. RTAC'in pilotları ve tamir elemanları TAC'in uçaklarında da çalışmaktadır. TAC'in *Meserve* adında genel bir yöneticisi bulunmakta olup bu şahıs topluluk hâkimi Roscoe Turner tarafından işe alınmıştır. Turner, *Meserve* isimli yöneticiye sadece RTAC ve TAC'in uçaklarıyla ve gündüz saatlerinde yolcu taşınabileceği talimatını vermiştir. *Meserve* isimli şahıs aynı zamanda *Huxtable* isimli bir pilotla birlikte *Wremco* isimli başka bir havacılık şirketinin de hissedarındır. Kötü hava koşulları sebebiyle tarifeli uçuşların iptalinden dolayı bir grup TAC'in yöneticisi olarak *Meserve* ile anlaşarak kendilerini gece uçuşuyla nakletmek üzere iki tek motorlu uçak kiralamışlardır. Bu uçaklardan birisini TAC diğerini ise *Wremco* isimli şirket temin etmiştir. TAC'in uçağını kullanan pilot *Meserve* uçuşu başarıyla tamamlarken diğer uçağı kullanan pilot *Huxtable* kaza yapmış ve bunun sonucunda bir yolcu hayatını kaybetmiştir. *Wremco*'nun tek malvarlığı düşen uçak olduğundan ölenin yakınları kira sözleşmesine taraf TAC ve kardeş şirketi RTAC isimli şirketlere de dava açarak alacaklarını talep etmişlerdir. Mahkeme bu şirketlerin Roscoe Turner tarafından yakından kontrol edildiğini tespit etmekle birlikte *Meserve*'nin kendisine verilen talimatlara uymayarak başka bir şirketten uçak kiraladığını ve gece uçuşu yaptığını belirterek RTAC ve TAC'in meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacakları sonucuna varmıştır.

gösteren bir yapıya bürünmesi, kişilerin mağduriyetine yol açtığı ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu ölçüde bir sorun olarak görülebilir.

Kınanabilirlik kavramı altında dikkat çekmek istediğimiz olgular, geleneksel perdeyi kaldırmanın iki aşamalı testinde aranan hile (*fraud*) seviyesine varmamakla birlikte yine de hakkaniyete aykırı, adalet duygusunu zedeleyen, hukuk düzeninin hedeflediği meşru amaçlarla çatışan olgulardır¹³⁰³. İngilizce hukuk literatüründe – özellikle ABD mahkemelerince – hile - aldatma gibi kasten yapılan usulsüzlükler seviyesine varmayan ihlaller için kullanılan “*moral culpability* (ahlaki kusurluluk)”, “*fundamental unfairness* (esaslı haksızlık), *unfairness* (haksızlık), *bad faith* (kötü niyet), *wrongdoing* (yanlış/kötü tutum), “*wrongful conduct* (suistimal)” gibi kavramların bir karşılığı olarak kapsayıcı bir ifade olması sebebiyle *kınanabilirlik* kavramını tercih ediyoruz¹³⁰⁴.

Tek ekonomik birim halinde faaliyette bulunan bir topluluk yapısı söz konusu olduğunda kınanabilirlik noktasında dikkati çeken farklı hususlar bulunmaktadır. Topluluğun ileride meydana gelebilecek sorumluluk ithamlarını boşa çıkarmak amacıyla tek şirket gibi yapılandırıldığı tespit edilebiliyorsa burada, malvarlığını şirket adı altında yapay setler kurarak bölümlere ayırma ve muhtemel alacaklılardan mal kaçırma şeklinde kendini gösteren kötünietli ve gayriahlaki kuruluş kınanabilir bir olgu olarak belirlemektedir. Mesela YHGK 01.07.2020 tarihli ve E. 2019/11-808 E., K. 2020/504 sayılı kararında, davalı konumundaki borçlu şirketin, sonradan asıl borçlu konumundaki bir başka topluluk şirketini ikame etmek üzere kurulduğunu tespit etmiş ve atıl durumda bırakılan şirketin borçlarından dolayı bu şirketin sorumlu olacağına karar vermiştir. YHGK bu sonuca varırken yeni kurulan davalı şirket ile asıl borçlu şirket arasında organik bağın ötesinde gerek yönetsel, gerekse mal varlığı açısından iktisadi bütünlük olduğunun ve bu şirketlerin birbirinin devamı mahiyetinde olduklarının altını çizmiştir. Bu

Dolayısıyla ortaya çıkan zarar yönünden topluluk hâkimine atfedilebilir bir usulsüzlük tespit edilemediğinden sadece topluluğun kontrol altında tutuluyor olması sebebiyle bağlı şirketlerin sorumluluğu yoluna gidilememiştir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 226.

¹³⁰³ Sözleşmeye dayalı bir alacak davasıyla ilgili olarak Texas İstinaf Mahkemesi, *National Marine Service* kararında, bağlı şirketin sermayesinin sadece 1000 USD olduğuna dikkat çekerek aşırı yetersiz sermaye (*gross undercapitalization*) ve tam bir hegemonya (*complete domination*) şartları söz konusuysa hilenin varlığına gerek duyulmaksızın perdenin kaldırılabilmesine karar vermiştir. Dolayısıyla mahkeme burada bu iki hususun varlığını nerdeyse hileyi ikame eden bir unsur olarak nitelendirmiştir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 413.

¹³⁰⁴ Mesela Oregon mahkemeleri hile seviyesine varmayan kasıt dışı ihlalleri haksızlık (*injustice*), ahlaki kusurluluk (*moral culpability*) veya usulsüz kullanım (*improper conduct*) gibi kavramlar dâhilinde görerek perdenin kaldırılmasına karar verebilmektedir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 354.409. Yine 1985 tarihli *Parker v. Bell Asbestos Mines Ltd* kararında (U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania - 607 F. Supp. 1397) May 6, 1985) mahkeme sırf hâkim şirketin sorumluluğunu tecrit etmek için bağlı şirket oluşturulmasını usulsüzlük (*wrong*) olarak nitelendirmiş ve perdenin kaldırılmasına karar vermiştir. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 116.

bağlamda asıl borçlu şirketle sonradan kurulan şirketin tek ekonomik birim olarak değerlendirildiği ifade edilebilir. Bu tespiti yapan YHGK bununla yetinmemiş ve kınanabilirlik açısından önemli bir tespitte daha bulunarak davalı şirketin, asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla ve kötü niyetle kurulduğunu belirtmiştir. Bu bulgular ışığında artık ayrı tüzel kişilik savunmasının hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağdaşmayacağını belirten YHGK tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılmasına ve her iki şirketin de sorumluluğuna hükmetmiştir¹³⁰⁵.

YHGK'nun *Tekmar* kararındaki bu yaklaşımı kınanabilirlik konusunu somutlaştırmada bize yardımcı olabilecek tespitler içermektedir. Bize göre topluluk şirketlerinin bu davada olduğu gibi kötüniyetle sonradan kurulmasıyla en başta hayata geçirilmesi arasında bir fark yoktur. Dolayısıyla benzer bir yaklaşımla, topluluğun hayata geçirildiği esnada dahi topluluk şirketlerinin ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarını boşa çıkarma amacıyla, kötüniyetle kurulduğu anlaşılabiliyorsa bu kınanabilir bir durum olarak dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda bağlı şirketler, gerçek ticari amaçları takip etmekten ziyade bir mal saklama aracı veya cep gibi kullanılmak üzere hayata geçirilmiş olabilir. Mesela yukarıda ele aldığımız *taxicab* kararları bu kapsamda değerlendirilebilir¹³⁰⁶. Bu davaya konu topluluklar, her iki taksi için bir şirket kurulmak suretiyle hayata geçirilmiştir. Böylelikle 50 – 100 şirketten oluşan topluluklar ortaya çıkmıştır. Aslında bu şirketler taksicilik veya taşımacılık faaliyetinin birer parçasıdır. Dolayısıyla ekonomik faaliyette bir bütünlük bulunmaktayken, hukuki görünüm bunun tam aksine çok parçalı bir yapı oluşturmaktadır. Her ne kadar görünüşte 50 – 100 şirketten oluşan bir topluluk bulunsun da faaliyet, tek merkezden, aynı yöneticiler tarafından idare edilmekte; aynı iletişim kanalları kullanılmakta; aynı çalışanlar karışık bir şekilde topluluk şirketlerinde hizmet sunmakta; bir şirketin taksisini bir diğeri kullanmakta ve buna benzer şekillerde bağlı şirketler arasındaki

¹³⁰⁵ “...sonradan kurulan davalı *Tekmar Mermer ve Maden İşletmeleri Üretim İhracat ve Tic A.Ş.*’nin asıl borçlu davalı şirketin aktif değerleri ile aynı sektörde faaliyetine devam ettiği, asıl borçlu şirketin ise gayri faal ve borçlarını ödeyemez durumda olduğu, bu itibarla yeni kurulan davalı şirket ile asıl borçlu şirket arasında organik bağın ötesinde **gerek yönetsel, gerekse mal varlığı açısından iktisadi bütünlük olup birbirinin devamı mahiyetinde oldukları** gözetildiğinde, sonradan kurulan davalı *Tekmar Mermer ve Maden İşletmeleri Üretim İhracat ve Tic A.Ş.*’nin **asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla ve kötü niyetle kurulduğunun** kabulünü gerektirmektedir. ... tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak aralanması koşullarının oluştuğu, artık hukuki bakımdan mevcut olan duruma göre değil de fiili duruma göre karar verilmesi gerektiği, davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, bu itibarla asıl borçlu davalı *Tekmar Mermer Madencilik Sanayi ve Dış Tic. A.Ş.*’nin davacı bankaya olan borcundan dolayı diğer davalı *Tekmar Mermer ve Maden İşletmeleri Üretim İhracat ve Tic A.Ş.*’nin de sorumlu olduğunu tartışmasız hâle getirmiştir...(koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir)”

¹³⁰⁶ *Taxicab* kararlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 295.

şahsiyet ve malvarlığı ayrılığına önem verilmeksizin bir işletme faaliyeti yürütülmektedir. Kısacası ekonomik anlamda bir işletme birliği olmasına rağmen girişimin hukuki boyutu çok parçalı bir yapıya sahiptir. Bu sayede taksilerden birisi bir kazaya karıştığında, mağdur, malvarlığı sadece iki taksiden oluşan bir şirkete müracaat edebilecek; faaliyetin geri kalan kısmı bu durumdan hiçbir şekilde etkilenmeyecektir. Çoğu zaman söz konusu şirketin malvarlığı zararı karşılamayacağından zarar, kendisini alacaklı konumunda bulunan haksız fiilin mağduru üzerinde bırakılacaktır. Bu davalardan birinde, *Mull v. Colt Co.*¹³⁰⁷, mahkeme, malvarlığının ayrı şirketler arasında bölüştürülerek ayrıştırılmasının altında yatan sebebi, taksicilik faaliyetinin üçüncü kişilerde sebep olabileceği zararların tazmininden kaçınma olarak tespit etmiştir¹³⁰⁸. Bu bağlamda malvarlığının bölümlere ayrılarak birbirinden izole edilmesi, mahkeme açısından ahlak, dürüstlük ve adalet kavramları dikkate alındığında sorunlu bir uygulamadır¹³⁰⁹. Mahkeme, şirketlerin bağımsızlığının fiilen sona erdiği veya hiç başlamadığı bir çıkar ve mülkiyet birliğinin varlığına rağmen ayrı tüzel kişilik kurgusuna bağlı kalmanın, yalnızca adalet ve hakkaniyeti alt etmeye hizmet edeceğini belirtmektedir. Böyle bir yaklaşım topluluğa dâhil bir şirketin tüm işletme yararına yürüttüğü bir faaliyetten kaynaklanan sorumluluktan bütün bir ekonomik kuruluşun (*economic entity*) kaçmasına izin vermektedir.

Diğer benzer şekillerde de gerçek ticari faaliyetlerde bulunmaktan ziyade toplumu aldatma veya ileride meydana gelebilecek zararları dışlama amacıyla paravan şirketlerden oluşan bir topluluğun hayata geçirilmesi, sorumluluğa yol açabilecektir. Böyle bir amacın varlığını araştıran mahkeme önüne gelen davada halin icabı gereği *ex post* bir inceleme yapacaktır. Başka bir deyişle, eldeki tüm verileri geçmişe dönük bir bakış açısıyla değerlendirerek topluluğu hayata geçiren girişimcilerin amacını tespit etmeye çalışacaktır. Böyle amaçlarla bir topluluk yapısının hayata geçirilmesi aslında ilk bölümde incelediğimiz geleneksel perdeyi kaldırmada sıklıkla

¹³⁰⁷ 31 F.R.D. 154, 156-57 (S.D.N.Y. 1962). Haksız fiil mağduru davacı, kendisine çarparak ciddi şekilde yaralayan taksinin sahibi olan *Colt* isimli şirketle birlikte aynı gruba mensup diğer bağlı şirketleri ve onların hâkim ortağı konumundaki gerçek kişileri dava etmiştir. Davanın konusu bütün ekonomik kuruluşun sorumluluğu amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır (*pierce the corporate veil for the purpose of holding the entire economic entity liable*). Davacı, davasını desteklemek için çeşitli iddialarda bulunmuştur. Perdeyi kaldırma davalarında önemli olan kınanabilirlik konusunda altını çizdiği husus ise şudur: “Aynı ekonomik ünite tarafından işletilen taksilerin sahipliğini yapmak üzere yetersiz malvarlığına sahip 100 şirket kurmaktaki tek amaç, bir gün bu taksiler tarafından yaralanabilecek şahısların da içinde yer aldığı kamuoyunu aldatmaktır.”

¹³⁰⁸ Mahkeme *Teller v. Clear Service Co.*, kararına atıfla şu hususların altını çizmiştir: “(1) taksilerin kusuru sonucunda ortaya çıkan şahsi zararların tazmini noktasında halk yeterince koruma altında değildir; (2) büyük taksi filolarının gerçek sahipleri çoğunlukla kamuyu aldatmak için şirket gibi kurumsal yapıları araç olarak kullanmaktadır; ve (3) Devlet ve belediye, taksilerin yol açtığı kusurlu ölüm ve yaralama olaylarından dolayı tazminat ödemekten kaçınmalarını sağlayan hukukileştirilmiş yaygaranın bilinçsiz işbirlikçisi haline gelmiştir”

¹³⁰⁹ Rhee, R. J., “Bonding limited liability”. *William and Mary Law Review*, Vol. 51, Issue:4, 2010, pp.1417-1488, s. 1454.

karşılaşılan, bir borçtan kaçınma veya bir yükümlülüğü gizleme amacıyla şirket yapısının araçsallaştırılmasıyla benzerlik göstermektedir¹³¹⁰. Yalnız burada geleneksel perdeyi kaldırmadaki durumda olduğu gibi belirli bir borçtan ya da yükümlülüğten kaçınmak için şirket tüzel kişiliğinin istismarından farklı olarak, gelecekte ortaya çıkabilecek sorumluluk hallerinden kaçınmak için önlem alınması ve bu bağlamda topluluk yapısının kötüye kullanılması söz konusudur. Dolayısıyla klasik anlamda belirli bir kişiye karşı hile veya aldatmadan ziyade kamunun aldatılmasından bahsedilebilir. Böyle bir yapılandırma bu sebeple kınanabilir bir topluluk yapısıdır. Mesela yukarıda tartıştığımız ortaklık sertifikası adı altında sermaye toplanmasıyla ilgili davalar bu kapsamda değerlendirilebilir¹³¹¹. Bu davalara konu topluluk şirketleri de çok şirketli bir yapı altında ekonomik faaliyetlerde bulunmaktan ziyade topluluğa hâkim iradenin birtakım hileli amaçlarını perdelemek veya kolaylaştırmak için hayata geçirilmiştir. Böyle bir topluluğun oluşturulması kamuya karşı bir hile olarak değerlendirilmelidir. Yargıtay da bu bakış açısıyla konuya yaklaşmış, topluluğu kuran ve yöneten gerçek kişilerin hileli amaçlarına vurgu yaparak topluluk şirketlerinin tek şirket gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³¹².

Bununla birlikte işletme faaliyetinin tek şirket çatısı altında yürütülebilecekken çok şirketli bir yapı altında yürütülüyor olması başlı başına kınanabilir bir olgu olarak nitelendirilemez. Böyle bir yapının varlığı iktisadi olarak haklı, tutarlı ve mantıklı gerekçelerle izah edilebiliyorsa burada kınanabilir bir durumdan bahsedilemez. Mesela bir topluluk yatay bir büyüme stratejisi güdüyor ve bu kapsamda coğrafi olarak yayılma veya sektörel olarak genişleme yoluna giderek yeni kuruluş veya devralmalar vasıtasıyla topluluk bünyesine yeni bağlı şirketler katıyorsa bu anlaşılabilir, makul bir gerekçe olarak dikkate alınmalıdır. Böyle bir durumda, ileride doğabilecek borç veya yükümlülüklerle karşı önlem alma amacıyla paravan şirketlerden müteşekkil bir topluluğun hayata geçirildiği; sınırlı sorumluluğu daha da sınırlandırmak için malvarlığını bölümlendirmek amacıyla kurulan şirketlerden kurulu bir topluluk yapısının varlığı

¹³¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 95.

¹³¹¹ Bu davalarla ilgili bilgi için bkz. Yuk. s. 363.

¹³¹² Benzer bir değerlendirmeyi özel hastanecilik sektöründe son yıllarda yaygınlaşan çok şirketli yapılar için de yapmak mümkündür. Bazı özel hastanelerin, hastanede çalışan doktorlarla iş sözleşmesi yapmak yerine, onları şirket kurarak hizmet sunucusu olmaya zorladıkları görülmektedir. Bu uygulamanın altında yatan asıl sebep tıbbi hatalardan kaynaklanabilecek tazminat taleplerini dışlamaktır (*externalisation of liability*). Aslında çalışan konumundaki doktorların şirket kurdurularak kâğıt üzerinde de olsa hizmet sunucusu olmaları halinde, hizmet satın alan konumuna geçen ana şirketin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda zarar ya kendini alacaklı konumunda bulan hastanın ya da söz konusu doktorun paysahibi olduğu şirketin üzerinde bırakılacaktır. Öte yandan hastaneyi işleten şirket, işveren yerine hizmet satın alan olarak vasıflandırılmakla, iş mevzuatının çalışanlar lehine öngördüğü yükümlülüklerden kurtulmayı hedeflemektedir. Belirtilen amaçlarla çok şirketli bir yapı oluşturulması kamuyu aldatmaya yönelik bir eylem olarak değerlendirilmelidir.

veya başka bir suretle meşru ticari amaçların takibinden ziyade, birtakım hileli amaçları gizlemek amacıyla şirketler topluluğunun sağladığı yapılandırmanın kötüye kullanıldığı gibi iddiaların kabulü mümkün olmayacaktır.

Kamuyu aldatmaya yönelik amaçlarla bir topluluğun hayata geçirildiği açıkça tespit edilemese bile topluluk şirketlerinin aşırı derecede iç içe geçmiş bir vaziyette, birlikte faaliyet gösteriyor olmaları da kınanabilir bir durum olarak görülebilir. Özellikle asıl borçlu konumundaki bağlı şirketin malvarlığına el atılması; doğrudan alacaklıdan mal kaçırmak için topluluk şirketlerinin bir cep gibi kullanılması veya diğer yollarla bağlı şirketin alacaklıya olan borcunu ifa etmesinin önüne geçilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir¹³¹³. Kınanabilirlik açısından dikkat edilmesi gereken konu topluluk hâkiminin, topluluğu idare ederken benimsediği müdahale uygulamalarının niteliğidir. Bu bağlamda geleneksel perdeyi kaldırmada aranan davranışsal kontrolden ziyade bağlı şirketin ekonomik anlamda kontrolü üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır¹³¹⁴. Topluluk hâkiminin müdahalelerinin yoğunluğu ve kapsamı, topluluğu sevk ve idare tarzı, topluluk şirketlerinin birbirleriyle olan etkileşimi ve entegrasyon seviyesi gibi konular bu bağlamda bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır¹³¹⁵.

Somut örnek vermek gerekirse şirketler hukukunun öngördüğü usule ilişkin formalitelere uyulmaması; bağlı şirket malvarlığının kullanılması veya hortumlanması gibi hususlar, yine bağlı şirkete ait malvarlığı değerlerinin diğer şirketlerinkiyle karıştırılması; yetersiz sermaye, ortak yönetim, ticari faaliyet, banka hesapları ve sair yollarla dış dünyaya aldatıcı bir görünüm verilmesi; bağlı şirketin bir başka şirket veya kişinin menfaatlerine hizmet etmekten başka bir

¹³¹³ Mesela 2020 tarihli bir başka kararında YHGK (T. 25.2.2020 ve E. 2017/19-914, K. 2020/197) bir istirdat davasıyla ilgili olarak şirketlerin aşırı derecede iç içe olmasını sorunlu bulmuş ve Daire kararına direnen ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır: “... 25.08.2010 tarihinde yapılan haciz sırasında borçlu Karyapı Proje Üretim Lojistik İnşaat Taah. San. ve Tic. A.Ş'nin sigortalı hizmet listesi çıktısı, davacı Medika Tıbbi ve End. Gaz. Ekipm. İml. Taah. Tic. ve San. A.Ş'nin işyerinde bulunmuştur. Dosya kapsamına göre ayrıca davacı Medika Tıbbi ve End. Gaz. Ekipm. İml. Taah. Tic. ve San. A.Ş'nin vergi levhasında yazılı adresinin, borçlu Karyapı Proje Üretim Lojistik İnşaat Taah. San. ve Tic. A.Ş'nin ticaret sicil adresi olduğu anlaşılmış, getirilen ticaret sicil kayıtlarında S. K., L. Ü. K. ve A. Y.'ün her iki şirkette de kurucu ortak olduğu görülmüştür. Yukarıda sayılan hususlar bir arada değerlendirildiğinde; davacı ile borçlu şirketlerin iç içe birlikte faaliyette bulundukları, şirketlerin alacaklılardan mal kaçırma amacıyla tüzel kişilik perdesinden yararlanmaya çalıştıkları, somut olay bakımından perdenin aralanması koşullarının oluştuğu kanaatine varılmıştır.”

¹³¹⁴ Dearborn, s. 250.

¹³¹⁵ Blumberg, Corporate Groups, s. 186. Blumberg özellikle şu hususların bir bağlı şirketten dolayı sorumluluk meselesinin gündeme geldiği perdenin kaldırılması talepli davalarda dikkate alındığını belirtmektedir:

- 1) Ana şirketin aşırı müdahaleci kontrolü,
- 2) Normalin ötesinde bir ekonomik entegrasyon,
- 3) Dışa karşı ortak bir topluluk görüntüsü,
- 4) Topluluğa mali olarak bağımlılık,
- 5) Topluluğa idari olarak bağımlılık,
- 6) Yetersiz sermaye,
- 7) Formalitelere uymama.

işlevinin olmaması gibi hususlar sıklıkla karşılaşılan kınanabilir hâkimiyet uygulamaları olarak vurgulanabilir. Kontrol gücüne sahip olmakla birlikte bağlı şirketlerin tüzel kişiliğine saygı göstermekle yükümlü olan topluluk hâkiminin bu tip sorunlu hâkimiyet uygulamaları dava konusu olayla bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.

Dikkat edileceği üzere bu hususlar aynı zamanda yukarıda, ilk aşamada topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği araştırılırken de göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla bu konular topluluğun aşırı hâkimiyet uygulamaları sonucunda tek ekonomik birim haline gelip gelmediği yönüyle ilk aşamada ele alınırken; hukuken sorunlu, kötü hâkimiyet uygulamalarına örnek olmaları itibarıyla ikinci aşamada, kınanabilirlik meselesiyle ilgili olarak da göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla mahkeme topluluğun tek şirket gibi bir yapılandırmaya büründüğü veya böyle faaliyet gösterdiği iddiasını incelerken, topluluk hâkiminin bu iddiaları destekler nitelikte eylem ve işlemlerini, bir bütün halinde kınanabilirlik bağlamında da dikkate alabilir. Mesela uygulamada en sık gündeme gelebilecek konulardan birisi bağlı şirketin sermaye ve malvarlığının yeterliliği olacaktır. Bağlı şirket, görünen faaliyetlerine oranla yetersiz bir sermaye ile faaliyet gösteriyorsa bu, şirketin bağımsız kişiliğiyle ilgili sorunlu bir durum olarak ortaya çıkacaktır; çünkü böyle bir şirket devamlı suretle finansal desteğe ihtiyaç duyacaktır. Bu sebeple yetersiz sermaye bir yönüyle bağlı şirketin topluluk hâkiminin bir aracı haline geldiğini gösterdiği ölçüde, topluluğun yapısal durumuna ilişkin bir olgu olarak dikkate alınabilir¹³¹⁶. Benzer şekilde bağlı şirketlerin mali olarak topluluk hâkimine bağımlı olması onların hukukun öngördüğü gibi ayrı, bağımsız veya en azından özerk bir hareket alanına sahip olmadıklarına işaret etmektedir. Bu anlamda bağlı şirketin kendi kaynaklarından ziyade topluluk tarafından sağlanan mali kaynaklarla işlerini yürütmesi, devamlı topluluk şirketlerinden borç alması, borçlarının topluluk hâkimi tarafından ödenmesi gibi hususlar onun mali olarak bağımlı olduğunu gösterir¹³¹⁷. Aynı olgu diğer taraftan topluluk hâkiminin muhtemel zararları dışlama yönündeki amacının da bir göstergesidir. Zira topluluk hâkimi özellikle sorumluluk açısından

¹³¹⁶ Mesela *Tigrett v. Pointer*, 580 S.W.2d 375 (Tex. Civ. App. 1979) kararında mahkeme şirketler topluluğuna dahil şirketlerden birinin sözleşmeden kaynaklanan borcundan dolayı kardeş şirketlerin de tek işletme (*single business enterprise*) olduklarından bahisle sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu borçlu şirketin adil olmayan bir araç/aygıt (*unfair device*) durumunda olduğu tespitinde bulunmuş ve böyle bir durumda ayrı banka hesabı, düzenli tutulan defterler ve muhasebe kayıtları gibi hususlar olsa dahi perdenin kaldırılabilmesine hükmetmiştir. Mahkeme bağlı şirketin yetersiz sermaye ve malvarlığıyla faaliyet gösteriyor olmasını onu bir araç olarak kabul etmek için yeterli görmüştür. Bunun yanı sıra mahkeme ana şirketin hâkim ortağı olarak bulunan davalı şahsın da aşırı miktarlarda kâr payı dağıtımı gibi bağlı şirketin sorumsuz hareketleriyle bağlı şirketi borçlarını ödeyemez hale getirmesi ve alacaklılara karşı özen yükümlülüğüne (*fiduciary duty*) aykırı davranması sebebiyle sorumlu olacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme hâkim ortağın aldatma amacıyla hareket edip etmediği üzerinde hiç durmamıştır. **Blumberg**, Corporate Groups, s. 409, 413.

