

# SERMAYE ŞİRKETLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI VE BU KONUDA TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA GETİRİLEN HÜKÜMLER

**Prof.Dr.Mustafa TOPALOĞLU**  
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
mtopaloglu@mustafatopaloglu.av.tr

## I- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KAVRAMI

Anonim ve limited şirketler tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerindedir. Bu şirketlerin malvarlıklarının sahibi, şirket ortakları değil bizzat şirket tüzel kişiliğidir. Tüzel kişiliğin bir sonucu olarak aktif ve pasif dava ehliyeti şirkete aittir. Yine sınırlı sorumluluk ilkesi gereği ortakların sorumluluğu koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı kadar olup, bunun dışında şirketin borcundan dolayı ortaklara başvurma olanağı bulunmamaktadır.

Tüzel kişiliğin borcundan ortakların sorumlu olmaması, kapitalist ekonomik sistemin gelişmesine katkısı çok fazladır. Hatta sınırlı sorumluluk ilkesinin elektrik ve buharın icadından bile daha önemli bir fonksiyon ifa ettiği söylenmektedir. Bu suretle müteşebbislerin kişisel olarak sorumlu olmalarından korkmaları önlenerek riskli büyük yatırımlara girişmeleri sağlanmıştır.

Ne var ki, sınırlı sorumluluk ilkesi de her hukuk kuralı gibi kötüye kullanıldığında tüzel kişilik perdesi kaldırılmakta ve ortaklar veya diğer grup şirketler şirketin borcundan sorumlu tutulmaktadırlar. Amerikan hukukunda bu duruma “*lifting the veil of incorporation* veya *piercing the corporate veil*” - şirket tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yada “*disregarding of legal entity*” - tüzel kişiliğin dikkate alınmaması denilmektedir. Tüzel kişilik perdesine müdahale edilerek perdenin arkasına gizlenen kişiyi sorumlu kılmanın Almanca karşılığı ise “*Durchgriffshaftung*” tür.

Türk hukukunda “tülü kaldırma” ifadesi ilk defa Prof.Dr.Reha POROY’un “Holdingle” başlıklı bildirisini takiben yapılan tartışmalarda kullanılmıştır. Daha sonra POROY, 1972 yılında TEKİNALP ve ÇAMOĞLU ile birlikte kaleme aldığı Ortaklıklar Hukuku adlı eserinde, tüzel kişiliğin bazı amaçlar için perde olarak kullanılması halinde bu “perdenin kaldırılacağı” hususuna işaret etmiştir (s.70).

Öğretide gerçek olmayan-geniş anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve gerçek- dar anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ayırımı yapılmaktadır. Eğer şirket alacaklılarının şirket ortaklarına başvurusu, kanun hükmünden ya da sözleşmeden kaynaklanıyorsa gerçek olmayan veya geniş anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusudur. Şirket ortağının şirket borçlarına kefil olması

veya garanti vermesi sözleşmeden kaynaklanan bir kaldırma haline; culpa in contrahendo veya şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu veya limited şirket ortaklarının kamu borçlarından sorumlu tutulmaları kanundan kaynaklanan kaldırma hallerine örnektir<sup>1</sup>.

Asıl böylesine bir sözleşme veya kanun hükmü olmaksızın şirket ortakları veya grup şirketlerinin sorumluluğu yoluna gidiliyorsa gerçek-dar anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hali var demektir. Genel olarak kabul edildiği üzere gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında dürüstlük kuralına ilişkin MK m.2 hükmüne dayanılmaktadır. Aynı zamanda objektif iyiniyet yada dürüstlük kuralı, tüzel kişiliğin bir paravan olarak kullanılıp kullanılmadığına ilişkin yapılacak yorumlarda ölçüt olarak da kullanılmaktadır<sup>2</sup>.