¹³¹⁷ **Blumberg**, Corporate Groups, s. 198.

riskli faaliyetlerde bulunan bağıli şirketlerde sorumluluğu kendi üzerinden atmak (*externalization*) için olabildiğince az mal bırakmış olabilir. Böyle bir durumda bağıli şirketin bilinçli olarak yetersiz sermayeyle faaliyete zorlanması aynı zamanda kınanabilir bir davranıştır. Yine aynı şekilde bağıli şirketlerin malvarlıklarının ve hukuk alanlarının birbiriyle karışması, kardeş şirketler arasındaki sınırların fiiliyatta ortadan kaldırıldığı anlamına gelebilir. Bu kapsamda, ortak merkez, işyeri ve yöneticiler, çalışanların ortak kullanılması gibi hususlar bir yandan topluluğun yapısal olarak tek ekonomik birim haline geldiğini gösterirken, öte yandan dış dünyaya verilen izlenim itibarıyla de kınanabilirlik açısından göz önünde bulundurulmalıdır. Zira iş bağlantıları yaparken dış dünyaya topluluk hâkiminin teminatı altında, münferit şirket gibi faaliyet gösteren bir yapı izlenimi veriliyor; buna karşılık, sorumluluk söz konusu olduğunda bağıli şirketlerin ayrı tüzel kişilikler olduğu belirtilerek sorumluluk dışlanmaya çalışılıyorsa bunun aldatıcı, kınanabilir bir tutum olduğu dikkate alınmalıdır.

Bilinçli bir tasarımın sonucunda veya fiili olarak ortaya çıkan tek ekonomik birim olarak değerlendirilebilecek bir yapılandırmayı kınanabilir kılan en önemli sebeplerden birisi böyle bir topluluk yapısının nimet – külfet dengesini bozan ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açan bir olgu olarak ortaya çıkmasıdır. Tek şirket gibi bir yapıyla faaliyet gösteren bir şirketler topluluğunda topluluk hâkiminin iradesi dışında bir işlem yapılması haliyle mümkün değildir. Dolayısıyla gerçekte bir şirket bölümü veya şube gibi işlev gören bağıli şirketlerin işlem ve eylemlerinin faydalı sonuçlarından yararlanan topluluk hâkiminin iş sorumluluğuna gelince bunların ayrı tüzel kişilik olduklarını iddia ederek ortaya çıkan olumsuz sonuçları dışlaması nimet – külfet dengesini bozan hakkaniyete aykırı bir davranış olacaktır.

Kınanabilirlik unsurunu somutlaştırmak gerekirse Yargıtay 11 HD. 2016/9387 E., 2018/2071 K. No'lu ve 19/03/2018 tarihli bozma kararı bu anlamda iyi bir örnek olabilir.

Söz konusu karara konu olayda davacı kendi borçlusu dava dışı K Ltd'ye karşı başlattığı icra takibine konu borçtan davalı C.C Ltd. ile birlikte her iki şirketin de ortağı olan gerçek kişiler A.C. ve D.C.'nin de müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesini talep etmektedir. Bu kapsamda davacı ticaret sicil kayıtlarına göre eskiden her iki şirketin de adresinin ortak olduğu; sonradan dava dışı şirket için küçük ve boş olduğu tespit edilen bir dükkânın adres olarak belirlendiğini; haciz mahallinde borçlusu K Ltd'ye ait tediye makbuzu ve evrakına rastlandığını ileri sürmektedir. Bununla birlikte her iki şirketin müdürü, ortakları ve faaliyet alanları da aynıdır. Şirketlerin mal alışlarını borçlu K Ltd, satışlarını ise davalı şirket C.C Ltd üzerinden yaptığı iddia edilmektedir. Bu iddialara karşılık davalı şirket C.C de borçlu K Ltd

tarafından üretilen malları pazarladığını; esasında kendisinin de alacaklı olduğunu ifade ederek davanın reddini talep etmiştir. Sonuç olarak mahkeme davalıların, haklarında yapılmayan bir icra takibinden usulen sorumlu tutulamayacakları; borçlu ve davalı şirketin ortakları aynı ise de tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin hayata geçirilebilmesi için şirketlerin dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde birlikte hareket etmeleri gerektiği; somut olayda buna ilişkin delil bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay'ın aşağıya alıntıladığımız gerekçeyle verdiği bozma kararı yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların somutlaştırılması açısından oldukça önemlidir:

“...Tüzel kişiliklerde mal ayrılığı ilkesi geçerli olup, tüzel kişinin malvarlığı onun ortaklarının ve onun yönetiminde bulunan organları oluşturan kişilerin ve kardeş ortaklıkların malvarlığından bağımsız ve ayrıdır. **Eğer kişilik ve mal varlığı ayrılığı ilkesi uygulanmıyorsa yani malvarlıkları birbirine karışmışsa ve bu durumdan 3. kişiler zarar görüyorsa**, art niyetle ve hesabi davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesi ardına sığınılmış ise bu durumda TMK'nin 2. maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır. Somut olayda davacı, **alacağını borçlu şirketten alamadığına ve davacı tarafından, borçlu şirket ile davalıların organizasyonları ile malvarlıklarının birbirine karıştığı da iddia edildiğine göre, davalı tarafa ait ticari defterlerin de incelenmesi suretiyle borçlu ile davalıların malvarlıklarının karışıp karışmadığı**, tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılarak davalıların, dava dışı K. Gıda İmalat İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin borcundan sorumlu tutulup tutulamayacağının değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden de bozulmasını gerektirmiştir.¹³¹⁸”

Tavsiye ettiğimiz yaklaşıma göre olay olgularını yeniden vasıflandırma yoluna gidersek daha tutarlı bir uygulamaya kapı aralayabiliriz. Öncelikle yapısal olarak davaya taraf şirketler ve gerçek kişiler bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla davalılardan A.C isimli gerçek kişinin hâkimiyeti altında bulunan K Ltd ve C.C. Ltd isimli iki bağlı şirketten müteşekkil bir şirketler topluluğu bulunmaktadır. Topluluk hâkimi her iki şirketi tek bir şirket gibi idare etmekte; şirketlerden birisini mal tedariki diğerini ise satış işlemleri için kullanmaktadır. Bu durumda şirketler ortak bir işletme faaliyetinin parçasını oluşturmakla esasında topluluk hâkimiyle birlikte tek ekonomik birim teşkil etmektedir. Dolayısıyla ilk aşamada tespit edilmesi gereken tek ekonomik birim haline gelmiş olma şartı gerçekleşmiştir. Buna göre ikinci aşamaya geçilerek, bu topluluk yapısının kınanabilir olup olmadığı incelenmelidir. Eldeki verilere göre, mevcut yapılandırmanın, ortaklık sertifikası davalarında gördüğümüz topluluklar gibi ileride doğabilecek borç veya yükümlülüklerle karşı önlem amacıyla hayata geçirilen paravan şirketlerden müteşekkil bir topluluk olduğu tespit edilememektedir. Topluluğun bu suretle kamuya karşı hile oluşturacak bir biçimde kötüniyetle hayata geçirildiği tespit edilemediğinden, topluluk hâkiminin aşırı ve sürekli müdahaleleri sebebiyle sonradan tek

¹³¹⁸ Metinde bulunan koyu karakterler tarafımızca eklenmiştir.

ekonomik birim haline geldiğini kabul etmek icap eder. Dolayısıyla topluluk hâkiminin kötünüyetini açık bir şekilde anlayamadığımızdan, kınanabilirlik konusunda topluluk hâkiminin kötü hâkimiyet uygulamaları dikkate alınacaktır. Zira bize göre sadece tek şirket gibi bir yapıya bürünmüş olmak tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması için yeterli değildir. Hakkaniyet duygularını zedeleyen, haksızlık olarak adlandırılabilir, topluluğun sadece yapısal olarak değil ahlaki olarak da sorunlu olduğunu gösterir olguların varlığına ihtiyaç vardır. Bu somut olayda malvarlıklarının ve organizasyonların birbirine karıştırılması bu anlamda ele alınması gereken kınanabilir bir olgudur. Bu durumda artık davalıların ayrı tüzel kişilik savunmasında bulunmaları hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edecektir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında kabule göre topluluğun tek bir ünite veya birim olduğu tespit edilerek davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarına karar verilebilir.

Bu örnek kararda incelenen topluluk, bir işletme faaliyetinin belirli aşamaları şirketleştirilerek kurulan dikey bir topluluktur. Örneğini *taxicab* kararlarında gördüğümüz, aynı işletme faaliyetinin birden fazla şirket eliyle yürütüldüğü yatay topluluklarla ilgili olarak Yargıtay 3 HD.'nin E.: 2019/593, K.: 2019/9655 sayılı ve 03.12.2019 tarihli kararı incelenebilir. Karara konu olayda davacı, Artvin ilinde bulunan bir maden alanıyla ilgili olarak maden ruhsatnamesi sahibi olduğunu, 1989 yılında C. Madencilik Sanayi AŞ. ile Ekim 1989 başlangıç tarihli rödovans sözleşmesi imzaladıklarını; davalıların müşterek kusurlu hareketleri ile idare mahkemesi tarafından ruhsatnamenin iptal edilmiş olduğunu; davalıların ruhsatnamenin iptaline yol açtıkları ve hak sahibi olduğu maden sahasındaki menfaatlerinin yok olduğunu; sözleşmeden umulan gelirden mahrum kalması sebebiyle uğradığı zararın davalı şirketler tarafından müştereken ve müteselsilen tazminini talep etmektedir. Davacı bu talebini davalı şirketlerin adreslerinin ve ortaklarının aynı olması, genel kurullarının aynı gün yapılması gibi olgulara dayandırmaktadır. Davalı tarafında bulunan şirketlerden A. Madencilik San. ve Tic. A.Ş. ilk ünvanının C. Mad. San. A.Ş. iken önce, Teck C. Mad. San. AŞ. sonra A. Bakır İşletmeleri A.Ş. olarak değiştirdiğini; son olarak da mevcut ünvanı aldığını belirtmiş ve sözleşmeye taraf olmakla birlikte ruhsatın iptaliyle ilgili bir kusurunun bulunmadığını savunmuştur. Diğer davalı şirketler Ç. Bakır İşletmeleri A.Ş. ile T. Madencilik San. Tic. A.Ş sözleşmeye taraf olmadıklarını, ayrı birer tüzel kişilik olduklarını, dolayısıyla husumet yokluğundan davanın reddi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İlk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiş; istinaf incelemesinde bulunan Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) de kararı onamıştır. Temyiz üzerine davayı inceleyen Yargıtay ise aşağıda özetlenen gerekçeyle bozma kararı vermiştir:

“...Davacı, davalı şirketlerin ortaklık yapıları ve faaliyet alanlarının, adreslerinin aynı olduğu, davalılar arasında organik ve hukuki bağın bulunduğunu ileri sürerek müşterek borçluluğunun kabulüne karar verilmesini talep etmiş ise de, yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin sınırlı sorumluluk ilkesinden kötüniyetle yararlanmak isteyen şirket ortaklarına yönelmeyi sağlayan bir teori olduğu, dosya kapsamından davalıların sınırlı sorumluluk ilkesinden kurtulmak için işlemler yaptığının iddia ve ispat edilemediği, adres ayniyetlerinin faaliyet alanlarının aynı olmasının şirket kurucularının aynı olmasının genel kurullarının aynı gün yapılmasının tek başına davalıların müteselsil sorumluluğu için yeterli olmayacağı, şirketlerin unvan benzerliği ve ortaklık yapısının doğrudan doğruya perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını sağlamayacağı, kaldı ki davalı şirketlerin ortaklık yapısı ve yönetim kurulu yapısının kuruluş aşamasında farklı olduğu, davalıların tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak mal kaçırma ya da alacağın tahsilini imkânsız hale getirme yönünde eylemde bulunduğu iddia ve ispat edilemediği, ortada borçluyu gizleyen bir perde (örtü) bulunmadığı, kötü niyetle ve mal kaçırma gayesi ile mevcudu eksiltmeye yönelik tasarruflarla ilgili olarak yasal şartların varlığı halinde tasarrufun iptali, muvazaa nedeniyle işlemin iptali gibi hukuki sürecin işletilmesinin mümkün olduğu ve yukarıda ifade edildiği üzere “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu ve somut uyumalık bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşmadığı ve sözü geçen şirketler farklı tüzel kişiliklere sahip oldukları da nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

Bu kararda Yargıtay geleneksel perdeyi kaldırma teorisinin uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığıyla sınırlı bir analiz yapmıştır. Sonuç olarak açıkça bu şekilde ifade edilmese de davalı şirketler Ç. A.Ş. ile T. A.Ş.’nin bir perdeleme vasıtası olarak araçsallaştırılmadığı ve mal kaçırma ya da alacağın tahsilini imkânsız hale getirme şeklinde somutlaştırılabilecek aldatici / hileli davranışların tespit edilemediği belirtilmiştir. Bu tespitlere bağlı olarak bu davalı şirketlerin davaya konu sözleşmenin tarafı olmadıkları yönündeki savunmaları haklı bulunmuştur. Önerdiğimiz şekilde şirketler topluluğu perspektifiyle topluluğun yapısal özelliklerini dikkate alan bir uygulama benimsenmiş olsa daha farklı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir.

Benzer bir davada öncelikle davalı şirketlerin bir tek ekonomik birim haline gelip gelmedikleri araştırılmalıdır. Eldeki karardan davalı şirketlerin aynı hâkimiyet bağıyla bağlı olup olmadıkları anlaşılamamaktadır. Ancak davalı üç şirkette de ortakların ve yöneticilerin aynı şahıslar olduğu dikkate alındığında bunun kuvvetle muhtemel olduğu ifade edilebilir. Öyle olmasa dahi davalı şirketler arasında organik bağın varlığı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Her üç şirketin de madencilik faaliyetiyle iştigal ediyor olmaları, ortak adres, ortak yönetici ve çalışanlar, toplantı ve sair usule ilişkin işlemlerin eşgüdüm içerisinde yapılıyor olması gibi hususlar davalı şirketlerin hâkimiyet tespit edilemese bile organik bağa dayalı bir yatay şirketler topluluğu olarak tanımlanmalarına olanak tanımaktadır.

Bu topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediğinin tespiti için daha ileri tetkiklere ihtiyaç vardır. Öncelikle bakılması gereken konu bir işletme birliğinin olup olmadığıdır. Bu şirketlerin aynı madencilik faaliyetinin belirli parçalarında yer alan, birer şube

olarak değerlendirilebilecek nitelikte tek elden koordine edilen şirketler olup olmadıkları araştırılmalıdır. Eğer öyleyse bu yapılandırmanın bilinçli olarak mı tercih edildiği yoksa hukukun belirlediği sınırları aşan hâkimiyet uygulamaları sonucunda mı ortaya çıktığı ele alınması gereken ikinci bir husustur. Dolayısıyla girişime özgülenen malvarlığını muhtemel alacaklıların taleplerine karşı önlem amacıyla bölümlere ayrılıp ayrılmadığı ve bu suretle işletme faaliyetinin aşırı bölümlendirilmesi yoluyla şirketler topluluğunun hayata geçirilip geçirilmediği incelenmelidir. Eldeki veriler topluluğu hayata geçiren girişimcilerin kanunun bahsettiği birtakım vergi kolaylıkları, ortak yönetim ve finans, topluluk yapısının sağladığı sinerji gibi birtakım meşru amaçlardan ziyade ileride karşılaşılabilecekleri sorumluluk iddialarını savuşturmak gibi kötüniyetli amaçlarla çok şirketli bir yapı kurduklarını tespiti imkân vermemektedir. Bu hususun daha detaylı incelenmesi gerekmektedir. Davanın temelinde bulunan sözleşmeye taraf olmadıkları yönünde savunmada bulunan davalı şirketlerin gerçekten kendilerine ait bir işletme faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı; bir ekonomik bütünlük oluşturacak nitelikte iç içe geçip geçmedikleri; aynı ortak ve yönetim yapısına sahip bu şirketlerin bir girişimin şubesi gibi hareket edip etmedikleri veya mal saklama aracı bir cep gibi kullanılıp kullanılmadıkları; kural dışı malvarlığı ve sermaye transferlerinde bulunup bulunmadıkları, üçüncü kişilere karşı sanki tek bir yapının parçasıymış gibi bir intiba uyandırıp uyandırmadıkları ve benzeri hususlar bu kapsamda ele alınmalıdır.

Şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan bu sorunlara genel perdeyi kaldırmada benimsenen yöntem ve kıstasların bir çözüm getirmediğini görmek açısından da bu karar örnek niteliğindedir. Somut olayda Yargıtay, davalıların tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak mal kaçırma ya da alacağın tahsilini imkânsız hale getirme yönünde bir eylemde bulunduklarının tespit edilemediğini; ortada borçluyu gizleyen bir perde (örtü) bulunmadığını belirterek bu teorinin uygulanma şartlarının oluşmadığını belirtmiştir. Hâlbuki bu hususlar geleneksel perdeyi kaldırmada uygulanan iki aşamalı testin ikinci aşamasında aranan aldatici / hileli davranış unsuruna değinen hususlardır. Şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ise bunun yerine kınanabilir (*wrongful*) bir durumun var olup olmadığı araştırılmalıdır. Somut olaya dönecek olursak topluluğun, makul iktisadi ve ticari gerekçelerle açıklanabilir sebeplerden ziyade ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarını dışlamak için tek ekonomik birim olarak yapılandırıldığı tespit edilebiliyorsa bu kınanabilir bir durum olarak nitelendirilmelidir¹³¹⁹.

¹³¹⁹ Özellikle madencilik gibi büyük risk taşıyan bir faaliyet üzerine kurulu böyle bir topluluk yapısı söz konusu olduğunda genel perdeyi kaldırmanın aldatici / hileli davranış unsurunu katı bir şekilde uygulamanın daha ağır

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Davacı alacağını sözleşme borçlusu A. A.Ş.'den tahsil edemezse ve buna tek işletmeye özgülenmesi gereken malvarlığının bölümlendirilip diğer davalı bağlı şirketlere tahsis edilmek suretiyle izole edilmesi yol açıyorsa ortada kınanabilir bir durum vardır. Diğer davalı şirketlerin varlık sebebi meşru ekonomik gerekçelerle izah edilemiyor; bunlar birer mal saklama aracı veya cep gibi kullanılıyor ve esas olarak mal varlığını bölümlere ayırarak (*asset partitioning*) sınırlı sorumluluğu daha da güçlendirme amacına hizmet ediyorsa bu şirketler de borçtan sorumlu tutulmalıdır.

Bu tarz bir kötünietli yapılandırma olmamakla birlikte, topluluk hâkimi davalı şirketleri tamamen araçsallaştırıp topluluğu tek şirket gibi idare ediyorsa bağlı şirketler Ç. A.Ş. ile T. A.Ş.'nin ayrı tüzel kişilikler oldukları yönündeki savunmalarına itibar edilmemelidir; zira görünüşte çok şirketli bir yapı varken, gerçekte bu yapı tek şirket gibi faaliyet göstermektedir. Topluluk hâkiminin kötü ve hukuka aykırı hâkimiyet uygulamaları sebebiyle ortaya çıkan görünüşle gerçeklik arasındaki bu fark sebebiyle alacaklı kendi borçlusu şirketten alacağını tahsil edemiyorsa diğer topluluk şirketleri Ç. A.Ş. ile T. A.Ş.'nin de borçtan dolayı sorumluluklarını ileri sürebilir. Kanun koyucu tarafından tanınma iradesine aykırı bir şekilde şirketler topluluğunu tamamen kendi menfaatlerine göre tek şirket gibi yöneterek bağlı şirketleri bir şube veya şirket bölümü gibi kullanan topluluk hâkiminin iş sorumluluğa gelince bu şirketlerin ayrı birer tüzel kişilik olduklarını hatırlaması dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Sonuç olarak davalı şirketlerin tek işletme veya ekonomik birim olarak nitelendirilebileceği; alacaklının kınanabilir nitelikte yapısal özellikler veya hâkimiyet uygulamaları içeren böyle bir yapının varlığı sebebiyle alacağını kendi borçlusundan tahsil edemediği yönünde bir tespiti varılırsa topluluğun sorumluluğu yoluna gidilebilmelidir. Buna göre tek ekonomik birim haline gelen topluluk şirketlerinin müştereken ve müteselsilen sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

sonuçları olabilir. Girişimcilerin meydana gelebilecek maden kazalarını göz önünde bulundurarak girişime özgülenen malvarlığını çok şirketli bir yapı içerisinde dağıtarak bölümlendirme ve bu suretle haksız fiil kaynaklı sorumluluk iddialarını boşa çıkarma amacıyla böyle bir yapılandırmaya gitme ihtimali akılda tutulmalıdır. Bu anlamda topluluk şirketlerinin gerçekten bir işletme faaliyeti yoksa sadece malvarlığının bölümlendirilmesi (*asset partitioning*) ve izole edilmesi amacına hizmet ediyorlarsa bu klasik anlamda aldatıcı / hileli bir davranış olarak nitelendirilemese dahi hakkaniyete aykırı kınanabilir bir durum olarak görülmelidir. Bir bağlı şirketin işlettiği maden ocağında meydana gelen bir göçük sebebiyle ölen ve yaralanan işçiler ile yakınları sadece o bağlı şirkete değil şartların oluşması halinde diğer topluluk şirketlerine de müracaat edebilmelidir. Aksi takdirde sınırlı sorumluluk kuralını telif edici bir önlem olarak öngörülen şirket malvarlığının alacaklılar için bir güvence fonu oluşturması kuralı bertaraf edilebilecektir. Bu da bir nimet – külfet dengesizliğine yol açacaktır. Dolayısıyla şirketler topluluğu söz konusuysa ve topluluk tek işletme gibi hareket eden bir yapı teşkil ediyorsa sınırlı sorumluluk kuralını da onu telif eden malvarlığının güvence fonu oluşturması kuralını da topluluk düzeyinde ele almak daha adil bir yaklaşım olacaktır. Yani tek ekonomik birimin faydalandığı sınırlı sorumluluk imkânına karşı bu yapının işletmeye özgülediği malvarlığının bir bütün olarak garanti fonu oluşturduğu kabul edilebilir.

c) Tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili diğer önemli meseleler

Tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması söz konusu olduğunda, bu kıstasın uygulanma şartları dışında gündeme gelecek farklı konular da olacaktır. Mahkemelerin bu konuları da değerlendirmelerinde ve kararlarında gerekçeli olarak tartışmaları önemlidir.

1. Hukuka Aykırılık

Tek ekonomik birim veya işletme halinde yapılandırılan veya bu hale gelen bir topluluğun böyle bir yapı altında faaliyet gösteriyor olması bir sorumluluk sebebi olarak ileri sürülebilmelidir. Ancak böyle bir talebin kabul görmesi için topluluğun yapısının hukuka aykırı olduğunu da ortaya koyabilmek gerekir. Dolayısıyla yapısal çarpıklığından bahisle şirketler topluluğunun ifa edilmeyen bağlı şirket borçlarından ötürü sorumluluğu yönünde bir talep söz konusu olduğunda, mahkemenin üzerinde duracağı konulardan bir diğeri böyle bir yapının hukuka aykırılığı olacaktır.

Yukarıda da izah edildiği gibi şirketler topluluğu birtakım meşru ticari amaçlar için kabul gören bir girişim biçimidir. Girişimciler tarihi süreç içerisinde şirket gruplaşmalarının sağladığı organizasyonel, idari, mali avantajlar ile rekabet ve vergi kolaylıkları gibi pek çok faydayı keşfederek çok şirketli yapılar meydana getirmişlerdir¹³²⁰. Şirketler hukukunun temel ilkeleri olan tüzel kişiliklerin ayrılığı ve ortaklardan bağımsızlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinden taviz vermek istemeyen kamu otoriteleri bu yapıları tanıyıp düzenleme altına alma konusunda uzun süre isteksiz davranmışlardır. Ancak artık reddedilmesi imkânsız bir olgu haline gelen bu yapıların hukuken tanınması ve sorumluluk da dâhil olmak üzere birtakım yönleriyle birlikte düzenlenmesi yönünde bir eğilim gitgide kabul görmektedir. Artık şirketlerin bağımsız tüzel kişilikler olduğu; bu sebeple başka şirketlerin hâkimiyeti altında faaliyet göstermesinin ayrılık kuralı gereği kabul edilemeyeceği şeklindeki katı yaklaşım (*entity law doctrine*) kabul görmemektedir. Ancak bağlı şirketlerin tamamen topluluğu hayata geçiren ve yöneten iradenin uzvu gibi hareket etmesi; onun bir aracı gibi kullanılması da kabul edilemez. Her ne kadar hâkimiyet altında olsa da bağlı şirketlerin de bir tüzel kişiliği vardır ve bu kişiliğe saygı duyulması gerekir. Nasıl ki münferit şirketlere hâkim olan paysahipleri şirketin tüzel kişiliğini yok sayarak, onu keyfi bir şekilde kendi amaçları için kullanamıyorsa bağlı şirketlerin de bu tarz kullanımı kabul edilebilir değildir; zira bağlı şirketlerin tüzel kişiliği münferit şirketlerinkinden

¹³²⁰ Şirketler topluluğunun ortaya çıkışını sağlayan iktisadi ve hukuki nedenler için bkz. Yuk. s. 121.

daha değersiz değildir. Dolayısıyla ticaret hayatının ortaya çıkarttığı bir girişim modeli olan şirketler topluluğunu mümkün kılan hâkimiyet olgusuyla, şirketler hukukunun temel ilkesi olarak benimsenen ayrılık kuralı arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi; şirketler topluluğunun hukuk tarafından tanınması ve kısmen de olsa düzenleme altına alınması için gereklidir. Bu çelişkinin veya uyumsuzluğun giderilmesinde bulunan formül daha çok hâkimiyetin tanınması ama belirli sınırlar dâhilinde kullanılması şeklinde olmuştur. Bu sınırları belirleyen temel ölçüt konusunda da topluluk menfaati kavramı ortaya çıkmıştır¹³²¹. Buna göre topluluk hâkimi, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sadece kendi menfaatlerini üstün tutarak kullanamaz; bütün topluluğun menfaatleri dikkate alınmalıdır. Bununla bağlantılı olarak, bağlı şirketlerin menfaatlerini göz ardı eden; onları bir araç durumuna düşüren ve yapılan müdahalelerle bu şirketlerin varlığını tehlikeye düşüren hâkimiyet uygulamaları hukuk dışı uygulamalar olarak nitelendirilmelidir.

Aynı anlayışla Türk kanun koyucusu da 2012 yılında kabul edilen mevcut TTK içerisinde şirketler topluluğuyla ilgili birtakım hükümler öngörmüştür. Özellikle bu yapının kötüye kullanılmasını engelleme amacı taşıyan ve sorumluluk halleri öngören düzenlemeler bu tip toplulukların da faaliyette bulunurken birtakım sınırlar gözetmeleri gerektiğini göstermesi açısından önemlidir. Yukarıda detaylı bir şekilde ele alınan, topluluk menfaati kavramının somutlaşmış ifadeleri olarak değerlendirilebilecek hükümler içeren TTK'nın 202, 203 ve 204 maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, topluluğun münferit bir şirket gibi yapılandırılmasının kanun koyucunun iradesine aykırı olduğu ortadadır. Bu düzenlemeler topluluk hâkiminin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini topluluğun yararıyla birlikte bağlı şirketlerin tüzel kişiliklerini ve menfaatlerini de dikkate alarak kullanmasını ilzam etmektedir. Bağlı şirketlerin bir şube, bölüm veya başka şekillerde topluluk hâkiminin bir uzvu gibi kullanılması bu hükümlerin ruhuna aykırıdır. Böyle bir yapılandırma girişime özgülenen malvarlığının bölümlere ayrılarak (*asset partitioning*) aralarına şirket adı altında setler çekilmesine yol açmaktadır. Böylelikle sınırlı sorumluluğu daha da katmerlendirmek ve sorumluluğa ilişkin ileride doğabilecek talepleri baştan boşa çıkarmak mümkün hale gelmektedir.

Malvarlığının bölümlendirilmesi dışında şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketli bir yapı altında faaliyette bulunabilme imkânı bağlı şirketleri iç ilişkide görünenden farklı bir şekilde işlevlerine göre gruplandırabilmeyi de mümkün kılmaktadır. Bazı bağlı şirketler birer cep gibi kullanılmakta ve işletme faaliyetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan malvarlığını muhafaza etmektedir (*owning entity*). Buna karşılık dış dünyayla hukuki ilişkiler içerisine giren diğer bazı

¹³²¹ Topluluk menfaati kavramıyla ilgili olarak bkz. Yuk. s. 152.

bağlı şirketler, faaliyetin operasyonel kanadını oluşturmaktadır (*operational entity*). Bizzat işletme faaliyetini yürüten bu şirketler üzerinde önemli bir malvarlığı bırakılmamakta, ihtiyaç duyulan kaynaklar leasing veya diğer ödünç sözleşmeleri yoluyla malvarlığı saklama işlevine sahip bağlı şirketlerden tedarik edilebilmektedir. Bu sebeple girişimin işletme faaliyetini yürüten bu şirketler taahhüt altına girdikleri borçları ifa etmez veya yürüttükleri riskli faaliyetlerden dolayı bir haksız fiil oluşur ve üçüncü kişilerin zararına yol açarlarsa alacaklılar zararlarının tazminini sağlayamayacaklardır. Böyle bir yapılandırmanın amacı, girişimin malvarlığını alacaklılardan saklamak, tazminata hükmedilse dahi yargı kararlarını icra kabiliyetini haiz olmayan belgeler haline getirmektir (*judgment proofing*)¹³²².

Sınırlı sorumluluğa karşı bir garanti fonu olarak nitelendirilen şirket malvarlığının topluluk yapısı istismar edilerek bu şekilde muhtemel alacaklılardan saklanması, bir koruma hukuku olarak adlandırılan şirketler topluluğu hukukunun amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Topluluk hâkiminin ticari hayatın olası sonuçlarından kaynaklanabilecek birtakım sorumluluk hallerine karşı önlem almak amacıyla, bütün bir topluluğu bilinçli bir şekilde tek bir ünite gibi yapılandırması gayri ahlâkî ve kötünîyetli bir davranış olduğundan kanun koyucunun şirketler topluluğunu tanıma iradesiyle uyumlu değildir. Böyle kötünîyetli bir yapılandırmanın varlığı açıkça ortaya konulabiliyorsa topluluk yapısının hukuka aykırı olduğu da kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuç olacaktır. Örneğini yukarıda incelediğimiz ortaklık sertifikası davalarında gördüğümüz topluluk yapılarının hayata geçirilmesindeki amaç hileli işlemleri gizlemek, muhtemel alacaklıların taleplerini boşa çıkarmak ve sorumluluğu daha da kısıtlamaktır. Meşru ticari faaliyetleri daha avantajlı koşullar altında yürütmekten ziyade kötünîyetli amaçlar için bilinçli olarak tercih edilen böyle bir yapılandırma hukuka aykırıdır¹³²³. Topluluk hâkiminin, böyle bir düşünceyle, yukarıda örneğini verdiğimiz *taxicab* veya ortaklık sertifikası davalarındaki gibi topluluklar oluşturduğu eldeki verilere göre anlaşılıyorsa topluluğun tek bir birim veya ünite olduğundan bahisle sorumluluğunu mümkün kılan bir perdeyi kaldırma uygulamasına ihtiyaç vardır¹³²⁴.

¹³²² **LoPucki**, *Essential*, s. 147, 148.

¹³²³ ABD mahkemeleri de benzer şekilde bazı kararlarda sadece kontrol unsurunun varlığını perdenin kaldırılması için yeterli görmüştür. Mesela 1982 tarihli *In re Sbarro Holding* kararında “1) hakkaniyet gereği topluluk hâkiminin bağlı şirketin günlük yönetimini kontrol edecek derecede bir hâkimiyet uyguladığı durumlarda ve/veya 2) topluluk hâkiminin varlık sebebi sadece ana şirkete hizmet olan bir bağlı şirket aracılığıyla işlerini yönetmesi söz konusuysa, hile veya usulsüzlük olmasa dahi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği”ne karar verilmiştir. Bkz. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 121.

¹³²⁴ Fransız Yargıtayı tarafından da onanan 1964 tarihli SA Lambert kararında Paris İstinaf Mahkemesi borçlu bazı şirketlerin farazi şirket (*société fictive*) olmaktan öte bir işlevinin olmadığı sonucuna varmıştır. Dava konusu

Bilinçli bir yapılandırma olmamakla birlikte hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerin kullanılması suretiyle topluluğun fiili olarak tek birim haline getirilmesi halinde de hukuka aykırı bir topluluk yapısının varlığı söz konusu olabilecektir. Tek ekonomik birim şeklinde hareket eden bu tarz topluluklarda hukuka aykırılığın sebebi esasında topluluk hâkiminin, hâkimiyet uygulamalarıdır. Kanun koyucu TTK hükümleri çerçevesinde hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerin belirli sınırlar dâhilinde kullanılmasına cevaz vermiştir. Somut olarak ortaya koymak gerekirse TTK m. 202, 203 ve 204 maddeleri dikkate alındığında, TTK'nın hâkimiyet uygulamalarının meşru sınırlarıyla ilgili benimsediği kurallar şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Topluluk hâkimi, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz (TTK m. 202/1(a)).
- 2) Topluluk hâkiminin bağlı şirkete müdahaleleri topluluğun önceden belirlenmiş, somut politikalarının bir gereği olmalıdır (TTK m. 203).
- 3) Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan müdahalelerde bulunulamaz (TTK m. 204).

Bu sınırları aşan müdahaleler hukuk dışı müdahaleler olarak nitelendirilebilir¹³²⁵. Bu müdahalelerin sistematik hale gelmesiyle birlikte tamamen topluluk hâkiminin güdümü altında faaliyet gösteren hukuk dışı bir topluluk yapısı da ortaya çıkacaktır. Topluluk hâkiminin aşırı ve

olayda SA Lambert isimli inşaat sektöründe faaliyet gösteren bir proje geliştirme şirketi üstlendiği her bir inşaat projesi için bir şirket kurmuştur. Bu şirketlerin kendilerine özgü bir faaliyet alanı ve mali kaynakları bulunmamaktadır. Tamamen SA Lambert tarafından yürütülen faaliyetin bir unsuru olarak bulunmakta ve ana şirketin sağladığı kaynaklara dayalı olarak faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla ihtilaf halinde borçlarını ödeyecek bir malvarlığına da sahip değildir. Bu sebeple mahkeme şu gerekçeye dayanarak bu şirketlerin farazi şirket olduğunu kabul etmiştir: *“ayrı ayrı tüzel kişiliklerine rağmen bu şirketlerin her biri kurucu şirketin üstlenilen faaliyeti bireyselleştirmesini ve umduğu kazancı elde etmesini sağlayan basit bir hukuki araçtır. Ana şirket tarafından organize edilen ve uygulanan eşgüdüm sayesinde her biri aynı amaç için yarışmaktadır.”* (Cour d’appel Paris, 7 Janvier 1964,(1964) Jur.D.,472. **Vandekerckhove**, s. 454.

¹³²⁵ TTK 203 ve 204 maddelerinin tam hâkimiyet halinde uygulama yeri bulacağı, kısmi hâkimiyette uygulanmayacağı ileri sürülebilir. Bu ayrım şirketler topluluğuyla ilgili kanun hükümleriyle çerçevesi çizilen imtiyazlı sorumluluk rejimi açısından bir önemi haiz olabilir. Ancak bizim burada altını çizmek istediğimiz konu hangi tür müdahalelerin aşırı ve kötü müdahale olarak nitelendirilebileceği sorusu gündeme gelirse bir dayanak noktası olarak TTK hükümleriyle belirlenen kıstasların esas alınabileceği hususudur. Hâkimiyetin meşruiyetini belirleyen kural ve ilkelerin tespiti noktasında hâkimiyetin kısmi veya tam olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki, tam hâkimiyet için dahi sorunlu olan bir uygulama, kısmi hâkimiyet için haydi haydi sorunlu kabul edilmelidir. Aynı zamanda TTK hükümleriyle çerçevesi çizilen yasal sorumluluk rejiminin uygulanma şartlarını da ortaya koyan bu hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 177.

sürekli müdahaleleriyle şekillenen böyle bir yapı, kanun koyucunun şirketler topluluğunu tanıma ve kısmen de olsa düzenleme altına alma iradesiyle uyumlu değildir. Dolayısıyla bunlar da kötüniyetli amaçlar için bilinçli şekilde tek bir ünite olarak yapılandırılan topluluklar gibi hukuka aykırıdır.

Sonuç olarak, girişimin risklerini ve muhtemel sorumluluk hallerini dışlayarak topluma yansıtma amacıyla bilinçli bir şekilde münferit bir şirket gibi yapılandırılan topluluklar ile böyle amaçlara sahip olmasalar dahi topluluk hâkiminin aşırı müdahaleleri sonucu bu hale gelen topluluklar, TTK’da düzenlenen şirketler topluluğu hukukuna ruhunu veren anlayışla bağdaşmamaktadır. Ne kadar kontrol altında olsalar da bağlı şirketlerin tüzel kişiliğine saygı duyulmalıdır. Bu şirketlerle birlikte, pay sahibi ve alacaklılar gibi şirketin durumundan etkilenen kesimlerin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla bu şirketler, topluluk hâkiminin menfaatleri için kullanılan birer araç, kukla veya maske mesabesine düşürülemez¹³²⁶. Bu tip uygulamalar hukuk dışı olduğundan, bunların üzerinde şekillenen topluluk yapıları da hukuk dışıdır. Bir bakıma yukarıda kınanabilirlik konusunu izah ederken vurguladığımız bu hususlar aynı zamanda topluluğun hukuka aykırılığını da ortaya koyan olgulardır.

2. Hukuki Dayanak: Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Topluluğun bilinçli olarak veya topluluk hâkiminin aşırı ve kötü hâkimiyet uygulamaları sonucunda tek şirket gibi bir yapıya sahip olduğundan bahisle sorumluluğunun hukuki temeli de tartışılması gereken konulardandır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının dogmatik temelinin TMK m. 2’de hükme bağlanan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu yönünde gerek yargı uygulamaları gerekse de doktrinde bir mutabakat vardır¹³²⁷. Aynı şekilde

¹³²⁶ ABD mahkemelerinin *Platt v. Bradner Co.*, 131 Wash. 573, 230 P. 633 (1924). *Pittsburgh Reflector Co. v. Dwyer & Rhodes Co.*, 173 Wash. 552, 555, 23 P.2d 1114, 1115 (1933) kararlarında aşırı hâkimiyet uygulamalarını hile veya usulsüzlükle ilişkilendiren bir formülasyon benimsendiği görülmektedir: “*şirket tüzel kişiliğinin göz ardı edilmesinin haklılığı için şu şartlardan en az birinin gerçekleşmiş olması şarttır. Ya hâkim şirket diğerini kontrol ediyor ve kendi plan ve amaçlarını gerçekleştirmek için bir araç (mere tool or instrument) olarak kullanıyor olmalı ya da şirketlerin kimlikleri veya faaliyetleri arasındaki farklılık o derece belirsiz hale gelmiş olmalı ki bu durum üçüncü kişilere yönelik bir hile (fraud) olarak değerlendirilebilmelidir. Hepsinde olmasa bile tüzel kişiliğin göz ardı edildiği çoğu Washington kararında her iki unsur da bulunmaktadır ve bir çözüm sağlanabilmesi için her iki unsurun da olması gerektiği yönünde güçlü bir görüş birliği vardır.*” **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 121.

¹³²⁷ **Serozan**, s. 279. Son olarak 22.6.2022 tarihinde verilen YRG. 3 HD. E. 2022/4244, K. 2022/6073 no’lu kararda da bu husus teyit edilmiştir: “...ticaret şirketlerinde sınırlı sorumluluk ya da ayrı malvarlığı ilkesinin alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması durumunda alacaklıların hak ve menfaatlerini korumak için “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”nin geliştirildiği ve tüzel kişiliğin arkasına sığınarak durumu kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkanı getirildiği, böylece hakkaniyet gerektirdiği zaman tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınılmasının önlenmesinin amaçlandığı ve yasal dayanağının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK’nın 2. maddesi olduğu

yukarıda referans karar olarak ele aldığımız SC kararı ve diğer Yargıtay uygulamaları da dikkate alındığında topluluğun tek şirket gibi yapılandırıldığı veya tek ekonomik birim haline geldiğinden bahisle sorumluluğu da TMK m. 2 gereğince dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılabilir. Zira burada da bir bakıma tüzel kişiliğin ayrılığı ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin istismarı söz konusudur. Özellikle de sınırlı sorumluluğun ilk bölümde de tartışıldığı gibi belirli iktisadi ve sosyal politikaları gerçekleştirmek için girişimcilere sağlanan bir hak olduğu akılda tutulmalıdır. Dolayısıyla bu hakkın veya imtiyazın üçüncü kişilerin zararına yol açacak bir şekilde kullanılmasına şirketlerde olduğu gibi şirketler topluluğunda da müsamaha gösterilemez¹³²⁸.

Nasıl ki şirket yapısının bir perdeleme vasıtası olarak kötüye kullanılması tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açıyorsa şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketli yapının kötüye kullanılması da aynı sonucu doğuracaktır. İlkinde şirketi idare eden ortakların davranışları, ikincide ise topluluk yapısının çarpıklığı buna sebep olacaktır. Bu bağlamda sadece sınırlı sorumluluk kuralı değil, şirketler topluluğu yapısının sağladığı diğer kurumsal imkânların kötüye kullanılmasına da hukuk düzeni müsaade etmemelidir. TTK'da buna özel bir istisna hükmü olmasa da TMK m. 2/2'de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı bu boşluğu dolduran bir önlem olarak devreye girecektir; zira bu hükmün asli işlevi hak bahşeden kurallarla ilgili istisna boşluğunu doldurmaktır¹³²⁹. Daha açık ifade etmek gerekirse kanun koyucu hukuki düzenleme altına aldığı her hakla ilgili özel istisna hükmü öngörmeyebilir. Böyle bir kazuistik metodun uygulanabilmesi de zaten mümkün değildir. Bunun yerine hukuk politikası açısından hakların meşru amaçlar dışında kullanımını yasaklayan genel bir kuralın varlığı amaca daha uygun olacaktır. Bu bağlamda TMK m. 2/2 hem kural hem de hak sınırlayıcı özelliği sayesinde düzeltici bir kural olarak etki doğurmaktadır¹³³⁰. TMK m. 2/2'nin kural düzeltici işlevi bariz adaletsizliğin önlenmesi noktasında kendini göstermektedir. Açık bir istisna içermediği için geniş bir uygulama alanı olan bir kuralın kötüye kullanılması TMK m. 2/2 sayesinde engellenebilecektir. Bu anlamda özel istisna yokluğunun yarattığı örtülü yasa boşluğu bu genel kural yoluyla doldurulabilecektir. Aynı şekilde bu kural bariz hak suiistimallerini de önleyici bir işlev görmektedir. Kanunun

gözetildiğinde, tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı bazı istisnai hallerde tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle gerçek ya da tüzel kişi ortakların sorumluluğu cihetine gidilebileceği...”

¹³²⁸ **Avgitidis**, s. 6

¹³²⁹ **Serozan**, s. 276.

¹³³⁰ **Serozan**, s. 276.

tanıldığı hakların kullanılmasına sosyal ve ahlaki sınırlar koyar. Hakkın kötüye kullanılması yasağının kural düzeltici ve hak sınırlayıcı bu işlevleri çoğu zaman çakışmaktadır¹³³¹.

Şirketler topluluğu kapsamında daha da somutlaştırmak gerekirse; TMK m. 2/2'nin kural düzeltici ve hak sınırlayıcı özelliği bu yapıları çeşitli yönleriyle düzenleme altına alan TTK m. 195 ve devamı hükümler açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Şirketler topluluğu 2012 yılında kabul edilen mevcut TTK kapsamında bir hukuki müessese olarak kabul edilmiş ve ticaret şirketlerine kıyasla kısmen düzenleme altına alınmıştır. Tüzel kişiliğinin olmaması şirketler topluluğunu şirketlerden ayrı bir olgu olarak değerlendirmemize mani değildir. Kanun koyucu şirketlerden farklı olarak hâkimiyet olgusu etrafında şekillenen bir topluluk yapısı kurarak iktisadi ve ticari faaliyetlerde bulunma hakkını girişimcilerin kullanımına sunmuştur. Böyle bir yapı çerçevesinde iş yapan tacirlerin hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini kullanırken uymaları gereken bir takım sınırları ve ihlali durumunda uygulanacak müeyyideleri de belirlemiştir. Dolayısıyla bir şirketler topluluğunun yapısal olarak amaca aykırı bir şekilde hayata geçirilmesi ve kullanılması hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağdaşmaz. Yargı organları uygulamada söz konusu hakla ilgili istisnai nitelikteki amaç dışı kullanımı bu genel hükme dayanarak etkisiz kılabilir.

Şirketler topluluğu yapısının suiistimali yine sınırlı sorumluluk kuralının kötüye kullanılmasıyla doğrudan bağlantılıdır. Hatta şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluğun münferit şirketlere göre daha fazla istismara açık olduğu gözlemlenmektedir. Özellikle bilinçli olarak tek şirket gibi yapılandırılan topluluklarda sınırlı sorumluluk bir kat daha güçlendirilmektedir. Bir faaliyet çok şirketli bir yapıya dönüştürüldüğünde şirket ile ortaklar arasındaki setler daha da kalınlaşmaktadır. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesiyle desteklenen bir şirketler topluluğu yapısı da münferit şirketler gibi kötüye kullanılmaya açıktır. Yukarıda incelediğimiz ortaklık sertifikası davaları ile *taxicab* davaları bu tarz kötüye kullanmalara örnek olarak gösterilebilir. Bu davalarda da görüldüğü gibi aşırı bölümlendirilerek yapılandırılan ama gerçekte tek şirket gibi idare edilen topluluk yapılarının ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarına karşı bir önlem ve perdeleme vasıtası olarak tasarlanmaları söz konusudur. Böyle haksız amaçlar için

¹³³¹ **Serozan**, s. 277, 279. *Serozan* hakkın kötüye kullanılmasının özel görünüm hallerini çeşitli kategoriler altında şu şekilde gruplandırmaktadır: 1) Amaca aykırı, yararsız hak kullanımı; 2) Bir hukuki kurumu veya sözleşme serbestliğini amaç dışı (kötüye) kullanım (mesela tüzel kişinin ayrılığı suiistimal); 3) Başkasının çıkarlarını hiçe sayarak ayaklar altına alma; 4) Çelişik davranış; 5) Kendi haksızlığına dayanarak hak ileri sürme (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*); 6) Zaten verilmesi gereken bir nesnenin geri istenmesi; 7) Yasayı dolanma (*fraudem legis*).

kurulan bir şirketler topluluğu kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayan, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eden bir yapı olarak değerlendirilmelidir¹³³².

Bununla birlikte şirketler topluluğu yapısının kötüye kullanılması sadece aşırı bölümlendirme ve bilinçli olarak tek şirket gibi yapılandırmayla sınırlı değildir. Hâkimiyetten kaynaklanan topluluğu yönetme, yönlendirme ve bağlı şirketlere talimat verme yetkileri de kötüye kullanılabilir. Kanun koyucu şirketler topluluğunu ve bu topluluğu hayata geçiren ve bir arada tutarak işler hale getiren hâkimiyet olgusunu tanıyarak düzenleme altına almıştır. Ancak bundan dolayı bağlı şirketlerin tüzel kişiliklerinin bağımsız şirketlerin tüzel kişiliğinden daha anlamsız veya değersiz olduğu iddia edilemez. Bu bağlamda kanun koyucunun şekillendirip girişimcilerin kullanımına sunduğu topluluk modelinde, topluluk hâkiminin sahip olduğu hâkimiyet gücünü belirli sınırlar dâhilinde kullanabilmesi kuralı kabul edilmiştir. Bu kapsamda topluluk hâkimi bağlı şirketin tüzel kişiliğini tamamen yok sayarak hareket edemez; onu kendi amaçlarını gerçekleştirmek için bir araç haline getiremez. Bu suretle bağlı şirketi bir tabela şirketi derecesine düşürüp, menfaatlerini tamamen göz ardı ederek onu, azınlık paysahiplerini ve alacaklıları zarara uğratan bir topluluk hâkimi böyle bir kastı olmasa dahi kanun tarafından tanınan bir hakkı kötüye kullanmış olacaktır.