## II- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN TEORİLER

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin kaynağı Anglo-Amerikan hukukudur. İlk defa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramını Profesör *Wormser* 1912 yılında yazdığı makalesinde kullanmıştır<sup>3</sup>. Anglo-Amerikan hukukunda tüzel kişilik hiçbir zaman Kıta Avrupası sisteminde olduğu gibi bir “kişilik” olarak görülmemiş sadece belirli bir takım hakların sahipsiz kalmaması için öngörülmüş farazi varlıklar (metaphor) olarak kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Bu nedenle Hakim *Benjamin Cordoza*, 1929 yılında verdiği ünlü kararında ana şirket ile yavru şirket arasında çok ince çizgilerle birbirinden ayrılmış bir bütünlük mevcut olduğunu belirterek tüzel kişilik perdesini kaldırmıştır<sup>5</sup>. ABD mahkemeleri ana ortaklığı yavru ortaklığın borçlarından sorumlu kılmak için kesin ve açık kavramlar yerine içi boş “cebi, kuklası, aracı” gibi mecazi kavramlar kullanmayı tercih etmişlerdir. ABD hukukunda mahkeme kararlarından ana ortaklık yavru ortaklık ilişkilerinde “*alter ego*” ve “*instrumentality*” olarak adlandırılan teorileri geliştirilmiştir. *Alter ego* teorisi tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için iki şartın varlığını aramaktadır: Bunlar: (1) şirket ile ortakları arasında artık ayrı bir varlık kalmayacak biçimde bir menfaat birliğinin olması, (2) alacaklılar açısından ayrı bir tüzel kişiliğin olduğunun ileri sürülmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratmasıdır. Bazı mahkemeler tarafından uygulanan *instrumentality* kuralları ise tüzel kişiliğin dikkate alınıp alınmayacağını tespit etmeye yönelik üçlü bir testten oluşmaktadır: (1) bir tüzel kişi üzerinde tam hakimiyet veya kontrol, (2) Bu kontrol veya hakimiyetin hatalı yada hileli bir davranış oluşturacak şekilde kullanılması, (3) söz konusu davranışın davacının zararına yol açması. Bu testler başlangıçta ana-yavru ortaklık ilişkilerine uygulanmaktayken daha sonra bir şirket üzerindeki hakimiyetin kötüye kullanıldığı diğer halleri de kapsayacak şekilde genişlemiştir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> V.YANLI, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Tutulması, İstanbul 2000, s.19-20.

<sup>2</sup> TEKİNALP/TEKİNALP; Perdeyi Kaldırma Teorisi, PROF.DR.REHA POROY’A ARMAĞAN, İstanbul 1995, s.396.

<sup>3</sup> I.M. WORMSER, Piercing the Veil of Corporate Entity, 12 COLUM.L.REV.496, (1912).

<sup>4</sup> M.DURAL, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), 15.YIL SEMPPOZYUMU, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No:119, Mayıs 1998, s.98.

<sup>5</sup> “*The whole problem of the relations between parent and subsidiary corporations is one that is still enveloped the mists of metaphor.*”, Berkey v.Third Ave.244 Ry, 841.155 N.E.58 (1926).

<sup>6</sup> C.ALTING, Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities - A Comparative View, 2 TULSA J & COMP. (1994-1995), s.195.

ABD hukukundaki gelişmelerden etkilenen *Serick*, Alman hukuku bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını teorik bazda ilk savunan yazarlardandır. *Serick*'e göre, bir ortak veya üyenin tüzel kişilik formunu yada yapısını kanun hükümlerini dolanmak, sözleşmeye aykırı davranmak ya da haksız olarak üçüncü kişilerin zarara uğratmak için kullanması halinde kişisel olarak sorumlu olmalıdır. Sübjektif kötüye kullanma teorisi olarak adlandırılan bu teori, kötü niyeti esas almaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için hukuk düzenin amacına objektif olarak aykırı hareket edilmesinin yanında sübjektif olarak aykırılık niyetinin varlığı aranmaktadır<sup>7</sup>.

Alman hukuku açısından *Müller-Freienfel* tarafından "normların amaçları" adlı bir teori daha savunulmuştur. Buna göre, konuyu sadece tüzel kişilikle ilgili ve sınırlı görmek doğru değildir. Esasen her hukuki çözümde normun objektif amacı dikkate alınarak hareket edilmelidir. Amacı dışında kullanılmak istenen tüzel kişilikle ilgili bir norm ise bu durumda tüzel kişilik dikkate alınmayabilir. Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri normun amacı teorisini uygulama eğilimindedirler<sup>8</sup>.