Bu suretle topluluk hâkiminin amaçları için araçsallaştırılmış bağlı şirketlerden müteşekkil bir topluluk yapısı kanun koyucunun öngördüğü meşru topluluk yapısıyla bağdaşmamaktadır. Görünüşte bir şirketler topluluğu olmakla birlikte fiiliyatta tek elden yönetilen tek bir işletme, ünite veya ekonomik birim bulunmaktadır. Bu sebeple görünüşte bağımsız veya en azından otonom bir bağlı şirketin borcunun bu çarpık yapının borcu olarak kabul edilmesi hem hakkaniyete hem de gerçekliğe daha uygun olacaktır. Böyle bir talebe karşı borcun görünüşteki sorumlusunun ayrı bir tüzel kişilik olduğunun bir savunma olarak ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağdaşmaz. Bu anlamda topluluk hâkiminin araçsallaştırdığı (instrumentalization) veya onun alt benliği (*alter ego*) haline gelen bağlı şirketlerden müteşekkil bir topluluk yapısında, bu şirketlerden biri sözleşme veya haksız fiilden

¹³³² Buna karşılık kınanabilirlik bahsinde de dikkat çektiğimiz üzere böyle bir yapı makul iktisadi ve ticari gerekçelerle izah edilebiliyorsa topluluk yapısının sağladığı çok şirketle faaliyet gösterebilme hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Böyle bir yapılandırma, örneğini ortaklık sertifikası ve *taxicab* davalarında gördüğümüz şekliyle kamuya karşı bir hile olarak değerlendirilebildiği takdirde hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali söz konusu olacaktır.

kaynaklı borcunu ifa edemiyorsa alacaklı ifanın topluluk hâkimi veya diğer topluluk şirketleri tarafından yerine getirilmesini talep edebilmelidir¹³³³.

Yanlı'nın da dikkat çektiği gibi bir hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı o hakkın korunmamasıdır. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından tanınan ve birtakım meşru ticari amaçlar için girişimcilerin hizmetine sunulan şirketler topluluğu yapısı girişimin çok şirketli bir yapı altında organize edilmesine imkân sağlamaktadır. Kanunun tanıdığı bu hakkı kötüye kullananların ayrı tüzel kişiliklerden müteşekkil bir şirketler topluluğunun varlığına dayalı savunmaları da dikkate alınmamalıdır¹³³⁴. Diğer taraftan sermaye şirketlerinde girişimcilerin sorumluluklarını sınırlandırabilmelerini meşru kılan temel unsur şirket malvarlığının sadece şirket alacaklılarının müracaat edebileceği bir garanti fonu oluşturuyor olmasıdır. Buna göre şirket ortakları şahsi mallarıyla sorumlu tutulamayacak olsa da bu olumsuzluğu telif eden bir imkân olarak şirket malvarlığı alacaklılar açısından muhafaza edilmiş bir güvence fonu teşkil edecektir¹³³⁵. Bu güvence sağlanmadan sınırlı sorumluluk savunmasında bulunmak dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olacaktır. Bir hakkın bu şekilde dürüstlük kuralına aykırı kullanımı aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağını da ihlal edecektir¹³³⁶. Şirketler topluluğu daha önce de defaatle ifade ettiğimiz gibi sınırlı sorumluluk imtiyazını daha da genişletip derinleştirmektedir. Tek şirket altında yürütülebilecek bir ticari faaliyet yapay bölümlere ayrılarak çok şirketli bir yapıya dönüştürülürse faaliyete ayrılan malvarlığı da yapay bölümlere ayrılarak izole edilebilecektir. Dolayısıyla girişime özgülenen malvarlığının bir güvence fonu olma fonksiyonu bu şekilde etkisiz hale getirilebilmektedir. Bu bağlamda meşru ekonomik gerekçeler olmaksızın bir faaliyetin bu şekilde çok şirketli bir yapı altında organize edilmesi sınırlı sorumluluk hakkınının daha da kuvvetlendirilerek kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır.

¹³³³ *Mesela Consolidated Sun Ray, Inc. v. Oppenstein*, (United States Court of Appeals 335 F.2d 801 8th Cir. 1964) kararında ABD mahkemesi bağlı şirket tarafından kiralanan taşınmazın ödenmeyen kira parasından dolayı bu şirketler üzerinde aşırı düzeyde bir kontrole sahip ana şirketin de sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. Mahkeme kiralayan konumundaki bağlı şirketi, ana şirketin ekonomik bütünlüğünün destekleyici bir parçası olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda grup şirketleri tek ekonomik birim olarak ele alındığından ana şirketin sözleşmeye taraf olmaması onun sorumlu tutulmasına engel olmamıştır. **Blumberg**, *Corporate Groups*, s. 382. Yine *Consolidated Rock Products Co. v. DuBois* (US Supreme Court, Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois, 312 U.S. 510, 1941) kararında ABD yüksek mahkemesi topluluk hâkimi ana şirketin faaliyetlerini durduran bağlı şirketler tarafından çıkarılan bono alacaklısı üçüncü kişilere karşı sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak özellikle topluluk hâkiminin bağlı şirketleri işletmesinin bir departmanı gibi kullanması, hukuki formalitelere uymaması ve bağlı şirketlerin malvarlığını kendi malvarlığı gibi kullanması hususlarını göstermiştir. **Vandekerckhove**, s. 510.

¹³³⁴ **Yanlı**, s. 112.

¹³³⁵ **Çamoğlu**, *Yönetim Kurulu*, s. 131.

¹³³⁶ **Yanlı**, s. 113.

Son olarak hukuki dayanak bahsiyle ilgili olarak altı çizilmesi gereken bir diğer husus hukuki sebep meselesidir. Alacaklıyla borçlu bağlı şirket arasındaki borcun hukuki dayanağı neyse ifa edilemeyen bu borç sebebiyle topluluğa yöneltilecek talebin dayanağı da aynı hukuki sebep olacaktır. Yani sözleşmeye dayanan bir borç söz konusuysa aynı sözleşme sebebiyle topluluk hâkimine ve onun mutlak kontrolü altında olan kardeş şirketler de dâhil tek ekonomik birim haline gelmiş topluluğa müracaat edilebilecektir. Böyle bir topluluk yapısında bağlı şirketin topluluk hâkiminin onayı olmaksızın önemli bir sözleşmeyi akdetmesi mümkün değildir. Eğer borç haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi diğer bir sebebe dayanıyorsa aynı gerekçeler borcun ifası için ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla tek ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması başlı başına bir borç sebebi olarak algılanmamalıdır. Bu zaten varolan ancak ifa edilemeyen bir borcun ifasını mümkün hale getiren hakkaniyet prensibine dayalı bir yol olarak değerlendirilmelidir. Bu sayede ihtilafa konu borcun tarafı doğru bir şekilde tespit edilebilmektedir. TMK m. 2’de düzenleme altına alınan hakkın kötüye kullanılması yasağı tam da bu noktada kendini göstermektedir. Bu kural tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karşı ileri sürülecek hukuki formalizme dayalı savunmaları boşa çıkaracaktır.

3. Sorumluluğun kapsamı

Topluluğun tek ekonomik birim olduğundan bahisle perdenin kaldırılması kabul görürse şirketler topluluğu bünyesinde bulunan şirketlerin, belirli bir bağlı şirketin borçlarından dolayı birlikte sorumluluğuna kapı aralanacaktır. Bu bağlamda bağlı şirket alacaklısı dikey perdeyi kaldırma (*horizontal veil piercing*) yoluyla topluluk hâkiminin, yatay perdeyi kaldırma yoluyla (*vertical veil piercing*) kardeş şirketlerin sorumluluğunu talep edebilecektir¹³³⁷.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konulu davalarda, alacaklının talebi hemen her zaman elde edemediği alacağı yüzünden uğradığı zararın tazmini olmaktadır. Zira uygulamada alacaklı para borcu dışında bir alacağı olsa dahi öncelikle kendi borçlusu şirkete müracaat etmekte, alacağını elde edemezse bu defa uğradığı zararın tazmini için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini ileri sürerek asıl borçluyla birlikte bir başka şirket veya şahsa tazminat davası açmaktadır. Şirketler topluluğunun tek ekonomik birim haline gelmesi sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelirse yine aynı süreç yaşanacaktır. Bağlı şirket alacaklısı öncelikle kendi borçlusu şirkete müracaat edecek; alacağının konusunu oluşturan ifayı elde edemezse bu defa topluluğun tek ekonomik birim olarak değerlendirilmesi gerektiğinden

¹³³⁷ Dearborn, s. 211.

bahisle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep edebilecektir. Alacaklının bu talebi kabul görürse yine onun talebinin kapsamına göre topluluk şirketlerinin tamamının veya bazılarının müştereken ve müteselsilen sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Böylelikle topluluğun tek ekonomik birim haline geldiğinden bahisle perdenin kaldırılması yoluna gidildiği takdirde alacaklı tazminat alacağını tek bir ünite haline gelmiş topluluğun malvarlığından tahsil edebilme imkânına sahip olacaktır. Özellikle girişimin risklerini ve muhtemel sorumluluk hallerini dışlayarak topluma yansıtmak amacıyla tek şirket gibi yapılandırılan bir topluluk söz konusuysa alacaklılar için sağlanabilecek en etkin çözüm yolu budur; zira böyle yapılandırılan topluluklarda amaç malvarlığını bölümlere ayırarak birbirinden izole etmektir (*asset partitioning*).

Gerçekte olduğu gibi hukuken de sınırlı sorumluluk kuralının geçerli olduğu münferit bir şirket söz konusu olsaydı şirketin faaliyetinden kaynaklanabilecek sorumluluk hallerine karşı onun malvarlığı bir bütün olarak güvence oluşturabilecekti. Bu anlamda şirketin malvarlığı faaliyetlerinin finansmanı için gerekli olduğu kadar sınırlı sorumluluğa karşılık alacaklılara sağlanan bir güvence de teşkil etmektedir. Bir girişimcinin salt ileride karşılaşılabileceği sorumluluk iddialarını dışlamak amacıyla, bir şirketin her bir bölümünü bir şirkete dönüştürdüğü ve bu yolla bir şirketler topluluğu meydana getirdiği; ancak, bu topluluğu yine münferit bir şirket gibi sevk ve idare ettiği durumlarda şirketler topluluğu sadece bir suretten ibarettir¹³³⁸. Her ne kadar görünüşte çok şirketli bir topluluk var ise de gerçekte münferit bir şirket gibi faaliyet gösteren organize bir yapı bulunmaktadır. Eğer görünüşe aldanırsak böyle bir yapılandırmada alacaklının tek muhatabını sadece kendisiyle hukuki ilişki içerisine giren bağlı şirket olarak kabul etmek durumunda kalırız. Böyle bir durumda bağlı şirket alacaklısı sadece bu şirketin malvarlığına müracaat edebilecektir. Bu örnekte görüldüğü gibi şirketler topluluğunu kötüye kullanan girişimcilerin, sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkesine ilişkin savunmalarına itibar edilmemeli ve topluluğun esasında tek ekonomik birim veya ünite sayılması gerektiğinden bahisle bütün topluluğun malvarlığının alacaklının talepleri için bir güvence oluşturmaya imkân tanınmalıdır. Bunun için de öncelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve topluluğun

¹³³⁸ Böyle bir sonuca varmak için öncelikle şirketler topluluğunun yapısal özelliklerinin bütünlüklü bir şekilde incelenmesine ihtiyaç vardır. Bağlı şirketler sadece mal saklama aracı olarak kullanılmıyor; gerçekten birtakım ticari faaliyetlerde bulunuyor ve topluluğa ekonomik anlamda katkı sağlıyorsa onların araçsallaştırıldığından (*instrumentalization*) veya alt benlik (*alter ego*) olarak kullanıldığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Şirketler topluluğu yapısının kaçınılmaz olarak istenmeyen bir sonucu olan sınırlı sorumluluğun daha da sınırlandırılması şeklindeki olgunun kınanabilir bir olgu olarak değerlendirilebilmesi için bağlı şirketlerin tek işlevinin bu amaca hizmet eden zayıf şirketler (*thin company*) olması gerekir. Bağlı şirketler sınırlı sorumluluğu daha da sınırlandırmak için bir set olarak kullanılma dışında işlevlere de sahipse bu kapsamda kınanabilir bir topluluk yapısından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

hakikatte tek ekonomik birim haline geldiğinin tespitine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda tek ekonomik birimin (*single economic unit/economic entity/enterprise entity*) sınırlarını belirlemek, sorumluluğun kapsamı açısından oldukça önemlidir. Her hâlükârda topluluğun tamamının doğrudan tek ekonomik birim olarak yeniden vasıflandırılması doğru olmayacaktır. Önemli olan, topluluk içerisinde ekonomik olarak bir bütünlük (*economic integration*) arz eden parçaların tespiti ve yeniden nitelendirilmesidir¹³³⁹. Bu topluluğun tamamını veya bir bölümünü kapsayabilir¹³⁴⁰.

Yukarıda ele aldığımız ortaklık sertifikası karşılığında para toplanması davalarından örnek vermek gerekirse topluluk şirketlerinden birine görünüşte ortak olan ancak gerçekte kredi veren konumundaki alacaklı, parasını geri çekmek istediğinde, içi boşaltılmış bir şirketle karşılaşılıyor ve bu sebeple topluluğun çatı kuruluşu olan holding şirketinin bu borçtan sorumlu olduğunun tespitini istiyordu. Yargıtay topluluğun hileli amaçlar için hayata geçirildiğini tespit ederek, bu topluluğu kuran gerçek kişinin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğunun değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Davalı şirketler yönünden ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayarak, bunların aslında tek şirket sayılacağını tespit etmiş ve sonuçta paranın iadesinden, bu şirketlerin müteselsilen sorumlu olacağına karar vermiştir. Yargıtay'ın bu uygulaması tek şirket, işletme veya ekonomik birim olarak nitelendirilebilen tüm topluluk yapıları için örnek alınabilir. Böylelikle topluluk şirketleri tek ekonomik birimin bir parçası olarak müştereken ve müteselsilen sorumlu tutularak, bölümlendirilen ve birbirinden izole edilen malvarlığının bir havuz oluşturması sağlanabilecektir¹³⁴¹. Bu suretle, girişime özgülenen

¹³³⁹ **Blumberg**, Limited, s. 630 dn. 355. Mesela muhtelif topluluklar (*conglomerate groups*) bağlı şirketler bütünsel bir işletme faaliyetinin bileşen parçaları (*fragmented part of an integrated business*) olarak nitelendirilemeyeceğinden bu tip topluluklarda tek ekonomik birim teorisinin uygulanma kabiliyeti oldukça sınırlıdır.

¹³⁴⁰ **LoPucki** ekonomik bütünlüşme (*economic integration*) kıstasının da net bir ölçüt getirmediğini; neyin tam olarak bütünlüşme kapsamında değerlendirilebileceğinin muğlak kaldığını ifade etmektedir. Yazar, bu muğlaklığın mahkeme kararlarının icra edilebilme kabiliyetini atırarak kötüniyetli girişimcilerin sorumluluktan kurtulmalarını önleyeceğini ama bu defa sigortacılık, yatırım maliyetlerinin hesaplanması gibi başka alanlarda sakıncalı sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedir. **LoPucki**, Lynn M., “The Death of Liability”, **The Yale Law Journal**, Vol. 106, No. 1 (Oct., 1996), pp. 1-92. (**LoPucki**, Death).

¹³⁴¹ Bu konuyla ilgili olarak 1984 tarihli *Glenn v Wagner* (Court of Appeals of North Carolina., 13 S.E.2d 832, 1984) kararının gerekçesindeki şu ifadeleri paylaşmak istiyoruz:“... aslında tek bir işletme faaliyeti veya ekonomik girişimin aralarında ana – bağlı şirket veya kardeşlik bağı olan çeşitli şirketler vasıtasıyla yürütüldüğü durumlarda bir şirketin sorumluluğunun kendi tüzel kişiliğinin ötesine geçerek genişletilmesi doğrudur. Böyle bir bölümlendirme veya kısımlara ayırma genelde ana şirket – bağlı şirket şeklinde olmakla birlikte bir gerçek kişi ya da kişilerin aynı işletmenin parçası olan çeşitli şirketlerde pay sahibi olmasıyla da ortaya çıkabilir. Şirketlerden birinin tüzel kişiliğinin göz ardı edilmesi üzerine bu şirket alacaklısının hakları hem bağlı şirket hem de ana şirkete karşı ileri sürülebilir. Ancak, talebin kapsamı işletme faaliyetine tahsis edilen malvarlığı havuzuyla sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, sadece malvarlığının şirketler arasındaki taksimi

malvarlığının alacaklılar açısından bir güvence fonu oluşturması hedefi yargısal olarak gerçekleştirilecektir.

Diğer taraftan topluluk, girişimcilerin kötünietli ve bilinçli tasarımlarının bir sonucu olmamakla birlikte, topluluk hâkiminin hukuk dışı, devamlı ve aşırı hâkimiyet uygulamaları sonucunda da tek ekonomik birim haline gelebilir. Böyle bir durumda da alacaklıya karşı topluluk şirketlerinin müştereken ve müteselsilen sorumluluğu söz konusu olacaktır. Topluluk hâkiminin kendisine bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerini hiçe sayarak ihlal etmesi sonucunda tek şirket gibi faaliyet gösteren bir topluluk yapısı meydana gelmişse ayrılık kuralının bir sonucu olan mal ayrılığı kuralının da artık uygulanabilirliği kalmamıştır. Tüzel kişiliğin ayrılığı kuralını ihlal eden bir tarafın, bu kuralın bir sonucu olan mal ayrılığını ileri sürmesi de bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı olacaktır¹³⁴². Bu sebeple bu tip bir yapıda, her ne kadar topluluğun bilinçli olarak kötünietli hedefleri perdeleme amacıyla hayata geçirilmesi söz konusu olmasa da hukuk dışı müdahaleler mal ayrılığı kuralının gözetilmesini hakkaniyete aykırı hale getirecektir. Bundan dolayı topluluk hâkiminin devamlı ve aşırı müdahaleleri yoluyla hukuka aykırı bir şekilde tek bir şirket, işletme veya ekonomik birim gibi yönetilip sevk edilen bir topluluk içerisinde mal ayrılığı kuralı yargısal olarak uygulanabilir olmaktan çıkarılmalı ve topluluk malvarlığının alacaklı için bir güvence fonu oluşturması sağlanmalıdır.

Topluluk şirketleri tek ekonomik birim olarak nitelendirildiğinde, topluluğu kontrol eden gerçek kişi paysahiplerinin sorumluluğu da mutlaka gündeme gelecektir. Kural olarak tek ekonomik birim yaklaşımı sadece topluluk şirketleri açısından sonuç doğurur¹³⁴³. Kural bu olmakla birlikte olay özelliklerine göre farklı durumlarla karşılaşılabılır. Mesela, tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması, özellikle şirketler topluluğunun sağladığı çok şirketle

dikkate alınmaz; buna karşılık ana şirket veya bağlı şirketlerdeki hissedarların şahsi malvarlığına müracaat edilemez.”

¹³⁴² Çelişik davranış ve kendi haksızlığına dayanarak hak ileri sürme (*nemo auditurproprium turpitudinem allegans*), hakkın kötüye kullanılmasının görünümlerindendir. **Serozan**, s. 277, 279.

¹³⁴³ Bu bağlamda ABD Federal İstinaf Mahkemesi'nin (*the United States Court of Appeals*) *Gartner v. Snyder* (607 F.2d 582 (2d Cir. 1979) kararındaki uygulaması örnek gösterilebilir. Mahkeme tek ekonomik birim yaklaşımının - ABD'de kullanılan yaygın deyimle işletme sorumluluğunun (*enterprise liability*) - sadece topluluk şirketleri için uygulanabilir olduğunu; kontrol sahibi hâkim paysahibinin şahsen sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Dava konusu olayda, emlakçılık yapan bir şahıs kendisine bağlı üç şirketi New York'ta bulunan bir inşaat projesinde kullanmıştır. Bu üç şirket aslında tek şirket gibi hareket etmektedir. Bütün belgeler tek dosyada toplanmakta; bütün mali kayıtlar tek bir muhasebe hesabı altında tutulmakta; bir bağlı şirket diğer bir şirketin antetli kağıdını kullanarak yazışmalar yapmakta; tüm şirketler aynı ofisi kullanmakta ve kurumsal formalitelere riayet edilmemektedir. Bu sebeplerle, mahkeme işletme sorumluluğunun uygulanma şartlarının oluştuğunu tespit etmiş; ancak bu şirketleri kullanan şahsı kapsam dışı bırakmıştır. **Bainbridge**, *Abolishing*, s. 527.

faaliyet gösterebilme imkânının kötüye kullanılması halinde gündeme gelebilecektir¹³⁴⁴. Gerçek kişi girişimci, topluluğun hâkimi olarak bulunuyor ve topluluk şirketlerini eşgüdüm içerisinde bizzat yönetiyorsa onun bazı eylemleri, geleneksel perdeyi kaldırma kapsamında da değerlendirilebilir. Mesela, TTK m. 195 bağlamında topluluk hâkimi teşebbüs olarak değerlendirilebilecek bu şahsın, bağlı şirketler arasındaki kaynak aktarımları, borçlu bağlı şirketi yetersiz malvarlığıyla faaliyette bulunmaya zorlaması gibi bazı somut davranışları, aldatıcı ve hileli davranış olarak nitelendirilebilir. Bu durumda, geleneksel perdeyi kaldırmada aranan iki aşamalı inceleme kapsamında bir değerlendirme yapılarak perdenin kaldırılması yoluna gidilebilir. Özellikle, bu çalışmanın odağında yer alan küçük, dışa kapalı (*closely held*) şirketlerden müteşekkil topluluklar için bu durum söz konusu olabilecektir. Böyle bir yapının varlığı halinde, bağlı şirketten elde edemediği alacağı sebebiyle zarara uğrayan bir alacaklı, tek ekonomik birim haline gelen topluluk şirketlerinin birlikte sorumluluğunu ileri sürebileceği gibi; alacağını elde edememesinin, topluluk hâkiminin aldatıcı ve hileli bir davranışından kaynaklandığını ortaya koyabiliyorsa geleneksel perdeyi kaldırma bağlamında onun şahsen sorumluluğunu da ileri sürebilmelidir. Geleneksel perdeyi kaldırmanın uygulanma şartlarını ortaya koymak mümkün olmuyorsa alacaklı, topluluk hâkimi şahsın haksız fiil hükümleri veya fiili yöneticinin sorumluluğu kapsamında sorumluluğunu da talep edebilir¹³⁴⁵. Özellikle, topluluğun yapısal olarak kötüye kullanıldığı açıkça anlaşılamıyorsa; yani topluluk, topluluk hâkiminin aşırı müdahaleleri sonucunda tek ekonomik birim haline dönüşmüşse topluluk hâkimi konumundaki gerçek kişi - veya kişilerin - haksız fiil veya fiili yöneticinin sorumluluğu kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir. Buna karşılık, pay sahibi gerçek kişiler, sadece topluluk hâkimi ana şirketin hâkim ortağı olmaları sebebiyle şahsen sorumlu tutulamaz¹³⁴⁶. Mutlaka onlara ithaf edilebilir bir hileli davranış, topluluğun idaresiyle alakalı kınanabilir bir yönetim tarzı veya müdahale, haksız fiil veya yöneticinin sorumluluğu kapsamında ele alınabilecek kusurlu bir hareketin varlığına ihtiyaç vardır.

Sonuç olarak topluluğun tek ekonomik birim haline geldiği tespit edilmişse sorumluluğun kapsamı da buna uygun bir şekilde belirlenmelidir. Böyle bir topluluk yapısı söz konusuysa topluluğa dâhil şirketlerin müştereken ve müteselsilen sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Bu

¹³⁴⁴ Bu durumun tipik örneği yukarıda ele aldığımız *Walkovszky* ve diğer *taxicab* kararlarında görülen topluluk yapılarıdır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 295.

¹³⁴⁵ Bu sorumluluk halleri yukarıda genel hükümler başlığı altında ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bkz. Yuk. Sh. 227..

¹³⁴⁶ **Bainbridge**, *Abolishing*, s. 528.

durum tek ekonomik birim tespitine dayalı olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasının doğal bir sonucudur¹³⁴⁷.

4. İspat Yüğü

Topluluğun tek ekonomik birim haline geldiğinden bahisle perdenin kaldırılması ve topluluğun diğer üyelerinin, bağılı şirket tarafından ifa edilemeyen borç sebebiyle sorumlu tutulmaları talebiyle açılacak bir davada ispat konusu önemli bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Böyle bir davada topluluğun gerçekten ayrılık ilkesini gözetken çok şirketli bir yapı mı yoksa dışa karşı böyle bir görüntü vermekle birlikte gerçekte tek bir işletme mi olduğu hususu mahkemenin temel araştırma konusu olacaktır.

Mahkemenin bunu yaparken topluluğun bir profilini çıkarması gerekmektedir. Bunun için de topluluğun iç işleyişiyle ilgili kapsamlı bir incelemede bulunması icap eder. Ancak bağılı şirket alacaklısı davacıdan topluluğun iç işleyişini bilmesi ve onu tek bir ünite, işletme haline getiren uygulamalardan detaylı bir şekilde haberdar olması beklenemez¹³⁴⁸. İspat yükü büyük oranda davalı topluluk şirketlerinde olacaktır. Bunlar topluluğun tek işletme veya ekonomik birim olmadığını ispat etmelidir¹³⁴⁹.

Topluluğun bilinçli olarak, sorumluluğun önlenmesi amacıyla aşırı bölümlendirilen bir ekonomik faaliyet üzerinde inşa edildiği iddia ediliyorsa mahkemenin üzerinde yoğunlaşacağı vakıalar daha çok topluluğun yapısal özellikleri olacaktır. Bu bağlamda davacı topluluğa mensup bağılı şirketlerin bir bölüm, şube veya başka isimle adlandırılabilen bir şirket bileşeni gibi hareket ettiğini gösterir olguları ortaya koyabilmelidir. Buna karşılık davalı topluluk hâkimi ve bağılı şirketlerin, somut veriler ışığında topluluk şirketlerinin iddia edildiği gibi girişime özgülenen malvarlığının bölümlendirilmesi ve gerçek irade sahibi işletme ve yöneticilerin gizlenmesi amacıyla değil, açıklanabilir iktisadi gerekçelerle hayata geçirildiğini ispat etmeleri gerekir.

Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse son yıllarda gittikçe yaygın hale gelen, özel hastanelerde istihdam edilen doktorlara şirket kurdurulması ve görünüşte onlardan hizmet satın alınması bu anlamda açıklayıcı olabilir. Bu şekilde faaliyet gösteren bir özel hastanede tedavi gören ve tıbbi hataya maruz kalan bir hasta ayrılık kuralı gereğince sadece kendisini tedavi eden doktorun kurucusu olduğu şirkete müracaat edebilmelidir. Zira hastane kâğıt üzerinde sadece o

¹³⁴⁷ **Yazıcı**, s. 165.

¹³⁴⁸ **Küçük**, s. 319.

¹³⁴⁹ **Dearborn**, s. 253.

şirketten hizmet satın alan konumunda olduğundan, davacı hastanın uğradığı haksız fiille bir alakası olmadığını iddia edebilir. Böyle bir durumda, davacının söz konusu çok şirketli yapının gerçek durumu gizlemek ve muhtemel sorumluluk iddialarına karşı önlem almak için oluşturulmuş bir mizansenden öte bir anlamının olmadığını gösterecek olguları ortaya koyması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin hastaneyi yöneten irade olarak tepe konumunda bulunan işletmenin aslında işveren olduğunu; ona hizmet sunan şirketlerin kurucusu ve ortağı pozisyonunda olan doktorların da aslında işçi oldukları; çünkü bu şirketlerin başka hiçbir ticari faaliyetlerinin bulunmadığını gösterecek olguları ileri sürebilir ve bu hususların araştırılmasını mahkemeden talep edebilir. Genel olarak davacı böyle çok şirketli bir yapı bulunmasa, doktorlar gerçekliğe uygun bir şekilde iş akdi imza edilerek istihdam edilseler hastanenin de adam çalıştıranın sorumluluğu gereğince meydana gelen sonuçtan dolayı kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabileceğini, bunun önüne geçmek için bilinçli olarak çok şirketli bir yapının hayata geçirildiğini ileri sürebilir. Buna karşılık davalı topluluk hâkimi ve diğer şirketlerin böyle haksız bir amaç için değil; meşru ve tutarlı iktisadi gerekçelerle çok şirketli bir yapıyı hayata geçirdiklerini ispat etmeleri gerekir.

Bu şekilde bilinçli bir yapılandırmadan ziyade uygulamada devamlı ve kapsamlı müdahaleler sebebiyle topluluğun tek ekonomik birim veya işletme gibi faaliyet gösterdiği iddia ediliyorsa davacının bu hususlara ilişkin olguları ortaya koyması gerekir. Alman hukukunda nitelikli fiili konzern olarak adlandırılan bu olguyla ilgili verilmiş kararlarda, ispat meselesi de tartışma konusu yapılmıştır. Uygulamacılar için yol gösterici olabileceği düşünüldüğünden kısaca BGH'nin uygulamaları hakkında bilgi vermek faydalı olabilir.

Bu davalardan ilki olan *Autokran*'da BGH davacının ispatla ilgili karşılaşacağı zorlukları dikkate alarak hâkim işletmenin bağlı şirketleri devamlı ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) müdahaleleriyle fiilen yönetiyor olmasının bağlı şirket menfaatlerinin göz ardı edildiği yönünde bir karine oluşturacağını kabul etmiştir. Bu karineye göre hâkim işletme bağlı şirketleri konzernin menfaatlerini esas alarak idare etmektedir. Bu karinenin aksini ispat yükü topluluk hâkimindedir. Bu kapsamda topluluk hâkiminin benzer şartlar altında bağımsız bir şirket yönetiminin de aynı şekilde hareket edeceğini ortaya koyması gerekmektedir¹³⁵⁰. BGH daha sonra aldığı *Tiefbau* ve *Video* kararlarında ise bu karinenin çürütülmesiyle ilgili olarak topluluk hâkiminin ispat yükümlülüğünün kapsamını daha da daraltmıştır. Bu kararlarda bağımsız bir şirket yönetiminin de benzer nitelikte kararlar alabileceği hususunun değil; zararın topluluk hâkimine atfedilen

¹³⁵⁰ Yanlı, s. 214 dn. 932.

yönetime etki gücüyle ilgili olmayan sebeplerden kaynaklandığının ispatını aranmıştır. BGH bu yaklaşımını da bir süre sonra verdiği *TBB* kararında tekrar değiştirmiştir. Bu kararda *Autokran* kararıyla kabul edilen karine artık terk edilmiştir. Buna göre kapsamlı ve devamlı müdahale pratiğinin doğrudan bağlı şirket menfaatlerinin göz ardı edildiği yönünde bir karine oluşturduğu ve bu sebeple münferit tedbirlerle ortadan kaldırılamayacak nitelikte bir zararın meydana geldiği yönündeki kabul artık geçerli olmayacaktır. Mahkeme davacının bu hususu ispatla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Ancak topluluk içi ilişkilerin dışında olan bir alacaklının bu hususları ispatı noktasında da ona bir kolaylık tanınmalıdır. Bu bağlamda alacaklının iki durumun varlığını ispat etmesi yeterli görülmektedir: ilk olarak hâkim işletmenin objektif anlamda kötüye kullanma şeklinde yorumlanabilecek bir biçimde bağlı şirkete müdahalelerde bulunduğu ve ikinci olarak bu müdahalelerin bireyselleştirilemediğidir¹³⁵¹.

Bu açıklamalar ışığında topluluk hâkiminin aşırı ve süreklilik arz eden bir müdahale politikası benimsediği ve bu suretle tek şirket gibi faaliyet gösteren bir yapının meydana geldiği topluluklarda, bağlı şirket alacaklısı böyle bir yapının varlığını bir sorumluluk sebebi olarak ileri sürecektir. Bu bağlamda BGH'nin *TBB* kararında da belirtildiği gibi topluluk hâkimi davalı teşebbüsün topluluğu kapsamlı ve süreklilik arz eden müdahalelerle fiili olarak yöneten irade olduğunu gösterebilecek vakıalar ortaya koyulmalıdır. Bu kapsamda mahkemenin dikkatine sunulacak konular şunlar olabilir: topluluk şirketlerinin hareket alanlarının genişliği, ortak yönetim, ortak çalışanlar ve işyeri, malvarlığının karışması, ortak banka hesapları, tek elden finans yönetimi, topluluk şirketleri arasındaki para trafiği, dışa karşı verilen birlik imajı, topluluk şirketlerinin bir mal saklama aracı veya bir cep gibi kullanılması, şirketler arasındaki malvarlığı ayrılığına önem gösterilip gösterilmediği, şirketlerin araç, gereç, personel, bina gibi varlıklarının ortak kullanıldığı, topluluk şirketlerinin büyük oranda birbirleriyle ticari ilişki içerisine girdikleri ve sair hususlar.

Örnek kabilinden sayılan bu olgular topluluğun esasında topluluk hâkiminin güdümünde tek ekonomik birim veya ünite haline geldiğini gösteren olgulardır. Burada sayılan veya sayılmayan her olgu davacı tarafından ileri sürülebilir. Bu olguların varlığını gösterir emareler yeterince ortaya konulmuşsa davacı alacaklı lehine zararın bu hukuk dışı, çarpık topluluk yapısından kaynaklandığı yönünde bir karine kabul edilmelidir. Buna karşılık davalı topluluk hâkiminin bağlı şirketlerin kanun tarafından tanınan özerk alanlarına, izin verilen sınırlar ötesinde bir müdahale uygulamasının yerleşik olmadığı, TTK hükümleriyle çerçevesi çizilen müdahale

¹³⁵¹ Yanlı, s. 214 dn. 932.

sınırlarında kalındığı ve dolayısıyla topluluğun yapısal olarak tek işletme/ekonomik birim veya ünite olarak nitelendirilmesinin maddi gerçeklikle doğrulanamadığını ispat etmesi gerekmektedir.

3.3.2.3.3. Değerlendirme

Şirketler topluluğunda topluluk hâkiminin hâkimiyeti hukuka aykırı kullanması ve bu suretle bağlı şirketi borçlarını ifa edemez hale getirmesi, gerek TTK özel hükümleri gerekse haksız fiil ve yöneticinin sorumluluğuyla alakalı genel hükümler kapsamında bağlı şirket alacaklısı tarafından bir sorumluluk sebebi olarak ileri sürülebilir. Topluluk tehlikesi kavramı altında değerlendirilmesi gereken bu riske karşı hâkim ortağın belirli işlem veya eylemiyle ilgili olarak çözüm getiren geleneksel perdeyi kaldırma yolunun uygulanabilirliği şüphelidir. Bu sebeple, topluluğun yapısal özelliklerini de dikkate alan bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yaklaşımına ihtiyaç vardır. Özellikle, hukuken çok şirketli bir yapı olmakla birlikte tek işletme gibi faaliyet gösteren topluluklarda, topluluk tehlikesinin gerçekleşmesi ve bağlı şirketin borçlarını ödeyemez bir hale gelmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Bunun dışında şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyette bulunabilme imkânının istismarı ihtimali de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle ileride meydana gelebilecek sorumluluk hallerine karşı önlem amacıyla, bazı bağlı şirketler mal saklama aracı olarak kullanılmak üzere hayata geçirilmiş olabilir. Sınırlı sorumluluğu daha da sınırlandırmak amacıyla çok şirketli bir yapı oluşturulmuş olması mümkündür. Bu bağlamda topluluğun yapısal özelliklerini dikkate alan ve onun işletme temeline odaklanan bir perdeyi kaldırma yöntemine ihtiyaç vardır.

Böyle bir uygulamanın geliştirilmesinde Anglo – Amerikan hukuk sistemlerinde uygulanan tek ekonomik birim, tek işletme veya işletme sorumluluğu gibi isimlerle anılan yöntemden ilham alınabileceğini düşünmekteyiz. Yargıtay da bazı kararlarında tek şirket sayılma, iktisadi bütünlük, tek ekonomik birim / ünite gibi kavramları kullanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gitmiştir; ancak sistemli bir uygulamanın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bazı durumlarda Yargıtay geleneksel perdeyi kaldırmada aranan aldaticı / hileli davranış şartının varlığını sıkı sıkıya aramış ve bu şartın gerçekleşmediğini belirterek perdenin kaldırılması yönündeki talepleri geri çevirmiştir. Topluluğun yapısal özelliklerinden kaynaklanan sorunların çözümünde, geleneksel perdeyi kaldırmada anlamlı olan davranışçı bir uygulamanın her hâlükârda sonuç vermesi zaten beklenmemelidir. Geleneksel perdeyi kaldırma yöntemleri, münferit bir şirketin borçtan kaçınma veya bir olguyu gizleme aracı olarak kullanılması ve bu tip bir araçsallaştırmanın, aldaticı / hileli davranış olarak nitelendirilmesi haline cevap olarak

geliştirilmiştir. Bu yöntem şirketler topluluğunun yapısal özelliklerinden kaynaklanan sorunlara uygulandığında, hemen her zaman aldatıcı bir davranışta bulunma şartının gerçekleşip gerçekleşmediği, tereddüte yol açacaktır. Geleneksel perdeyi kaldırmada uygulandığı biçimiyle bir uygulama benimsenirse bu şartın yokluğu gerekçe gösterilerek davanın reddi yoluna gidilecek; daha esnek bir yaklaşım kabul edilirse topluluğun tek bir birim, ünite, şirket gibi faaliyet gösterdiğinden bahisle perdenin kaldırılması kabul görebilecektir. Uygulamada her iki yola da tevessül edildiği görülmektedir. Uygulamada görülen bu tereddütleri göstermesi açısından yukarıda ele aldığımız SC kararı iyi bir örnektir¹³⁵². İkinci ihtimalde, yani aldatıcı davranış şartının hiç aranmadığı veya bununla ilgili esnek bir uygulama çerçevesi benimsendiğinde mahkemelerin somut olay özellikleriyle irtibatlandırmaksızın ve olayla ilgili olup olmadığını değerlendirmeksizin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisiyle alakalı bütün kavramları bir arada kullanarak perdenin kaldırılması yoluna gittiği görülmektedir. Bu bağlamda formül gerekçeler kullanılarak perdenin kaldırılması da yukarıda değindiğimiz otomatizm sorununa da yol açabilecektir¹³⁵³.

Söz konusu tereddüt ve sakıncaları ortadan kaldırmak, daha tutarlı ve öngörülebilir bir yargı uygulaması geliştirmek için topluluğun yapısal özelliklerini göz önünde bulunduran, özgün bir perdeyi kaldırma yaklaşımına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla topluluğun yapısal çarpıklığını da dikkate alan daha sistemli bir uygulama benimsemek yararlı olacaktır. Bu suretle şirketler topluluğunun yapısal olarak istismarıyla daha etkin bir şekilde mücadele edilebilir ve mağduriyetlerin önüne geçilebilir. Bununla birlikte topluluk hâkiminin sistematik hale gelen hukuk dışı müdahaleleri sonucunda, tek işletme veya ekonomik birim olarak faaliyet gösteren bir yapıya dönüşen topluluklarda, bağlı şirket borçlarından dolayı alacaklıların diğer topluluk şirketlerine müracaat edebilmeleri mümkün hale gelecektir. Topluluk hâkiminin kontrolü altında faaliyet gösteren bağlı şirketlerin, ödeme güçlüğü içerisine düştüğü durumlarda, topluluğun tek ekonomik birim haline gelen yapısını dikkate alan bir uygulama daha öngörülebilir sonuçlar doğuracaktır. Bu tip yapılarda soruna yol açan temel unsur topluluk hâkiminin topluluk menfaatini göz ardı eden; bağlı şirketlerin varlığını tehlikeye düşüren kötü hâkimiyet uygulamalarıdır. Bu uygulamalar geleneksel perdeyi kaldırmada arandığı haliyle aldatıcı/hileli davranış olarak nitelendirilemez; çünkü topluluk hâkimi bağlı şirket tüzel kişiliğini, borçtan kurtulma veya yükümlülüğü gizleme amacıyla bir perdeleme vasıtası olarak kullanmamaktadır.

¹³⁵² Bkz. Yuk. s. 371.

¹³⁵³ Bkz. Yuk. s. 386.

Sorun, topluluk hâkiminin, bağlı şirketleri kendi ticari menfaatleri doğrultusunda araçsallaştırması ve bu suretle borçlarını ifa edemez hale getirerek onların alacaklılarının da zararına yol açmasıdır. Burada, topluluk hâkiminin doğrudan bağlı şirket alacaklılarına yönelik hileli bir davranışı bulunmadığından geleneksel perdeyi kaldırma teorisi bir çözüm getirmemektedir. Dolayısıyla davranışçı bir uygulamada ısrar etmek, bu sorunu çözümsüz bırakacaktır. Böyle bir sonuç hakkaniyetle bağdaşmaz. Şirketler topluluğunun meşruiyet kaynağı olan topluluk menfaatini dikkate almayan bir hâkimiyet politikası belirleyerek, bağlı şirketleri ve dolayısıyla topluluğu yapısal olarak araçsallaştıran topluluk hâkimi, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmelidir. Onun hukuk dışı müdahaleleri sonucunda oluşan bu yapı sebebiyle topluluk tehlikesi olarak nitelendirilen sakıncalı durumlar ortaya çıkmış ve bağlı şirket alacaklıları da bundan zarar görmüştür¹³⁵⁴. Bu bağlamda tek odaktan yönetilen ve de tek ekonomik birim olarak faaliyet gösteren böyle bir topluluğun, hukuka aykırı yapısını odağına alan bir perdeyi kaldırma uygulaması daha adil sonuçlar doğuracaktır.

Bahsi geçen sakıncaların önlenmesi ve ihtiyaç duyulan tarzda, topluluğun yapısal özelliklerini odağa alan özgün bir uygulamanın geliştirilebilmesi için tek ekonomik birim teorisinden yararlanılarak birtakım önerilerde bulunulmuştur. Mevcut uygulamaya göre daha öngörülebilir ve tutarlı bir yargı uygulaması için dikkat edilmesi gereken hususlar üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda geleneksel perdeyi kaldırmadaki yerleşik uygulama da göz önünde bulundurularak tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılması uygulaması için de iki aşamalı bir test önerilmektedir. İlk aşamada topluluğun tek ekonomik birim olarak yapılandırılıp yapılandırılmadığı veya topluluk hâkiminin aşırı ve sürekli hâkimiyet uygulamaları sonucunda böyle bir yapıya bürünüp bürünmediği araştırılacaktır. Topluluğun görünen çok şirketli yapının aksine tek işletme veya ekonomik birim olarak faaliyet gösterdiği tespit edilirse ikinci aşamaya geçilecek ve bu yapının kınanabilirliği araştırılacaktır. İkinci aşama bir yerde geleneksel perdeyi kaldırma için uygulanan testin ikinci aşamasındaki aldatici / hileli davranış şartına benzetilebilir. Burada davranıştan ziyade yapının hukuka aykırılığı ve böyle bir yapının varlığına rağmen ayrılık ilkesi ve sınırlı sorumluluk kuralına bağlı kalmanın yol açacağı hakkaniyet duygularını zedeleyen sonuçları üzerinde yoğunlaşılacaktır. İkinci aşamada yapılan inceleme sonucunda, tek ekonomik birim olduğu tespit edilen topluluk yapısının, kamuya karşı hileli amaçları kolaylaştırmak veya topluluk faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluk iddialarını dışla mak için hayata geçirilen, hukuk düzeninin benimsediği prensiplerle çatışan, topluluk tehlikesi riskinin gerçekleşmesi

¹³⁵⁴ Topluluk menfaati ve topluluk tehlikesi kavramları için bkz. Yuk. ss. 152, 156.

sonucunda hakkaniyete aykırı mağduriyetlere yol açacak bir yapı olduğu kanaatine varlırsa perdenin kaldırılması yoluna gidilebilecektir.

Tek ekonomik birim kıstası uygulanırken üzerinde durulması gereken diğer konular, topluluk yapısının hukuka aykırı niteliği, hukuki dayanak, sorumluluğun kapsamı ve ispat meselesi şeklinde sıralanabilir. Bu meseleler yukarıda ayrı başlıklar altında detaylı bir şekilde tartışılmıştır. Aslında her bir başlıkta topluluğun bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumluluğu sonucunu doğuran temel meselenin farklı bir boyutu ele alınmıştır. Sorumluluğa yol açan bu temel mesele hukuki görünüşe göre bir şirketler topluluğu var olmakla birlikte iktisadi gerçekliğe göre aslında tek şirket gibi hareket eden bir yapının varlığıdır.

SONUÇ

İktisat tarihinin görece yeni bir aşamasında bulunduğumuz bu evrede ekonominin ana aktörlerinden biri haline gelen şirketler topluluğu bir şirket kümelenmesi olarak görülmekte ve bu bağlamda bir özel hukuk tüzel kişiliği olan ticaret şirketini düzenleyen şirketler hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Oysaki müstakil ve münferit tek bir şirket modeline göre şekillenen bu kurallar şirketler topluluğunun ortaya çıkardığı yeni sorunlar karşısında etkisiz kalmaktadır. Uygulamada gelişen sorunlar şirketler topluluğunu düzenleme zorunluluğunu dayatmaktadır. Bu anlamda şirketler topluluğunu başlı başına bir olgu olarak kabul etme ve yapısal özelliklerini dikkate alarak kısmen de olsa düzenleme altına alma yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır. Alman hukukunun başını çektiği bu anlayış, doğası gereği sorumluluk meselesine de topluluğun yapısal özelliklerini göz önünde bulundurarak bakmayı gerektirmektedir. Buna sebep olan temel endişe, “topluluk tehlikesi” kavramı altında ele alınan risklerdir.

Topluluğa hâkim olan irade, diğer bir deyişle topluluk hâkimi, çeşitli işletme hedefleri koyarak, kurallar kabul ederek veya doğrudan müdahalelerde bulunarak hâkimiyeti altındaki topluluk şirketlerini perde gerisinden idare edebilir. Bu şekilde topluluk hâkiminin tamamen kendi menfaatlerini veya kendine göre şekillendirdiği topluluğun genel menfaatlerini üstün tutarak bağlı şirketin menfaatlerini feda etmesi şirketler topluluğu yapısının ortaya çıkardığı özgün bir sorundur. Bu sebeple şirketler topluluğuna özgü, onun yapısal özelliklerini dikkate alan önleyici ve telafi edici önlemlere ihtiyaç duyulmuştur. Öte yandan topluluk yapısının ortaya çıkardığı menfaat çatışmaları sadece topluluk şirketlerini değil bu şirketlerin paydaşlarını da etkileyebilir. Bu sebeple bağlı şirketin azınlık pay sahiplerini, alacaklılarını, çalışanlarını ve şirketle ilişki içerisine giren diğer tüm paydaşları gözetken bir yaklaşım geliştirilmesine ihtiyaç vardır.

Bu kapsamda meseleyi şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan bir sorun olarak değerlendiren hukuk düzenleri, başta Alman hukuku olmak üzere, hâkimiyetin kötüye kullanılmasını ve bu suretle bağlı şirketin zarara uğratılmasını önleyici kurallar kabul etmiştir. Ancak sadece zararın önlenmesine odaklanan bir çerçeve eksik kalacaktır. Bu sebeple zararın gerçekleşmesi halinde bunun telafisini öngören bir sorumluluk rejimi de düzenleme altına alınmıştır. Alman konzern hukukunun dogmatik temellerini oluşturan APOK’un bu yaklaşımını örnek alan Türk kanun koyucusu da 2012 yılında yürürlüğe giren TTK’da benzer bir hukuki çerçeve benimsemiştir. Bu düzenlemelerle getirilen sorumluluğa ilişkin hükümler de aslen,

topluluk tehlikesi olarak nitelendirilen riskin önlenmesine yöneliktir. Bununla birlikte önleyici kuralların yetersiz kalması ihtimali de düşünülerek hâkimiyetin kötüye kullanılması sonucunda ortaya çıkan bağlı şirket zararının tazminini amaçlayan bir sorumluluk rejimi de benimsenmiştir.

TTK'da bulunan özel hükümlerle çerçevesi belirlenen Türk şirketler topluluğu sorumluluk hukukunun temel amacı, topluluk tehlikesi olarak ifade edilen riskin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan bağlı şirket malvarlığındaki eksilmeyi gidermektir. Bunun için genel hükümlerle öngörülenden farklı, topluluk hâkimine önemli avantajlar sağlayan bir giderim yöntemi belirlenmiştir. Topluluk hâkimi, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini hukuka aykırı kullanarak bağlı şirkette bir kayba yol açmışsa öncelikle bu kaybı o yılsonuna kadar denkleştirmelidir. Denkleştirmenin fiilen yapılması şart değildir; kayba denk bir talep hakkı tanınması da mümkündür. Topluluk hâkimi, bu süre zarfında denkleştirmede bulunmazsa bu defa bağlı şirketin zararını tazmin etmek durumunda kalabilecektir. Dolayısıyla denkleştirme, zararın tazminini askıya alan bir işleve sahiptir. Görüldüğü üzere denkleştirme gibi bir imkânı sağlayan bu sorumluluk rejiminin topluluk hâkimi yönünden önemli faydaları vardır. Öncelikle topluluk hâkimine süre kazandırmakta; tazminat gibi geniş ve külliyatlı sonuçlar doğurabilecek bir giderim yerine denkleştirme yoluyla sorunu çözmeyi mümkün kılmakta; üstelik bunu maddi olarak gerçekleştirmek zorunda olmaksızın hak tanıyarak dahi gerçekleştirebilmektedir. Dahası denkleştirme topluluk kaynaklarının yine topluluk içerisinde kalmasını sağlamaktadır. Denkleştirme sistemine bağlı özel sorumluluk rejimi olmasaydı, bağlı şirket alacaklıları genel hükümlere dayanarak zararlarının tazmini için topluluk hâkimine başvurabilecek ve taleplerinin kabulü halinde zararın tazmini topluluğun malvarlığından karşılanacaktı. Oysaki denkleştirme topluluk malvarlığının, yine topluluk bünyesinde kalmasını sağlamak ve üçüncü şahıslar lehine azalmasına engel olmaktadır.