Fransız hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında, MK m.2'deki hakkın kötüye kullanılmasına değil de muvazaaya dayanılmaktadır. Buna göre kişilerin belirli hükümlerin uygulanmasını engelleyerek üçüncü kişilerin aleyhine bazı menfaatler sağlamak için tüzel kişinin arkasına saklanmaları, muvazaadan başka bir şey değildir. Bu durumda tüzel kişiyi dikkate almadan arkasındaki kişilere muvazaa hükümlerine dayanılarak el atılabilir.<sup>9</sup>

Türk hukukunda sübjektif kötüye kullanma teorisinin hakim olduğu söylenebilir. Profesör DURAL'a göre kişiler, tüzel kişinin ardına kendilerine yönelik yasaklayıcı ya da emredici bir hükmü bertaraf etmek için gizleniyorsa bu, MK m.2'ye aykırı davranış olur. Bu durumda tüzel kişiye başvurmadan tüzel kişinin tabanını oluşturan ortak ve üyelere nüfuz edilebilir. Belirtmek gerekir ki böyle bir yola başvurma genellikle kanuna karşı hile oluşturur. Ancak kanuna karşı hile oluşturmasa da MK m.2'ye aykırılık var ise, kişilerin kendilerine yönelik bir hükmün uygulanmasını engellemek için tüzel kişiyi öne sürmelerine izin verilmemelidir<sup>10</sup>. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai bir uygulama olduğu ve bu nedenle somut olayda hukuka aykırı bir amaç yok ise tüzel kişinin bağımsızlığının korunması gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayım.

### III- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİ KALDIRMA HALLERİ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halleri genellikle iki grup altında toplanmaktadır. Birincisi şirket ortakları ve yöneticilerinin sahip oldukları vasıfların ve buldukları irade beyanlarının şirket tüzel kişiliğine izafe edilip edilemeyeceği ile ilgilidir. Bu durumun tam tersi şirketin durum ve irade beyanlarının ortak ve yöneticilere izafe edilip edilemeyeceği aynı grup adında değerlendirilmektedir. Bu

<sup>7</sup> YANLI, s.52; ALTING, s.198.

<sup>8</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, s.392.

<sup>9</sup> DURAL, s.98-99.

<sup>10</sup> DURAL, s.100.

hallere “tüzel kişilik perdesini kaldırarak şirketle ortakları özdeş kılma” denilmektedir <sup>11</sup>.

İkinci olarak da tüzel kişilik perdesinin kaldırarak şirketi veya ortakları sorumlu kılmadan söz edilmektedir. Uygulamada çok karşılaşıldığı için aşağıdaki açıklamalarımız daha çok bu tipe ilişkin olacaktır. Kural olarak şirket tüzel kişiliği ile ortak arasındaki mal ayrılığı ortadan kaldırılmamaktadır. Ancak, bazı somut olaylarda ortakların sorumluluklarının koymayı taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı oldukları kuralına istisna getirilerek şirket alacaklılarına ortakların malvarlığına başvurma hakkı tanınmaktadır <sup>12</sup>.

#### IV- ŞİRKET-BİREYSEL ORTAK İLİŞKİLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Tüzel kişi şirket ile onun ortakları arasında ayrılık kuralı geçerlidir. Bazı durumlarda şirket ile ortakları arasında öyle bir özdeşlik veya ayniyet ortaya çıkmaktadır ki artık iki ayrı hukuk sujesinin varlığını ileri sürmek imkansızlaşmaktadır. ABD hukukunda şirkete hakimiyet, sermaye yetersizliği ve malvarlıklarının karışması hallerinden birinin veya birkaçının varlığı halinde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakla şirket bir bütün olarak mütalaa edilmektedir.

##### A- ŞİRKETE HAKİMİYET

Şirkete hakim olma yada kontrol altında tutma (*domination of a company*) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için akla gelen ilk uygulamalardan biridir. Şirkete hakimiyet iki şekilde olabilir. Birinci olarak şirket tek kişiden oluşabilir veya bir kişi şirket hisselerinin çoğunu elinde tutabilir. Ayrıca ana şirket -yavru şirket ilişkilerinde ya da holdinglerde şirkete hakim olma durumu söz konusu olabilir.

Tek kişi şirketi (*sole partnership*) denilince ilk önce bütün payların tek kişide bulunduğu şirketler anlaşılır. Bu durumda ortada sorumluluğu sınırlandırılmış tek kişi ortaklığı mevcuttur. Bunun dışında bir kişinin kendi hakimiyeti altında faaliyet gösteren saman ortak dediğimiz güvenilen kişilerden oluşan şirketler de İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tek kişi şirketi olarak kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

Almanya’da tek kişi tarafından limited şirket veya anonim şirket kurulması 1994 yılından itibaren mümkün hale gelmiştir. Türk hukukunda şu anda böyle bir imkan mevcut değildir. Ancak Türk hukukunda iki halde bir şirket tek kişi şirketi olarak nitelendirilebilir. Bunlardan birincisi, anonim ve limited şirkette ortak sayısının bire düşmesidir. Bu halde TTK m.435 uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından fesih davası açılabilir. Diğeri ise bir kişinin gerçek ortak olması diğeri ortakların ise onun güdümünde saman ortak konumunda bulunmasıdır. Bu durumda dahi TTK m.435 uyarınca fesih davasının açılması mümkündür. Bu iki halde de fesih

<sup>11</sup> G.ANTALYA, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, I.Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, İstanbul 2 Şubat 2008, s.151; YANLI, s.21.