Topluluk hâkimine bu kadar önemli imtiyazlar sağlayan böyle bir sorumluluk rejimi ancak belirli şartlar dâhilinde uygulanabilir. Tek cümleyle ifade etmek gerekirse, topluluk hâkiminin, topluluk menfaati kavramını gözeterek, Kanun'un çizdiği sınırlar dâhilinde yapmış olduğu hâkimiyet uygulamalarının yol açtığı kayıp ve zararın giderimi, bu imtiyazlı sorumluluk rejiminin kapsamı içerisinde. Topluluk hâkiminin, bu sınırları aşan müdahalelerinin yol açtığı zarar, genel hükümler kapsamında da talep edilebilir; zira imtiyazlı sorumluluk rejimi, kendisine bağlı şirketlerin varlığına ve tüzel kişiliğine saygı gösteren, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumlu bir şekilde kullanan ortaklıklara sağlanan bir imtiyazdır. Ancak kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde yapılan müdahaleler sonucunda bir kayıp meydana gelirse denkleştirme esasına

dayalı özel sorumluluk rejimi münhasıran uygulanabilir olacaktır. Topluluk hâkimi bu sınırları gözetmiyor, sistematik bir şekilde, devamlı ve kapsamlı müdahalelerde bulunarak bağlı şirketi bizzat yönetiyorsa hangi kaybın topluluk hâkiminin müdahalelerinden, hangisinin bağlı şirketin kendi işleyişinden kaynaklandığını tespit etmek mümkün olmayacaktır. Kayba yol açan müdahalenin bireyselleştirilememesi veya büyüklüğünün hesaplanamaması sebebiyle tespiti mümkün olmuyorsa denkleştirilmesi de imkân dâhilinde olmayacağından, TTK sorumluluk rejimi münhasıran uygulanabilir olmaktan çıkacaktır. Alacaklı, Alman hukukunda nitelikli fiili konzern (*qualifiziert faktische Konzern*) olarak vasıflandırılan bu uygulama kalıbının yerleşik olduğu topluluklar için TTK hükümlerine müracaat ederek bağlı şirketten elde edemediği alacağı sebebiyle uğradığı zarar için bir çözüm arayışına girebilir. Ancak özel hükümlerle getirilen bu sorumluluk rejimi alacaklı açısından etkin bir koruma sağlamamaktadır; çünkü alacaklı sadece bağlı şirket zararının yine bu şirkete ödenmesi için TTK'da öngörülen tazminat davalarını açabilmektedir. Oysaki alternatif olarak başvurulabilecek genel hükümler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bizzat kendi zararının kendisine ödenmesini mümkün kılmaktadır.

TTK'nın özel hükümleriyle getirilen imtiyazlı sorumluluk rejiminin münhasıran uygulanabilir olmadığı durumlarda, genel hükümler, bilhassa haksız fiil ve fiili yöneticinin sorumluluğu hükümleri uygulama yeri bulabilecektir. Ancak uygulamada alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanarak mahkemelere müracaat ettikleri görülmektedir. Mahkemeler de bu teoriyi son yıllarda yaygın bir şekilde uygulayarak bir sonuca varmaktadır.

Kanuni düzenlemelere esin kaynağı olan yapısalıcı yaklaşımdan farklı olarak, ortaya çıkış ve gelişim sürecinde genel kabul gören anlamıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi topluluk hâkiminin eylemlerine odaklanmaktadır. Bu haliyle davranışçı bir yaklaşıma dayanan bu uygulama, topluluk hâkiminin kendisine bağlı şirketlere Kanun'la sağlanan sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik gibi imkânları, kötüye kullanıp kullanmadığı sorunu çerçevesinde konuyu ele almaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşım kapsamında, topluluk tehlikesi olarak ifade edilen, topluluğun yapısal özelliklerden kaynaklanan soruna bir çözüm yolu getirilememektedir. Meseleye sadece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi için gerekli koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlı bir bakış açısıyla yaklaşılmaktadır. Buna göre her olayda aynı zamanda hâkim ortak konumunda olan topluluk hâkiminin kendisine bağlı şirketi bir perdeleme aracı olarak kullanıp kullanmadığı araştırılmaktadır. Bu yaklaşıma göre şirketler topluluğunun şirketlerden ayrı bir olgu olarak ele alınmasına gerek yoktur.

Mevcut hukuki düzenlemelerle getirilen sorumluluk rejiminin etkinliği de dikkate alındığında, şirketler topluluğunun yapısal özelliklerini kapsam dışı bırakan bir perdeyi kaldırma uygulamasının, topluluk tehlikesi olarak ifade edilen riske karşı bir önlem geliştirmede eksik kalacağı düşünülmektedir. Salt alacaklılar açısından yapılacak bir değerlendirmeye, topluluk tehlikesi olarak ifade edilen sorun, topluluk hâkiminin, hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini sorumsuzca kullanmasından ve bu suretle bağlı şirketleri borçlarını ifa edemez bir hale getirmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla topluluk hâkiminin, bağlı şirket alacaklısına yönelik, doğrudan onun ifaya kavuşmasını engelleyici bir tavrı veya davranışı bulunmamaktadır. Bu sebeple, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin yerleşik uygulamasında olduğu gibi perde gerisinde bulunan hâkim ortağın sınırlı sorumluluk ve ayrılık kurallarını istismarıyla sınırlı, salt davranışçı bir çerçevede uygulanması soruna tam anlamıyla bir çözüm getirmeyecektir. Topluluk tehlikesi, geleneksel perdeyi kaldırma davalarında görüldüğü gibi bir borç veya yükümlülüğün kaçınmak amacıyla şirketin bir perdeleme aracı gibi kullanılması kapsamında değerlendirilebilecek bir konu değildir. Dolayısıyla teorisinin yerleşik yorumunda arandığı şekliyle şirketin bir perdeleme işlevi görmek üzere araçsallaştırılması ve perde gerisinde bulunan hâkim ortağın aldatici veya hileli davranışlarda bulunarak üçüncü kişilerin zararına yol açması şeklinde formüle edilen uygulanma şartları şirketler topluluğu söz konusu olduğunda görülmeyebilir. Böyle bir durumda ortaya çıkan zararın bağlı şirket alacaklısı üzerinde bırakılması hakkaniyet duygularıyla bağdaşan bir çözüm yolu olmayacaktır. Şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan bu gibi sorunlara yapısal çözüm yolları getirilmelidir. Bu durumun farkında olan kanun koyucu da TTK'da şirketler topluluğunu münferit şirketlerden farklı bir olgu olarak değerlendiren bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bunlar etkili bir çözüm getirmemekle birlikte, öngörülmüş olmaları dahi en azından bu sorunun varlığının tanınması açısından olumludur. Mevcut koşullarda TTK özel hükümlerinin bağlı şirket alacaklısına sağlamadığı koruma tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sağlanabilir. Bu kapsamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi tamamlayıcı bir önlem olarak kullanılabilir.

Topluluk tehlikesi dışında, şirketler topluluğunun alacaklılar açısından ortaya çıkarabileceği diğer önemli bir sorun, bizzat bu yapının sunduğu işletmeyi çok şirketli bir yapı altında organize edebilme imkânının kötüye kullanılmasıdır. Uygulamada farklı şekillerde görüldüğü üzere; girişimciler, hukuk düzeninin sunduğu sınırlı sorumluluk imkânını daha da güçlendirmek ve hatta sorumluluğu tamamen bertaraf etmek için şirketler topluluğu yapısını istismar edebilir. Şirketler topluluğu yapısının sunduğu kontrol altındaki çok şirketle faaliyet

gösterebilme imkânı, bir mal saklama ve sorumluluk halinde buna ilişkin yargı kararlarının icra kabiliyetini bertaraf etmek için kullanılabilir. Burada temel olarak iki yöntem dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki malvarlığını bölümlere ayırarak (*asset partitioning*), her bir şirkete küçük bir kısmını tahsis etmek ve sorumluluk söz konusu olursa sadece o şirkete tahsis edilen kısmı feda etmek şeklinde özetlenebilir. Girişim münferit bir şirket yapısı altında kurumsallaştırılıyorsa, işletme faaliyetine özgülenen bütün malvarlığı alacaklılar için ulaşılabilir olacaktır. Söz konusu girişimci işletmeyi bölümlere ayırıp her bir bölüm için bir şirket kurduğunda, görünüşte bir şirketler topluluğu meydana getirecek ama bu yapı gerçekte münferit bir şirket gibi faaliyet gösterecektir. Böyle bir yapılandırmada bağlı şirketler, topluluk hâkimi şirketin birer bölümü, şubesi veya bir uzvu gibi onun kontrolü altında hareket edecekken, malvarlığının da bir bölümünü saklama ve dışarıya karşı izole etme işlevini üstlenecektir. Topluluk yapısının kötüye kullanılmasında müracaat edilen diğer bir yöntem bağlı şirketlerin iç ilişkide iki ayrı kuruluş gibi yapılandırılmasıdır. Topluluk içerisinde malvarlığı kuruluşu (*owning entity*) ve faaliyet kuruluşu (*operational entity*) olmak üzere iki ayrı yapı işlevsel olarak hayata geçirilmekte ve malvarlığı kuruluşuna dâhil olan bağlı şirketler, bir cep gibi topluluğun malvarlığı değerlerini muhafaza etmektedir. Buna karşılık faaliyet kuruluşu altında toplanan şirketlerse işletme faaliyetlerini yürütmektedir. Yetersiz malvarlığıyla faaliyet gösteren ikinci grup şirketler, ihtiyaç duydukları kaynağı leasing ve diğer ödünç sözleşmeleri yoluyla malvarlığı şirketlerinden tedarik etmektedir. Bu suretle girişimin malvarlığı, alacaklılara karşı koruma altına alınmaktadır. Özellikle, topluluğun riskli faaliyetlerini yürüten şirketlerden kaynaklanan bir haksız fiil söz konusu olduğunda, kendilerini istemeye istemeye haksız fiil alacaklısı konumunda bulan üçüncü kişiler (*involuntary creditors*), bu şekilde mülkiyetle faaliyetin birbirinden ayrıştırılması sebebiyle ciddi mağduriyetler yaşayabilmektedir. Alacaklılar, borçlu bağlı şirkete karşı hukuki yollara başvursalar, hatta ve hatta iflasını sağlasalar dahi bundan bir fayda elde edemeyeceklerdir; çünkü malvarlığı olmayan bir şirkete karşı elde ettikleri ilamın icra kabiliyeti olmayacaktır. Buna karşılık, topluluk bağlı şirketin varlığının sona ermesinden hiçbir şekilde etkilenmeyecektir. Bir faaliyet şirketinin yerine rahatlıkla doldurabilecek başka bir faaliyet şirketi ikame edilebilecektir. Dolayısıyla topluluk, böyle bir yapılandırmaya gitmekle büyük faydalar elde etmekte; buna karşın hiçbir risk almamaktadır. Bu durumun nimet – külfet dengesi düşünüldüğünde hakkaniyete aykırı bir sonuç olduğu ortadadır.

Gerek malvarlığının bölümlendirilmesi, gerekse işlevsel olarak bağlı şirketlerin gruplandırılmasının amacı girişime özgülenen malvarlığının alacaklılar için bir güvence olma

özelliğini etkisiz kılmaktır. Bahsi geçen yollara başvurarak bir topluluk yapısı meydana getiren girişimciler, faaliyetin risklerini ve doğabilecek sorumluluk hallerini dışlayarak (*externalization*) topluma yansıtmayı ve sorumluluğu tamamen alacaklıların sırtında bırakmayı amaçlamaktadır. Şirketler topluluğu yapısının sunduğu idari, mali, iktisadi ve diğer pekçok avantajdan yararlanarak girişimi daha elverişli koşullar altında yürütmekten ziyade, bu yapının sorumluluğu dışlama amacıyla araçsallaştırılması kanun koyucunun tanıma iradesiyle bağdaşmamaktadır. Şirketler topluluğunun sunduğu çok şirketle faaliyette bulunma imkânı, hem dürüst girişimcilere, hem de genel ekonomik refahı artırması sebebiyle topluma büyük yarar sağlayan ve artık vazgeçilmez hale gelen iktisadi bir olgudur. Ancak herşeye rağmen bu durum, topluluğun kötünietli şahıslar tarafından, kamuyu aldatmaya yönelik amaçlar için araçsallaştırılmasını haklı kılmaz. Şirketler topluluğunun, sadece sınırlı sorumluluğu tahkim etmek ve hatta tamamen ortadan kaldırmak için belirtilen şekillerde münferit bir şirket, işletme veya ekonomik birim olarak faaliyette bulunmak üzere tasarlanması, alacaklıların mağduriyetine yol açıyorsa hukuki şekle sıkı sıkıya bağlı kalmak hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacaktır. Bu tasarım, makul, ekonomik olarak izahı mümkün, tutarlı amaçlarla gerçekleştiriliyorsa sorun yoktur; ama amaç salt işletme faaliyetinin risklerini ve doğabilecek sorumluluk hallerini dışlamaksa burada iyiniyetli, dürüst bir girişim biçiminden söz etmek mümkün değildir. Mevcut TTK hükümleriyle hukuki çerçevesi belirlenen şirketler topluluğu sorumluluk rejimi, şirketler topluluğu yapısının mümkün kıldığı çok şirketle faaliyet gösterebilme imkânının kötüye kullanılmasına karşı bir düzenleme içermemektedir.

Şirketler topluluğunun ekonomik olarak bir bütünlük oluşturmaya rağmen, hukuki boyutu itibariyle çok parçalılığı içinde barındırmasından kaynaklanan tenakuz hali, başka şekillerde de kötüye kullanılabilir. Bilinçli bir tasarım olmasa dahi topluluk hâkimi hâkimiyetten kaynaklanan yetkilerini o derece geniş, derin ve devamlı bir suretle kullanıyordur ki, topluluk şirketleri bizzat onun bir parçası, bölümü veya şubesi gibi faaliyet gösteren üniteler haline gelmiş olabilir. Böyle bir durumda, bir bağlı şirket borçlarını ifa edemez hale gelmişse bu durumun müsebbibi yine topluluk hâkimidir; çünkü bağlı şirket tamamen onun alt benliği (*alter ego*) veya bir aracı (*instrumentalization*) gibi hareket etmektedir. Böyle bir şirkete, kendi faaliyetleriyle ilgili bağımsız karar alabilen ve aldığı yanlış kararların bir sonucu olarak taahhüdlerini yerine getiremez hale gelen bir şirket muamelesi yapılamaz. Bu şirket topluluk hâkiminin, kendi menfaatleri veya topluluğun üstün yararı için aldığı kararlar ve yaptığı müdahaleler sebebiyle böyle bir akıbetle karşı karşıya kalmıştır. Dolayısıyla alacaklının, bağlı şirketten alacağını tahsil

edememesinin birinci derecede sorumlusu onu araçsallaştıran topluluk hâkimidir. Yukarıda da değindiğimiz gibi Alman hukukunda nitelikli fiili konzern olarak da adlandırılan, bu tip sorunlu topluluklar söz konusuysa TTK özel hükümleriyle düzenleme altına alınan sorumluluk rejiminin münhasıran uygulanma hali ortadan kalkmaktadır. Bu yapılarda topluluk hâkiminin müdahaleleri yoğun ve sürekli nitelikte olduğundan, müdahalenin bireyselleştirilmesi ve neticede kaybın tespiti ve hesaplanması mümkün değildir. Hâl böyle olunca denkleştirme sisteminin uygulanma imkânı da kalmamaktadır; alacaklı doğrudan tazminat davası açarak hesaplanabildiği kadarıyla bağlı şirket zararının yine bu şirkete ödenmesini talep edebilir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında TTK özel hükümleriyle getirilen özel sorumluluk rejiminin, bağlı şirket alacaklıları açısından yeterli bir koruma sağladığını ifade etmek mümkün değildir. Bu sebeple yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, 10 yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen ilgili hükümlerin uygulamada herhangi bir etki doğurmadığı ifade edilebilir; zira bu süre zarfında bu hükümler mahkemeler tarafından neredeyse hiç uygulanmamıştır. Alacaklılar özel hükümler yerine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine dayanarak bağlı şirketten elde edemedikleri ifa sebebiyle uğradıkları zararı topluluk hâkiminden talep emektedir. Alacaklılara sadece denkleştirmede bulunmayan topluluk hâkimine, bağlı şirket zararının yine bu şirkete ödenmesiyle sınırlı bir dava hakkı tanıyan mevcut TTK hükümleri böyle bir imkân sunmamaktadır. Bu sebeple uygulamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine rağbet edilmektedir. Mahkemeler de bu eğilime ayak uydurmuş ve özel hükümlerin uygulanabilirliği yönünde bir değerlendirme dahi yapmaksızın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayarak bir sonuca varmaktadır.

Mahkemeler her ne kadar bu teoriyi, nisbeten uzun sayılabilecek bir zamandır, yaygın ve kapsamlı bir şekilde uygulasalar da belirli olay tiplerine veya sorunun temelinde yatan sebebe göre ölçütler belirleme yoluna gitmemiştir. Neredeyse her olaya aynı formül cümleler veya gerekçeler kullanılarak yaklaşılmaktadır. Bu durum şirketler topluluğuyla ilgili uygulamada da görülebilmektedir. Oysaki defaatle ifade ettiğimiz gibi şirketler topluluğu, yapısından kaynaklı olarak, münferit şirketlerden farklı sorunları barındırabilmektedir. Münferit şirketlerin sahip olduğu, ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk gibi özellikleri, bu şirketlere hâkim olan ortağın kötüye kullanması sorununa karşı geliştirilen geleneksel perdeyi kaldırma yöntemleri davranışsal bir bakış açısına sahiptir. Şirkete hâkim olan ortağın aldatıcı ve hileli bir takım eylemlerde bulunarak hâkimiyeti altındaki bağlı şirketi bir perdeleme aracı olarak kullanması ve üçüncü şahısların zararına yol açması sorunun altında yatan temel meseledir. Bu durum şirketler topluluğunda da karşılaşılabilecek bir sorundur; zira kontrol altındaki bir şirketi perdeleme aracı

olarak kullanan ortağın, bir gerçek veya tüzel kişilik olması herhangi bir farka yol açmaz. Burada, şirket tüzel kişiliğinin birtakım hileli veya aldatıcı davranışlar yoluyla istismarı sorunun altında yatan sebeptir. Ancak şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek sorunlar bununla sınırlı değildir. Yukarıda da değindiğimiz gibi şirketler topluluğunun yapısından kaynaklanan özgün sorunlar da gündeme gelebilir. Bu sorunların alacaklılar açısından yol açtığı mağduriyetler, topluluk hâkiminin belirli bir hileli davranışına atfedilemediğinden geleneksel perdeyi kaldırma yöntemlerinin çözüm alanı içerisine girmemektedir. Topluluğun yapısından kaynaklanan bu sorunlara karşı geleneksel perdeyi kaldırmadan farklı olarak topluluğun yapısal özelliklerini göz önünde bulunduran bir perdeyi kaldırma yönteminin geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacın karşılanmasında tek ekonomik birim (*single economic unit*), işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) gibi isimlerle kavramlaştırılan perdeyi kaldırma yaklaşımlarından faydalanılabilir. Bu yaklaşımların temel önerisi, şirketler topluluğunda görülebilen ekonomik bütünlük ile hukuki çok parçalılık arasındaki uyumsuzluğun sebep olduğu hakkaniyete aykırı sonuçların giderilmesinde, hukuki şekilcilikten çok ekonomik hakikate üstünlük tanınmasıdır. Buna göre topluluğun işletme boyutu esas alınarak bir çözüm yolu aranmalıdır.

Yargıtay'ın pek çok kararında da tek şirket sayılma veya tek ekonomik birim / ünite gibi kavramların kullanıldığı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verildiği görülmektedir. Ancak bu kavramların, geleneksel perdeyi kaldırmanın uygulandığı davalarda da kullanıldığı hususu dikkate alındığında yapısal sebeplerden dolayı perdenin kaldırılmasına özgü bir uygulama çerçevesi benimsendiğini ifade etmek güçtür. Uygulamada genel olarak perdeyi kaldırmayla ilgili kavramlar, belirli ayrımlara gidilmeksizin bir arada kullanılmaktadır. Bu çalışmada tek ekonomik birim veya ünite gibi kullanımların sadece topluluğun yapısal özellikleriyle ilgili sorunlardan kaynaklanan perdeyi kaldırma davalarında kullanılması gerektiği belirtilerek daha öngörülebilir, tutarlı ve tatmin edici sonuçlar veren bir uygulama için birtakım önerilerde bulunulmuştur. Bu incelemede, dışa kapalı şirketlerden (*closely held*) oluşan topluluk yapıları esas alınmıştır. Esasında tek ekonomik birim temelinde perdenin kaldırılmasına yönelik bir uygulamayı haklı çıkaracak sebeplerin, halka açık, çok sayıda pay sahibini içeren, kurumsal yönetim ilkelerini etkin bir şekilde hayata geçiren topluluklarda görülmesi zayıf bir ihtimaldir.

Tamamen topluluk hâkiminin amaçlarına hizmet eden, sorunlu bir topluluk yapısı söz konusu olduğunda hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği incelenmiştir. Böyle bir yapı kötüniyetli girişimcilerin bilinçli bir tasarımı veya bilfiil topluluk hâkiminin aşırı hâkimiyet

pratikleri sonucunda ortaya çıkmış olabilir. Böyle topluluklarda bağlı şirketler topluluk hâkiminin birer uzvu veya organı gibi hareket etmektedir. Dolayısıyla yapısal olarak sorunlu, tek şirket, işletme veya ünite gibi hareket eden topluluklarda girişimin ekonomik temeline yoğunlaşan, tek ekonomik birim yaklaşımından yararlanılarak çerçevesi çizilen bir perdeyi kaldırma uygulaması amaca uygun sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Bu tip topluluklarda tek ekonomik birim yaklaşımı temelinde perdenin kaldırılabilmesi için iki aşamalı bir inceleme yapılmasına ihtiyaç vardır:

İlk aşamada topluluğun tek bir işletme veya ekonomik birim olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği araştırılmalıdır. Bu amaçla topluluk hâkimi ve bağlı şirketlerin aynı, benzer veya birbirini tamamlayan ticari faaliyetler üzerinde kurulu unsurlar olarak bir şirketler topluluğu oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir. Bu noktada topluluğun dikey, yatay veya muhtelif bir topluluk olarak faaliyet gösterip göstermediği ele alınması gereken önemli bir konudur. Topluluk şirketlerinin yürüttüğü faaliyetler birbirleriyle ilintili olmakla birlikte, şirketler arasında hiçbir etkileşim yoksa bunların tek işletme veya ekonomik birim olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla tek ekonomik birim olarak nitelendirilebilmeyi sağlayan temel unsur topluluk şirketlerinin eşgüdüm ve bütünleşme seviyesidir. Görünüşte çok şirketli bir yapı olmakla birlikte, gerçekte tek şirket gibi faaliyet gösteren bir yapının varlığı araştırılması gereken temel meseledir. Bunu yaparken mahkeme adeta topluluğun bir profilini çıkarmalı ve davalı topluluk şirketlerinin topluluk içerisindeki konumunu belirlemelidir. Bahsi geçen şirketlerin idari, ekonomik ve malvarlığı olarak ayrı kişiliklerine topluluk hâkiminin ne derece saygı duyduğu; bu şirketleri kendi işletmesinin bir uzvu gibi kullanıp kullanmadığı gibi hususlar incelenmelidir. Topluluk devamlı suretle topluluk hâkiminin desteğine ihtiyaç duyan, kurumsal olarak zayıf, yetersiz malvarlığıyla faaliyet gösteren şirketlerden oluşmuşsa bu durum tek ekonomik birimin varlığı hakkında önemli bir göstergedir.

Bu aşamadan sonra kınanabilirlik olarak adlandırdığımız ikinci aşamaya geçilir. Geleneksel perdeyi kaldırmada uygulanan iki aşamalı testin ikinci aşamasını oluşturan aldatıcı / hileli davranış unsurunun yapısal sebeplerle perdeyi kaldırmada karşılığı kınanabilirlik olarak ifade edilebilir. Burada hâkim ortağın bir davranışı bulunmadığından, kusurdan da bahsedilemez. Ancak sadece topluluğun tek ekonomik birim veya ünite haline gelmesi de istisnai bir uygulama olan perdenin kaldırılması için yeterli değildir. Bunun haklılığını ortaya koyan ahlaki bir standarta da ihtiyaç vardır. Bu gerekliliği ifade etmek üzere ABD mahkemelerinin kararlarında hile - aldatma (*fraud*) seviyesine varmayan aykırılıklar için kullandığı “*wrongful conduct (suistimal)*”, “*moral culpability (ahlaki kusurluluk)*”, “*fundamental unfairness (esaslı haksızlık)*”,

unfairness (haksızlık), *wrongdoing* (yanlış/kötü tutum) gibi kavramlardan esinlenerek *kınanabilirlik* kavramını kullanıyoruz. Bu aşamada araştırılması gereken konu, tek ekonomik birim olarak nitelendirilen topluluk yapısının hakkaniyete aykırı, kişilerin adalet duygularını zedeleyen, hukuk düzeninin hedeflediği meşru amaçlarla çatışan bir yapı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Topluluk bilinçli olarak ileride meydana gelebilecek sorumluluk iddialarını dışlama (*taxicab kararları*) veya yapılacak hileli işlemleri perdeleme (*ortaklık sertifikası davaları*) düşüncesiyle kötüniyetli amaçlarla tek şirket gibi yapılandırılmışsa bu durum kamuya karşı bir hile olarak değerlendirilebilir. Bunun dışında, şirketler topluluğu topluluk hâkiminin sürekli ve kapsamlı (*dauernd und umfassend*) hâkimiyet uygulamaları sonucunda tek ekonomik birim haline gelmişse topluluk hâkiminin müdahalelerinin niteliği de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda topluluk hâkiminin bağlı şirketlerin hukuk alanlarına müdahalelerinin yoğunluğu ve kapsamı, genel olarak topluluğu sevk ve idare tarzı, topluluk şirketlerinin birbirleriyle olan etkileşimi ve bütünleşme seviyesi gibi konulara ilişkin olgular bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bunlar esasında ilk aşamada, topluluğun tek ekonomik birim haline gelip gelmediği araştırılırken dikkate alınacak hususlardır. Kınanabilirlik yönünden yapılan incelemede ise tek ekonomik birimin varlığına yol açan anormalliklerin hukuka ve ahlaka aykırılığı üzerinde durulacaktır. Daha da somutlaştırmak gerekirse hukukun öngördüğü usule ilişkin formalitelere uyulmaması; bağlı şirket malvarlığının kullanılması veya hortumlanması; bağlı şirkete ait malvarlığı değerlerinin diğer şirketlerinkiyle karıştırılması; yetersiz sermaye, ortak yönetim, ticari faaliyet, banka hesapları ve sair yollarla dış dünyaya aldatıcı bir görünüm verilmesi; bağlı şirketin bir başka şirket veya kişinin menfaatlerine hizmet etmekten başka bir işlevinin olmaması; bağlı şirketin bir mal saklama aracı veya kasa gibi kullanılıyor olması gibi hususlar kınanabilir olgulara örnek gösterilebilir. Hukukun kabul ettiği sınırlara göre bağlı şirketlerin bağımsız tüzel kişiliğine ve malvarlığına saygı göstermekle yükümlü olan topluluk hâkiminin bu tip sorunlu hâkimiyet uygulamaları dava konusu olayla bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Bu tip hukuka aykırı müdahaleler sonucunda ortaya çıkan bir topluluk, nimet – külfet dengesini gözetmeyen bir yapı oluşturduğundan kınanabilir olacaktır. Zira topluluğa hâkim teşebbüsün bağlı şirketleri bir araç gibi sorumsuzca kullanması ve aşırı müdahaleleriyle onları borçlarını ifa edemez bir hale getirmesi söz konusuysa, iş sorumluluğa geldiğinde ayrılık ve sınırlı sorumluluk kuralını hatırlaması ahlaki bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Bu

görünürde hukuka uygun ancak özünde hukuk dışı yapının nimetlerinden yararlanan kişinin onun külfetlerine de katlanması gerekir.

Önerdiğimiz bu iki aşamalı uygulamanın unsurları gerçekleşmişse mahkeme topluluğun tek ekonomik birim oluşturduğundan bahisle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verecektir. Sonraki aşamada, tek bir yapı, işletme veya ekonomik birim olduğu tespit edilen topluluğun, davaya taraf olan unsurları itibarıyla sorumluluğu, bu tespitin doğal bir sonucu olacaktır. Bu bağlamda davalı topluluk şirketlerinin müştereken ve müteselsilen sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Böylelikle tek işletme veya ekonomik birim temelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunda, sınırlı sorumluluk kuralına karşılık bir önlem olan girişime özgülenen malvarlığının, şirket alacaklıları açısından bir güvence oluşturması işlevi yargısal olarak yeniden tesis edilebilecektir.

Şirketler topluluğunun yapısal çarpıklığı sebebiyle tek ekonomik birim kıstası uygulanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidildiğinde bu uygulamanın hukuki dayanağı da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını hükme bağlayan TMK'nın 2. maddesi olacaktır. Şirketler topluluğunu kendi kötünietli amaçları doğrultusunda tek şirket gibi yapılandıran veya hukuk dışı müdahalelerle tek şirket gibi yöneten bir topluluk hâkiminin iş sorumluluğa geldiğinde topluluk şirketlerinin ayrı birer tüzel kişilik olduklarını hatırlaması hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağdaşmaz. Girişimcilerin ticari faaliyetlerini çok şirketli yapıları kullanarak icra etmekte, mali, idari, hukuki ve sair yönlerden önemli avantajları bulunmaktadır. Bu realiteyi tanıyarak belirli sınırlar dâhilinde şirketler topluluğunu girişimcilerin hizmetine sunan kanun koyucunun iradesi hilafına bu yapıların istismar edilmesine hukuk düzeni müsaade etmemelidir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Daron / Robinson, James A.: **Ulusların Düşüşü, Güç Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri**, Çeviren: Faruk Rasim Velioğlu, 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2013.
- Akın, İrfan: **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2014
- Akıncı, Şahin: “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, ss.652-678. (Akıncı, Alacaklılar).
- Akıncı, Şahin: “Roma Hukuku’nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku’na Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5 (1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye ARMAĞAN)), 1996, 137-151. (Akıncı, Societas).
- Aksoyak, Mustafa: **Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016
- Akünel, Teoman: **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- Akyol, Taha: **Türkiye’nin Hukuk Serüveni**, Doğan Kitap, İstanbul, 2014,
- Allen, Nicholas: “Reverse Piercing of the Corporate Veil: A Straightforward Path to Justice”, **ST. John’s Law Review**, Vol. 85, 2011, pp. 1147 – 1187, s. 1153.
- Alting, Carsten: “Piercing The Corporate Veil In American And German Law - Liability Of Individuals And Entities: A Comparative View”, **Tulsa Journal of Comparative & International Law**, Vol. 2, 1994-1995, pp. 187 – 250.
- Altmeppen, Holger: **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, 6. Auflage, Rn. 5, c. H. Beck, München, 2023, AktG § 309 Rn. 106 (MüKoAktG/Altmeppen).
- Andenas, Mads/Wooldridge, Frank: **European Comparative Company Law**, Cambridge, 2009.
- Anderson, Helen: “Piercing The Veil On Corporate Groups in Australia: The Case For Reform”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 33, pp. 333 – 367.
- Antalya, Gökhan: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 143 – 152.
- Antunes, José Engrácia: **Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law : An international and comparative perspective**, Kluwer, Davenport, 1994, (Antunes, Liability of Corporate Groups).

- Antunes Engrácia, José: “New Avenues on Intragroup Liability (February 28, 2017). English Translation of “Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der “Amoco Cadiz”-Fall. In: **“Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht”**, (Antunes, New Avenues), 995-1009, Verlag Otto Schmidt, Köln, 2000.
- Antunes, Jose Engracia: “Enterprise Forms and Enterprise Liability: Is There A Paradox in Modern Corporation Law?”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, 2005, pp. 187 – 225. (Antunes, Enterprise).
- Antunes Engrácia, José: “The Liability of Parent Corporations and their Directors”, **Paper Presented at the Universidade Autonoma de Madrid**, February 27th 2004. (Antunes, Liability of Parent Corporations).
- Atibeck, Aline: **L’abus de Biens Sociaux Dans le Groupe de Sociétés**, L’Harmattan, Paris, 2007
- Avcı, Zehra: “Şirketler Topluluğunda Tam Hâkim Şirketin Talimat Verme Yetkisinin Sınırları”, **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, Editörler: Prof. Dr. Havva Karagöz, Dr. Öğr. Üyesi F. Beril Özcanlı, Arş. Gör. Seda Palanduz, İstanbul, 2021.
- Avgitidis, Dimitris K.: **Groups of Companies, The Liability of Parent Company for the Debts of its Subsidiary**, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens, 1996.
- Aydoğan, Fatih: “Türk Ticaret Kanunu ile 2006 Tarihli İngiliz Şirketler Kanunu’nun (Companies Act 2006) Şirket Yöneticilerine İlişkin Hükümlerin Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, (Birinci Cilt) Ticaret Hukuku**, İstanbul, 2007, 171-223.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: **Şirketler Hukuku: Genel Esaslar**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ayhan, Alanur: **Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirakın Sonuçları Ve Pay Sahipliği Haklarına Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023
- Aytaç, Zühtü: “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, Aralık 1976, ss. 97-124, s. 97, 98.
- Bafra, Erdem: “İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 112, 2014, pp. 355 – 372
- Bainbridge, Stephen M.: “Abolishing Veil Piercing”, **The Journal of Corporation Law**, Spring 2001, pp. 479 – 535. (Bainbridge, Abolishing).

- Bainbridge, Stephen M.: "Using Reverse Veil Piercing to Vindicate the Free Exercise Rights of Incorporated Employers" (March 6, 2013). *The Green Bag*, Vol. 16, No. 3, Spring 2013; **UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper** No. 13-06. (Bainbridge, Reverse).
- Baker, David S./ Killingsworth, V. Scott: "An American View through the Corporate Veil." **International Business Lawyer**, vol. 6, no. 3, 1978, pp. 267-282.
- Ballantine, Henry W.: "Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporations", **California Law Review**, Vol. 14, Issue: 1, Cal. L. Rev. 12 (1925), pp. 12 – 21.
- Barber, David H.: "Piercing The Corporate Veil", **Willamette Law Review**, Vol. 17, 1980-1981, pp. 371 – 404.
- Baş, Kadir: "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C..36, S.1, 2020, ss. 57-97.
- Berle Jr, Adolf A.: "The Theory of Enterprise Entity", **Columbia Law Review**, Vol. 47, No. 3 (Apr., 1947), pp. 343-358.
- Blumberg, Phillip I.: "Limited Liability And Corporate Groups" **The Journal of Corporation Law**, Summer-1986, pp. 573-631, (Blumberg, Limited).
- Blumberg, Phillip I.: **The Law of Corporate Groups: Tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations**, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1987. (Blumberg, Corporate Groups).
- Blumberg, Phillip I.: "Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity", **Hastings International & Comparative Law Review**, Vol. 24, 2000-2001, pp. 297 – 320, (Blumberg, Accountability).
- Boyacıoğlu, Cumhur: **Konzern Kavramı**, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2006
- Boyle & Birds' company Law / editors, John Birds... [et al.] ; consultant editor, A.J. Boyle, Bristol: Jordans, 2011.
- Bozdemir, Enver: "Özel Hastanelerde Hekimlik Hizmet Alımı Uygulamasının Mali Açıdan Analizi", **Konuralp Tıp Dergisi** 2020;12(1): ss. 87-96
- Bremm, Gerhard: **Die Problematik einer Gesellschafterhaftung im Wege des Durchgriffs wegen materieller Unterkapitalisierung**, Dissertation, Linz, 2016.
- Briggs , J.D./Jordan, S.: "Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise", **Global Competition Litigation Review**, 2009.

- Brodie, Douglas: **Enterprise Liability and the Common Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Cabrelli, David: “The Case Against “Outsider Reverse” Veil Piercing”, **Journal of Corporate Law Studies**, Vol. 10, Part. 2, October 2010, pp. 343 – 366.
- Can, Mehmet Çelebi: “Pay Sahiplerinin Veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında Ttk M. 1534’ün Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, Y. 2017, Sa. 4.
- Cengiz, Dilek: “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, sayı: 1, 2017, ss. 371 – 440.
- Chan, Jeff H.Y.: “Should “reverse piercing” of the corporate veil be introduced into English law?”, **Company Lawyer**, 2014.
- Cheng, Thomas K.: “The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines”, **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper**, (March 20, 2011).
- Colino, S. M.: **Competition Law Of The EU And UK**, New York, 2011
- Crespi, Gregory: “The Reverse Pierce Doctrine: Applying Appropriate Standards”, **Journal of Corporation Law**, Vol. 16, 1990, pp. 33-69
- Çakırca, Seda İrem: **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Çamoğlu, Ersin: “İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 38 Sayı 1 – 4 (1973). (Çamoğlu, Sınırlı Sorumluluk)
- Çamoğlu, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (Çamoğlu, Yönetim Kurulu)
- Çamoğlu, Ersin: “Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 19 – 35, (Çamoğlu, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması).

- Çamoğlu, Ersin: “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi**, C. 32, no. 2 (Haziran 2016): 5-20. (Çamoğlu, Perdenin Kaldırılması).
- Çetiner, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Çımrın Ardıç, Çiğdem: **Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğuna Hak Temelli Bir Yaklaşım: İnsan Hakları Due Diligence’ı (Human Rights Due Diligence)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Çiçekli, Ali Fuat: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden).” **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 4, Sayı. 2 (2022): ss. 1067-1154.
- Daylık Yıldırım, Beste: **Anonim Şirketlerde Şirketler Topluluğuna Özgü Uygulamalar Ve Hukuka Aykırı Müdahaleden Doğan Sorumluluk**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- Briggs , J.D./Jordan, S.: “Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise”, **Global Competition Litigation Review**, 2009.
- Daehnert, Alexander: “Lifting the corporate veil: English and German perspectives on group liability”, **International Company and Commercial Law Review**, 2007.
- Dauner-Lieb, Barbara: “Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB, Besprechung der Entscheidung BGH DStR 2007”, 1586 (TRIHOTEL), **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, ZGR Vo.37, Issue:1, 2008,pp.34-47.
- Davies, Paul L./Worthington Sarah: **Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law**, Ninth Edition, Sweet&Maxwell, London, 2012.
- Dearborn, Meredith: “Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups”, **California Law Review**, Vol. 97, 2009, pp. 195 – 262.
- Demirağ, Sanem Üzeler: **Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından Şirketler Topluluğunda Ortak Nakit ve Hizmet Kullanımının Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2022.
- Demirtaş, Nevzer Sebla: **Bağlı Şirketin Borçlarından Dolayı Hâkim Şirketin Sorumluluğu**, Basılmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019.

- Dignam, Alan / Lowry, John: **Company Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, London, 2014
- Dilaver, Umut: **Sermaye Şirketlerinde İşveren Ve İşveren Vekili**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Dine, Janet: **The Governance Of Corporate Groups**, Cambridge University Press, 2000.
- Dodd, E. Merrick: “The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts”, **Harvard Law Review**, Vol. 61, p.1351, 1947-1948.
- Drücke, Heiner: **Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft**, Bonn, 1989
- Drygala, T.: “Abschied vom qualifizierten Faktischen Konzern – Konzernrecht für Alle?”, **GmbHHR - Zeitschrift für Gesellschafts-, Unternehmens- und Steuerrecht**, (2003) 13 GmbHHR, 733.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt – 2: Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Dural, Mustafa: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (ya da tüzel kişinin tabanına başvurulması)”, **Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Mayıs 1998.
- Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.: “Limited Liability and the Corporation”, **University of Chicago Law Review**, Vol. 52: Iss. 1, Article 3, 1985.
- Eminoğlu, Cafer: **Konzern / Gessellschaftengruppe, Österreich – Türkei – EU – Ein Rechtsvergleich**, İstanbul, 2013. (Eminoğlu, Konzern).
- Eminoğlu, Cafer: “Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI**, Ankara, 22 Aralık 2017: Bildiriler tartışmalar, Ankara, 2018. (Eminoğlu, Kuram).
- Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen: **Konzernrecht : Das recht der verbundenen unternehmen bei aktiengesellschaft GmbH personengesellschaften und genossenschaft**, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 1993.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: **Aktien – und GmbH – Konzernrecht**, 9. Auflage, C. H. Beck, München, 2019.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021

- Eroğlu, Muzaffer: **Multinational Enterprises and Tort Liabilities: An Interdisciplinary and Comparative Examination**, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.
- Eroğlu, Muzaffer: “Yavru Şirket Tarafından İşlenen Rekabet İhlallerinden Dolayı Ana Şirkete Ceza Verilmesi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VIII**, Mayıs 2010, Kayseri.
- Eyrenci, Öner: “Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, Editör: Kübra Doğan Yenisey, İstanbul, 2019, ss. 575-602
- Ezrachi, A.: **EU Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases**, Third Edition, Hart Publishing, Oxford, 2012
- French, Derek/Mayson, Stephen/Ryan, Christopher: **Mayson, French & Ryan on Company Law**, 31st Edition, Oxford University Press, 2014 – 2015.
- Friedman, Judith: “Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms”, **The Modern Law Review**, Vol. 63, No. 3 (May, 2000), pp. 317-354.
- Gallagher, Lynn/Ziegler, Peter: “Lifting the corporate veil in the pursuit of justice”, **Journal of Business Law**, 1990, pp. 292 – 313.
- Geibel, Stefan J.: “Zur Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung einer GmbH”, **Entscheidungsanmerkung**; BGH, Urt. v. 28.4.2008 - II ZR 264-06 (OLG Düsseldorf)
- Göktürk, Kürşat: **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları: Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Griffin, Stephen.: “Holding companies and subsidiaries - the corporate veil”, **Company Lawyer**, Vol. 16, 1991.
- Günay, Cevdet İlhan: **Rekabet Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Gürbüz Usluel, Aslı E.: “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme” 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul, 10-12 Mayıs 2012
- Güvemli, Oktay/Güvemli, Batuhan: “Türk İşletme Tarihi Üzerine”, **Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi**, Eylül 2018 Özel Sayı, 5 – 46.
- Güven, Pelin: **Türk Rekabet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Halpern, Paul/Trebilcock, Michael/Turnbull, Stuart: “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law”, **The University of Toronto Law Journal**, Vol. 30, No. 2 (Spring, 1980), pp. 117-150.
- Hamilton, Robert: “The Corporate Entity”, **Texas Law Review**, Vol. 49, 1971, pp. 979-1009.

- Hannigan, Brenda: **Company Law**, Third Edition, Oxford University Press, 2012.
- Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier H.: “The End Of History For Corporate Law”, **The Georgetown Law Journal**, Vol: 89, 2000 – 2001, (Hansmann/Kraakman, The End of History)
- Hansmann, Henry / Kraakman, Reinier H.: “What is Corporate Law?” (Feb 25, 2004). **Yale Law & Economics Research Paper No. 300. (Hansmann/Kraakman, corporate)**
- Hansmann, Henry/Kraakman, Rainer: “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, **Yale Law Journal**, Vol. 100, No. 7, (May 1991), pp. 1879-1934. (Hansmann/Kraakman, Unlimited)
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Hatemi, Hüseyin: **Kişiler Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Hofstetter, K. / Ludescher, M.: “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law” Setting Incentives for “Best Practice Compliance” **World Competition**, Volume 33, No. 1 March 2010.
- “In Defense Of Limited Liability-A Reply To Hansmann And Kraakman”, **Georgia Mason Law Review** Student Ed. 59. 1994.
- İzmirli, Yadiğar: “Şirketle Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk”, **Mevzuat Dergisi**, Yıl:3, Sayı: 33, Eylül 2000.
- Jones, Alison/B. Sufrin, Brenda: **EU Competition Law: Text, Cases, and Materials**, fifth edition, Oxford: Oxford University Pres, 2014,
- Jones, Alison: “The boundaries of an undertaking in EU Competition Law”, **European Competition Journal**, Vol. 8, Issue: 2, 2012, pp. 301-331
- Joshua, J/Botteman, Y./Atlee, L.: “You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement, **The European Antitrust Review**, 2012.
- Jung, Peter: **Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft**, Tübingen, 2002,
- Kaplan, İbrahim: “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009, C. XXV, Sa. 4 (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), ss. 37 – 46. (Kaplan, Perdenin Kaldırılması).

- Kaplan, İbrahim: “6102 Sayılı Yttk Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016: ss. 3493-3510. (Kaplan, Yönetim Kurulu).
- Kara, Pınar: **Tort liability in corporate groups: A comparative analysis with particular focus on Turkey**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- Karataş Durmuş, Neslihan: “Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 1 (2) , 2015, ss. 71 – 84.
- Kaşak, Fahri Erdem: “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, ss. 1242-1263.
- Kershaw, D.: **Company Law in Context: text and materials**, Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Kervankıran, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna : Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3–4 (2007).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021. (Kılıçoğlu, Borçlar)
- Kılıçoğlu, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku: Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. (Kılıçoğlu, Sorumluluk)
- King Fung Tsang & Katie Ng.: 'Direct Liability and Veil-Piercing: When One Door Closes, Another Opens' **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, Vol. 27, Issue 1, Article 3, 2022, pp. 103 – 143.
- Kinsky, Cyril: “Piercing the Corporate Veil”, **Private Client Business**, 2014, pp. 1 -10.
- Korkut, Ömer: **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, (Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu).
- Korkut, Ömer: “Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C.1, Ankara, 2010, ss. 1367-1386. (Korkut, Fiili Yönetim Kurulu).
- Koşar, Günhan: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

- Krieger, Gerd: **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, München, 1988.
- Kuş, Ulaş Baran: **Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Küçük, Damla: “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt. 77, 2019, ss. 287-360.
- Leebron, David W.: “Limited Liability, Tort Victims, And Creditors”, **Columbia Law Review**, VOL. 91, No. 7, 1565 – 1650, November 1991.
- Levenberg, Peter N. SC: The Mystery Of The Corporate Veil: Comparing Anglo-American Jurisdictions, **The Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 7, Issue 1, 115 (2019), pp. 116 – 166.
- Lopez, Antoinette Sedillo: “Comments, The Alter Ego Doctrine: Alternative Challenges To The Corporate Form”, **UCLA Law Review**, Vol. 30, 1982, pp.129 – 155.
- LoPucki, Lynn M.: “The Essential Structure of Judgment Proofing”, **Stanford Law Review**, Vol. 51, No. 1, Nov., 1998, pp. 147-160. (LoPucki, Essential).
- LoPucki, Lynn M.: “The Death of Liability”, **The Yale Law Journal**, Vol. 106, No. 1 (Oct., 1996), pp. 1-92. (LoPucki, Death).
- Lower, Michael: "Limited Liability for Small, Closely-Held Businesses." **Liverpool Law Review**, vol. 22, no. 1, January 2000, pp. 89-100.
- Lutter, Marcus: “Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe”, **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, ZGR Vol. 11, Issue 2, 1982, pp. 276 – 290. (Lutter, zivilrechtliche).
- Lutter, Marcus: “Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa”, **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, (ZGR), Vol. 16, Issue:3, 1987, pp. 324 – 369, (Lutter, Stand).
- Lutter, Marcus: “Die Haftung Wegen Existenzvernichtung” **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, ZGR, Vol. 3, 2003, s. 404. (Lutter, Existenzvernichtung)
- Magnus, Frédéric: **Les Groupes De Sociétés et La Protection Des Intérêts Catégoriels**, 2011.
- Manavgat, Zeynep Berin: **Kurumsal Yönetim Bakımından Şirketler Topluluğunda Piramit Yapılanma Ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023

- Manne, Henry G.: “Our Two Corporation Systems: Law and Economy”, **Virginia Law Review**, Vol. 53, No.2, Mar. 1967 pp. 259 – 284.
- Martin, Paul C.: “Die Entstehung des preußischen Aktiengesetzes von 1843”, **Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, 56. Bd., H. 4 (1969), pp. 499-542.
- Matheson, John H.: “The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study Of Piercing The Corporate Veil In The Parent-Subsidiary Context”, **North Carolina Law Review**, Vol. 87, 2009, pp. 1091-1155.
- Misili, Sinan: Şirketler Topluluğu Hukuku “Tarihçe Ve Terminoloji”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 13 . Sayı 52 . Ekim 2022, ss. 159 – 194.
- Müller, Klaus: “Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeitender Tochtergesellschaft im Aktienrecht”, **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**, Volume 6 Issue 1, 1977, pp. 1 – 34.
- Müller-Freienfels, Wolfram: “Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 156. Bd., H. 6 (1958), pp. 522-543.
- Olaerts, M. / Cauffman, C.: “Química: Further Developing the Rules on Parent Company Liability” (October 14, 2011). **Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2011/33**.
- Odman Bostosun, N. Ayşe: **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015
- Okutan Nilsson, Gül: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009. (**Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu Hukuku).
- Okutan Nilsson, Gül: “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 35 – 55 (**Okutan Nilsson**, Güvenden Doğan Sorumluluk).
- Ortaylı, İlber: “Osmanlı İmparatorluğunda Sanayileşme Anlayışına Bir Örnek “İslah-ı Sanayi Komisyonu” Olayı”, **ODTÜ Gelişim Dergisi**, 1978 Özel Sayısı, sh. 123 – 130.
- Ottolenghi, S.: “From Peeping Behind the Corporate Veil to Ignoring it Completely”, **The Modern Law Review**, Volume 53, Issue 3, May 1990, pp. 338–353.
- Özcanlı, Fatma Beril: **Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

- Özel, Çağlar: “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar Ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 4, ss. 81 – 106
- Özkurt, Ayşegül: **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, İstanbul, 2. Bası, Onikilevha Yayınları, 2018.
- Özsu, Güray: **Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk (Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden)**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Öztan, Bilge: **Tüzel Kişiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- Özyardımcı, Doğan: **Türk İş Hukuku Yönünden Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 1. Bası, Platon Hukuk, İstanbul, 2022.
- Öztek, Selçuk / Memiş, Tekin: “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”**, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 195 – 216.
- Payne, Jennifer: “Lifting the Corporate Veil: A Reassessment of Fraud Exception”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 56 (2), July 1997, pp. 284 – 290
- Petrin, Martin/Choudhury: Barnali, “Group Company Liability” **European Business Organization Law Review**, Vol. 19, 2018, ss. 771–796.
- Pettet, Ben: “Limited Liability – A Principle For The 21st Century” **Current Legal Problems**, 1995, V.48, Part: 2
- Pettet, Ben: **Company Law**, Second Edition, Pearson Longman, Harlow, England, 2005.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.(**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II).
- Presser, Stephen B.: “Thwarting The Killing Of The Corporation: Limited Liability, Democracy, And Economics”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 87, No. I, 147-179, 2001.
- Pryor, John H.: “The Origins of the Commenda Contract”, **Speculum**, Jan., 1977, Vol. 52, No. 1 (Jan., 1977), pp. 5-37
- Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 8. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, (**Pulaşlı, Şirketler Genel**).

- Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar zum Gesellschaftsrecht)**, Cilt. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Pulaşlı, Şerh C. I).
- Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar zum Gesellschaftsrecht)**, Cilt. IV, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Pulaşlı, Şerh C. IV).
- Qu, Charles Zhen / Ahl, Björn: “Lowering the Corporate Veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (Trihotel)”, **Oxford University Comparative Law Forum**, 2008.
- Rabin, Robert L.: “Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability”, **Maryland Law Review**, Vol. 55, 1996, pp. 1190- 1209.
- Rhee, R. J.: “Bonding limited liability”. **William and Mary Law Review**, Vol. 51, Issue:4, 2010, pp.1417-1488.
- Rixon, F.G.: “Lifting The Veil Between Holding And Subsidiary Companies”, **Law Quarterly Review**, 1986.
- Rose, V. / Bailey, D.: **Bellamy & Child, European Union Law of Competition**, Oxford University Press, 7th Edition, 2013.
- Sağlam, İpek: **Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1995. (Sağlam, Tez).
- Sağlam, İpek: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 153 – 161, (Sağlam, Sempozyum)
- Sahli, Meriem Ouassini: **La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales**. Droit. Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014.
- Schmidt, Karsten: **Gesellschaftsrecht**, Köln ; Berlin ; Bonn ; München, 2002. (Schmidt, Gesellschaftsrecht).
- Schmidt, Karste: “Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective, Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku”, **80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı** (Editör: Gül Okutan Nilsson), İstanbul, 2018, pp. 55-70. (Schmidt, Evaluation).
- Schulenburg, Friedrich Georg: **Der Schutz der Minderheit im Schuldverschreibungsrecht in vergleichender Betrachtung mit dem Aktienrecht**, Hamburg, 2017.

- Friedrich Georg: **Der Schutz der Minderheit im Schuldverschreibungsrecht in vergleichender Betrachtung mit dem Aktienrecht**, Hamburg, 2017
- Serozan, Rona: **Medeni hukuk: Genel Bölüm - Kişiler Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Seven, Vural / Göksoy, Can: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 6, Yıl 2006, ss. 2455 – 2470.
- Shannon, H.A.: “The First Five Thousand Limited Companies and Their Duration”, **The Economic Journal**, Volume 42, Issue Supplement_1, 1 January 1932, Pages 396–424.
- Steiner, Eugene J.: "The Closely Held Corporation." **Albany Law Review**, vol. 22, no. 1, January 1958, pp. 102-124
- Strasser, Kurt: “Piercing the Veil in Corporate Groups”, **Connecticut Law Review**, Vol. 37, 2005, pp. 637 – 665
- Streiber, Florian: **Gläubigerschutz bei Auslandsgesellschaften- Eine Untersuchung zur Reichweite des Gesellschaftsstatutsunter Geltung der Gründungstheorie**, Hamburg, 2008
- Sulu, Muhammed: **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019
- Susuz, Kağan: “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 2012 Cilt: 18 Sayı: 2, 269 – 280.
- Şener, Oruç Hami: **Teorik Ve Uygulamalı Olarak Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.
- Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- Tekinalp, Ünal: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, **Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Cilt- 2, İstanbul, 2009, (Tekinalp, Kontrol İlkesi),
- Tekinalp, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: anonim ve limited ortaklıklar, tek kişi ortaklığı, ortaklıklar topluluğu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, (Tekinalp, Sermaye)
- Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal: “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1995.

- Thompson, Robert B.: "Piercing the Corporate Veil: An Emprical Study", **Cornell Law Review**, Vol. 76, 1991, pp. 1036 – 1074.
- Thummel, Hans: "Piercing the Corporate Veil - Germany." **International Business Lawyer**, vol. 6, no. 3, 1978, pp. 282-287
- Topaloğlu, Mustafa: "Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan** (Editör: Sabih Arkan), 1. Bası, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Tosun, Zelal Narçin: "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 105, Mayıs 2015, ss. 89 – 103
- Türkmen, Emre: **Şirketler Hukuku Şerhi** (Editör: Kemal Şenocak), Cilt I, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Ulusoy, Erol: **Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi** (Aufbau und Entstehung Des Modernen Türkischen Rechts), <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html>
- Ulusoy, Erol: "Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", (Editör: Erol Ulusoy), 2 Şubat 2008, İstanbul, ss. 351 – 405. (Ulusoy, Şirketler).
- Uyanık, Namık Kemal: **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ**, Birinci Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2019.
- Vandekerckhove, Karen: **Piercing the Corporate Veil**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.
- Wils, W.: "The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons", **European Law Review**, 2000
- Wimmer-Leonhardt, Susanne: **Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- Wormser, I. Maurice: **Disregard of The Corporate Fiction And Allied Corporation Problems**, New York, 1927. (Wormser, Disregard).
- Wormser, Maurice: "Piercing the Veil of Corporate Entity", **Columbia Law Review**, Vol. 12, 1912, pp. 496 – 518. (Wormser, Piercing)

- Yağcı Karaca, Aybüke: **Bireysel İş Hukuku’nda şirketler Topluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Yanlı, Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Tutulması**, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Yasaman, Hamdi: “Yönetim Kurulu  yelerine Karşı Açılabilecek Sorumluluk Davaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013, 2013/2, ss. 97-112.
- Yazıcı, Alper Hakkı: “Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent?” **Law & Justice Review**, Year:5, Issue:9, December 2014, pp. 127 – 172.
- Yıldırım, Ayşe Elif: **Avrupa Birliği Müktesebatı Ve Türk Hukuku’nda şirketler Topluluğu**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Yıldırım, M. Kamil: “Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Editör: Erol Ulusoy), 2 şubat 2008, İstanbul, ss. 173 – 193.
- Yılmaz, Lerzan: “Anonim şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, 2 şubat 2008, İstanbul.

Yargıtay Kararları

- YRG. HGK. E. 2017/4-1465, K. 2021/1062, T. 22.9.2021
- YRG. HGK. E. 2017/19-914, K. 2020/197, T. 25.2.2020.
- YRG. HGK. E. 2019/11-808., K. 2020/504 , T. 01.07.2020.
- YRG. HGK E. 2020/19-94, K. 2020/358, T. 06.09.2020.
- YRG. HGK. E. 2013/21-2215, K. 2015/1487 ve T. 5.6.2015
- 3 HD. E. 2022/4244, K. 2022/6073, T. 22.6.2022
- 3 HD. E.: 2019/593, K.: 2019/9655, T. 03.12.2019
4. HD. E. 2014/17319, K. 2014/17825, T. 25.11.2014
- 9 HD. E. 2011/30349, K. 2011/19150, T. 27.6.2011
- 9 HD. E. 2016/29064, K. 2016/20166, T. 15.11.2016

9 HD. E. 2016/16470, K. 2016/12456, T. 26.5.2016
9 HD. E. 2017/5073, K. 2017/9398, T.30.5.2017
9. HD. E. 2016/8355, K. 2016/11909, T. 11.5.2016
9. HD. E. 2014/19957, K. 2015/32175, T. 12.11.2015
9. HD. E. 2016/10435, K. 2017/6911, T. 19.4.2017
9. HD. E. 2014/23021, K. 2014/36630, T. 2.12.2014
9. HD. E. 2013/11725, K. 2015/7873, T. 24.2.2015
9. HD. E. 2014/37976, K. 2016/8736, T. 7.4.2016
9. HD. E. 2014/34987, K. 2016/7868, T. 30.3.2016
9. HD. E. 2015/2147, K. 2016/11690, T. 10.5.2016
9. HD. E. 2015/2643, K. 2016/13512, T. 6.6.2016
9. HD. E. 2017/5073 K. 2017/9398, T. 30.5.2017
9. HD. E. 2020/4849, K. 2021/2158, T. 25.1.2021
10 HD. E. 2015/19485, K. 2017/6977, T. 18/10/2017
10 HD. E. 2015/23686, K. 2018/406, T. 25.01.2018
10 HD. E. 2017/3705, K. 2017/5701, T. 13.09.2017.
11. HD. E. 2020/6865, K. 2021/3225, T. 1.4.2021
11 HD. E. 2016/3251, K. 2016/6984, T. 23.06.2016.
11. HD. E. 2014/3592, K. 2014/6536, T. 3.4.2014
11. HD. E. 2012/2858, K. 2013/19889, T. 7.11.2013
11. HD. E. 2012/11366, K. 2014/2563, T. 14.2.2014
11. HD. E. 2012/18008, K. 2014/4997, T. 14.3.2014
11. HD. E. 2012/6750, K. 2014/2110, T. 7.2.2014
11. HD. E. 2012/9115, K. 2014/861, T. 16.1.2014
11. HD. E. 2013/13227, K. 2014/2327, T. 11.2.2014
11. HD. E. 2013/14486, K. 2014/3797, T. 28.2.2014
11. HD. E. 2013/3981, K. 2014/10418, T. 3.6.2014;
11. HD. E. 2013/9864, K. 2014/13670, T. 12.9.2014;
11. HD. E. 2014/3904, K. 2014/11718, T. 18.6.2014.
11. HD. E. 2014/86, K. 2014/8902, T. 9.5.2014
11. HD. E. 2017/3979, K. 2017/5598, T. 23/10/2017.
11. HD. E.2014/728, K. 2014/15099, T. 2.10.2014

11. HD. E. 2012/9113, K. 2014/933, T. 16.1.2014
 11. HD. E. 2015/13993, K. 2017/1714, T. 22.3.2017
 11. HD., E. 2016/13783 K. 2018/5014, T. 9.7.2018
 11. HD., E. 2019/4830 K. 2020/4201, T. 19.10.2020
 12. HD. E. 2021/6867, K. 2021/11782, T. 22/12/2021
 13. HD. E. 2013/820, K. 2013/7793, 28.3.2013.
 15. HD. E. 2000/5126 E.; 2001/399 K., T. 23.1. 2001
 15. HD. E. 2012/5311, K. 2013/1531, T. 6.3.2013
 19 HD. E. 2005/8774, K. 2006/5232, T. 12.5.2006
 19. HD. E. 2013/17519, K. 2014/3332, T. 20.2.2014
 19. HD. E. 2014/7187, K. 2015/4144, T. 24.03.2015
 19. HD. E. 2014/18402, K. 2015/9283, T. 23.6.2015
 19.HD E. 2010/11147, K. 2011/7567, T. 7.6.2011
 22 HD.,E. 2015/15322, K. 2017/13291, T. 5.6.2017
 22. HD. E. 2014/24696, K. 2014/33391, T. 26.11.2014
 22. HD. E. 2015/2280, K. 2016/9044 T. 22.3.2016
 23 HD. E.: 2017/150, K.: 2020/1582, T. 09.03.2020
 23. HD. E. 2014/9719, K. 2015/4827, T. 23.6.2015
 23.HD. E. 2012/3083, K. 2012/4296, T. 19.6.2012
 23. HD. E. 2018/349 K. 2020/3772, T. 24.11.2020

İngiliz Mahkeme Kararları

- AAA v Unilever plc* [2018] EWCA Civ 1532,
Jimmy Wayne Adams & Ors. v Cape Industries Plc & Capasco Ltd. Court of Appeal (Civil Division) 1989 WL 651250
Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime [1991] 4 All ER 769, [1991] 1 WLR 917
Beckett Investment Management Group Ltd & ors v Glyn Hall & ors, Court of Appeal (Civil Division), [2007] EWCA Civ 613
Ben Hashem v Al Shayif [2009] 1 FLR 115.
Broderip v. Salomon [1895] 2 Ch.
Caparo Industries plc v Dickman [1990] 2 AC 605
Chandler v Cape Plc, [2012] EWCA Civ 525.

D.H.N. Food Distributors Ltd. (In Liquidation) v Tower Hamlets London Borough Council,
Court of Appeal, (1976) 32 P. & C.R. 240

Gas Lighting Improvement Co Ltd v Inland Revenue Commissioners (1923) AC 723

Gilford Motor Co Ltd v Horne(1933) CH 935.

Jimmy Wayne Adams & Ors. v Cape Industries Plc & Capasco Ltd. 1989 WL 651250

Jones v. Lipman[1962]1 WLR 832.

Linsen International Ltd v Humpus Sea Transport Pte Ltd High Court of Justice Queen's Bench
Division Commercial Court , [2011] EWHC 2339 (Comm).

Littlewoods Organisation Ltd v Haris [1977] 1 WLR 1472

Lubbe v. Cape Industries plc [2000] 1 WLR 1545 (HL) 1555

Macaura v Northern Assurance Co Ltd. House of Lords, 3 April 1925, [1925] A.C. 619.

Moore Stephens (a firm) (Respondents) v Stone Rolls Limited (in liquidation (Appellants) [2009]
UKHL 39

Mubarak v Mubarak [2001] 1 FLR 673, 682C

Okpabi v. Royal Dutch Shell plc [2021] UKSC 3.

Prest v. Petrodel Resources Ltd [2013] UKSC 34.

Re Southard [1979] 1 WLR 1198

Salomon v Salomon & Co Ltd [1897] A.C. 22.

Smith Stone & Knight Ltd. v Birmingham Corpn [1939] 4 All ER 116.

Trustor AB v Smallbone and Others, 16 March 2001, 2001 WL 239805

Vedanta Res. plc v. Lungowe [2019] UKSC 20, 10 April 2019

VTB Capital plc v Nutritek International Corp. [2012] EWCA Civ 808

Woolfson v Strathclyde Regional Council 1978 S.C. (H.L.) 90.

ABD Mahkeme Kararlari

American telephone & telegraph co. (Miles v. American Tel. Tel. Co. 703 F.2d 193, 5th Cir. 1983)
Ammon (R. B. Ammon & Associates, Inc.)

Anderson v. Abbott 321 U.S. 349 (1944)

Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co. Civ. No. 20302. First Dist., Div. One. Dec. 17,
1962.

Bank of United States v. Deveaux (U. S. 1809) 5 Cranch 61.

Berkey v. Third Avenue Railway Co., 244 N.Y. 84

Black & White, Inc. v. Love 367 S.W.2d 427, 236 Ark. 529, 8 A.L.R.3d 809

- Booth v. Bunce* (1865) 33 N. Y. 139.
- Cargill, Inc. v. Hedge*, 375 N.W.2d 477 (1985) Supreme Court of Minnesota, October 25, 1985.
- Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club International Inc.* 2 F.3d 24 2d Cir. 1993
- Cascade Energy & Metals Corp.*, 896 F.2d at 1577.
- Chatterley v. Omnico* 485 P.2d 667 (Utah 1971).
- Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel* United States Court of Appeals, Second Circuit Dec 2, 1966, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966).
- Consolidated Rock Products Co. v. DuBois* (US Supreme Court, Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois, 312 U.S. 510, 1941)
- Consolidated Sun Ray, Inc. v. Oppenstein*, (United States Court of Appeals 335 F.2d 801 8th Cir. 1964)
- Consumer's Co-Op of Walworth County v. Olsen* 142 Wis. 2d 465 (1988)
- Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes*, 450 So. 2d 1114 (Fla. 1984)
- Del Santo v. Bristol County Stadium Inc* (United States Court of Appeals First Circuit. 273 F.2d 605
- Del Santo v. Bristol County Stadium, Inc.*, 273 F.2d 605, 608 (1st Cir. 1960).
- Flink v. Paladini* 279 U.S. 59 (1929)
- Fountain v. Lumber Co.* Supreme Court of North Carolina 76 S.E. 533 (N.C. 1912).
- Freeman v. Complex Computing Co.* (119 F.3d 1044-2d Cir. 1997)
- Gartner v. Snyder* (607 F.2d 582 (2d Cir. 1979)
- Glenn v. Wagner* 313 S.E.2d 832 (1984)
- Grayson v. R. B. Ammon*, 778 So. 2d 1 (La. Ct. App. 2001)
- Green v. Champion Insurance Co.* 577 So.2d 249 (La. Ct. App. 1991).
- Handlos v. Litton Industries, Inc.* (United States District Court, E.D. Wisconsin, 326 F. Supp. 965. E.D. Wis. 1971)
- Harrison v. Puga*, 4 Wash. App. 52, 480 P.2d 247 (1971).
- Herman v. Mobile Homes Corp.*, 317 Mich. 233 (Mich. 1947)
- In re Phillips: Connolly v. Englewood Post No. 322 Veterans of Foreign Wars of the United States, Inc* Colorado Supreme Court -- June 26, 2006.
- Japan Petroleum Co. (Nigeria) Ltd. v. Ashland Oil* (456 F.Supp. 831 D.Del.1978).
- Johnson v. Abbe Engineering Co.* 749 F.2d 1131 (5th Cir. 1984).
- Johnson v. Kinchen* 160 So.2d 296, 298 (La.App. 1st Cir. 1964)

Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transportation Co. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 31 F.2d 265 (2d Cir. 1929)

Kremen v Agrest (No 2) [2011] 2 FLR 490

Laborers Clean-Up Contract Admin. Trust Fund v. Uriarte Clean-up Service (US Court of Appeal, 9th. Circuit, 1984, 736 F.2d 516)

Lowendahl v. Baltimore Ohio R.R. Co., 247 A.D. 144, 287 N.Y.S. 62 (N.Y. App. Div. 1936)

Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz 954 F.2d 1279 (7th Cir. 1992, United States Court of Appeals, Seventh Circuit)

McKinney v. Gannett Co., Inc., 660 F. Supp. 984 (D.N.M. 1981)

Mull v. Colt Co. 31 F.R.D. 154 (S.D.N.Y. 1962)

My Bread Baking Co. v. Cumberland Farms, Inc., (353 Mass. 614, 233 N.E.2d 748, 1968)

National Marine Service US Court of Appeals for the Fifth Circuit - 286 F.2d 573 (5th Cir. 1961)

North American Van Lines, Inc. v. Emmons, 50 S.W.3d 103 (Tex. App. 2001)

Pan Pacific Sash & Door Co. v. Greendale Park, Inc. 333 P.2d 802 (Cal. Dist. Ct. App. 1958).

Paramount Petroleum Co. v. Taylor Rental Ctr. 712 S.W.2d 534, 536 (Tex. Ct. App. 1986).

Parker v. Bell Asbestos Mines Ltd kararıdır. (U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania - 607 F. Supp. 1397)

Pennsylvania R. Co. v. Jones, 155 U.S. 333 (1894)

Pepsi-Cola Metro. Bottling Co. v. Checkers Inc. United States Court of Appeals, First Circuit Jan 28, 1985; 754 F.2d 10 (1st Cir. 1985)

Pine Tree Assocs. v. Doctors' Assocs., Inc., 654 So. 2d 735, 738 (La. Ct. App. 1995).

Pittsburgh Reflector Co. v. Dwyer & Rhodes Co., 173 Wash. 552, 555, 23 P.2d 1114, 1115 (1933)

Platt v. Bradner Co., 131 Wash. 573, 230 P. 633 (1924).

Pleasure Park Co., Inc., et al. v. Rohleder 109 Va. 439 (1909)

Roepke v. Western National Mutual Insurance 302 N.W.2d 350 (Minn. 1981).

Sagebrush Sales Co. v. Strauss, 617 S.W.2d 922 (Tex. 1981)

Sampsell v. Imperial Paper Co., (Supreme Court) 313 U. S. 215 (1940).

Schenley Distilleries Corp. v. United States 326 U.S. 432 (1946).

Shamrock Oil & Gas v. Ethridge 159 F. Supp. 693 (1958), United States District Court D. Colorado, March 7, 1958.

Sisco-hamilton Co., v. George W. Lennon US Court of Appeals for the Seventh Circuit - 240 F.2d 68 (7th Cir. 1957)

Solar International Shipping Agency, Inc. v. Eastern Proteins Export, Inc., 778 F.2d 922 (2d Cir. 1985)

Steven v. Roscoe Turner Aeronautical Corp., (324 F.2d 157)

Talen's Landing, Inc. v. M/V Venture, 656 F.2d 1157 (5th Cir. 1981)

Taylor v. Standard Gas & Elec. Co., 306 U.S. 307 (1939)

Terry v Yancey 344 F. 2d 789, 790 (4th Cir. 1965)

Tigrett v. Pointer, 580 S.W.2d 375 (Tex. Civ. App. 1979)

United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. 142 F.2d247, 255 (Wis. 1905).

Vaughn v. Chrysler Corp. United States Court of Appeals, Tenth Circuit. 442 F.2d 619 (1971).

W.G. Platts, Inc. v. Platts 298 P.2d1107, The Supreme Court of Washington, Department Two. July 3, 1956

Walkovsky v Carlton, Court of Appeals of New York, 18 NY2d 414, November 29, 1966

Yacker v. Weiner, 109 N.J. Super. 351 (N.J. Super. Ch. Div. 1970).

Zaist v. Olson, 154 Conn. 563, 227 A.2d 552 (Conn. 1967)

Alman Mahkeme Kararlari

Architektenfall, Urteil vom 30. November 1978, WM 1979, 229.

Autokran BGHZ 95, 330 (339, 345) = NJZ 1986, 188

Bremer Vulkan BGH · Urteil vom 17. September 2001. Az. II ZR 178/99

ITT, Bundesgerichtshof, Urt. v. 05.06.1975, Az.: II ZR 23/74.

KBV, BGH, Urteil vom 24. Juni 2002, „Kindl Backwaren Vertrieb (KBV) BGHZ 151

TBB, Bundesgerichtshof Urt. v. 29.03.1993, Az.: II ZR 265/91

Tiefbau, BGH, 20.02.1989 - II ZR 167/88.

Trihotel, BGH II ZR 3/04.

Video Bundesgerichtshof Urt. v. 23.09.1991, Az.: II ZR 135/90.

Wibru Holding AG gegen Swissair Beteiligungen AG 120 II 331.

Fransız Mahkeme Kararlari

Rozenblum Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581,

SA Lambert (Cour d'appel Paris, 7 Janvier 1964,(1964) Jur.D.,472.

Avrupa Adalet Divanı Kararlari

Akzo Nobel and Others v Commission ECLI:EU:C:2009, 97/08 P - para: 58.

Avebe v Commission [2006] ECR II-3085, T-314/01 para: 135

Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio [2006] ECR I-11987 Case C-217/05

Fuji Electric System Co Ltd. v. Commission 12 July 2011, Case T-132/07, para: 182 – 183.

General Química and Others v Commission 20 January 2011, C-90/09 P

Höfner and Esler v Macrotron GmbH [1991] Case C-41/90

Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities, 14 Temmuz 1972, para: 132 – 137.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. ve Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, 6 March 1974 Cases 6 ve 7-73,

Michelin v Commission [2003] ECR II-4071 para. 290. Case T-203/01

Diğer Kaynaklar

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısı ve gerekçe <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>
Statute for a European Company (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/statute-for-a-european-company.html>).

Draft Proposal for a Ninth Council Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty relating to links between undertakings and in particular to groups (https://www.mhc.ie/uploads/9th_proposal.pdf)

AB Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Yansıma Grubu Raporu; EMCA Draft 2017

Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku, *Forum Europaeum* isimli çalışma grubu raporu, 2000.

Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740 final, Strasbourg, 12.12.2012

European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2929348>
<https://www.fortuneturkey.com/fortune500#> (Erişim tarihi 11/11/2019).

Feedback Statement Summary Of Responses To The Public Consultation On The Future Of European Company Law, July 2012.

Report from the Club Des Juristes, Towards Recognition of the Group Interest in The European Union? Committee on Europe, June 2015

Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 April 2011
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2007-2-65, Karar Sayısı : 08-65/1055-411 ve Karar Tarihi : 19.11.2008.

İşdünyası ve İnsan Hakları Hakkında Rehber İlkeler (*The Guiding Principles On Business And Human Rights*)

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf



Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI	Alper Hakkı YAZICI
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Kayseri Aydınlikevler Lisesi
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tezsiz Yüksek Lisans Diploması	
Dönem Proje Konusu	
Tezli Yüksek Lisans Diploması	1)Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Deniz Hukuku) 2) Queen Mary University of London (Corporate and Commercial Law)
Yüksek Lisans Tez Konusu	1) Satıcının Gemi Satım Sözleşmesinden Kaynaklanan Borcu ve Bu Borcun İfası 2) Lifting The Corporate Veil In Group Of Companies: Would The Single Economic Unit Doctrine Of Eu Competition Law Set A Precedent?
Doktora Diploması	
Doktora Tez Konusu	Şirketler Topluluğunda Bağlı Şirket Borçlarından Dolayı Sorumluluk
Yabancı Dil / Diller	1) İngilizce 2) Fransızca 3) Almanca
BİLİMSEL FAALİYETLER	
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	1) Ankara Barosu Avukatlık Stajı 2) Hakim - Savcı Adaylığı
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	1) Serbest Avukat 2) C. Savcısı (Hakimler ve Savcılar Kurulu) 3) Tetkik Hakimi (Adalet Bakanlığı) 4) Legal Expert (Avrupa Konseyi) 5) Daire Başkanı (Adalet Bakanlığı) 6) Başkan Yardımcısı (Adalet Bakanlığı)