<sup>12</sup> YANLI, s.37.

<sup>13</sup> YANLI; s.135.

davası açılıp şirket ticaret sicilinden terkin edilinceye kadar geçici bir süre için de olsa meri Türk mevzuatı açısından tek kişi ortaklığı söz konusu olabilir<sup>14</sup>.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 338.maddesinde “Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır” denilmek suretiyle tek kişilik anonim şirketin kurulmasına olanak sağlanmıştır. Madde gerekçesinde, Avrupa Birliğinin 89/667 sayılı yönergesindeki buna izin veren hükümden yararlanıldığı ve uydurma hissedar yaratılması gibi hile-i şer’iyeye kapıların kapatıldığı belirtilmektedir.

Yine Tasarının 573.maddesinde limited şirketlerin TTK m.503’ün aksine sayı verilmeyerek gerçek ve tüzel kişilerce kurulacağı belirtilmiştir. Devam eden 574.maddede ise ortak sayısının bire düşebileceği ve bu durumun ticaret siciline tescil edileceği öngörülmektedir. 574.madde gerekçesinde aynen şu ifade kullanılmaktadır: “ *Tek kişilik limited şirket, bugün bir gereksinim olduğundan ve AET’nin 89/667 sayılı yönergesi, limited şirkette bu “sınıf”ı gerekli gördüğünden konuya bu açıdan açıklık getirilmiştir. Bu adım sadece önemli bir gereksinime cevap vermek ve AB hukuku ile uyumu sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda uygulamadaki bazı görünüşte ortaklarla kurulan limited şirketlerden doğan kötüye kullanmalara da engel olacak, ayrıca perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına da yardım edecektir.*”

ABD ve Alman hukuk sistemlerinde şirkete hakimiyet tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak şirket borçlarından dolayı ortakların sorumluluğu için tek başına yeterli bir sebep olarak görülmemektedir. Aynı sonuç, tüzel kişiliğe sahip şirket ile bunun tek sahibi ortağın iki farklı kişilik oluşturduğu kabul edilen tek kişi şirketleri için de geçerlidir<sup>15</sup>. Ancak şirkete hakim olma, Türk Ticaret Kanunu 574.madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, diğer unsurların da bulunması şartıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını kolaylaştırabilir<sup>16</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir anonim şirketin gerçekte tek ortağı durumunda olan şahsın ve şirketin ticari temsilcisinin ayrı ayrı kefil oldukları borcu, şirketin iflas etmesi nedeniyle ödemek zorunda kalan kefil ortağın diğer kefil ticari temsilciye rücu edemeyeceğine karar vermiştir<sup>17</sup>. Federal Mahkemeye göre, hakim tek ortak, söz konusu kefaleti gerçekte şirkete değil kendisi yararına vermiştir. Bu nedenle bir kişi kendisiyle özdeş olduğu kabul edilen bir şirket için kefaleten ödediği bedeli diğer kefile rücu edemez.

Bununla birlikte şirkete hakim ortak aynı zamanda şirketin yönetim organını oluşturuyorsa TTK m.336 uyarınca sorumluluğu yoluna gidilebilir. Hatta Profesör Kalpsüz, tüzel kişilik kurumu ile oynamaya gerek olmaksızın kanunun ve ana sözleşmenin kendine verdiği görevleri yerine getirmeyen şirket yöneticilerinin şirket alacaklılarına karşı şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulabileceklerini ileri sürmektedir<sup>18</sup>. Yargıtay da verdiği bir kararda limited şirketi kötü idare etmiş

<sup>14</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, s.397.

<sup>15</sup> YANLI, s.185-187.

<sup>16</sup> ALTING, s.201.

<sup>17</sup> BGE 81 11 444, (Anıldığı yer: DURAL, s.104); ayrıca bkz.BGE 53 II 25 (Anıldığı Yer: TEKİNALP/TEKİNALP, s.392).

<sup>18</sup> Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), (Tartışmalar), 15.YIL SEMPPOZYUMU, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No:119, Mayıs 1998,s.115-116.

müdürlerinin şirket alacaklılarına karşı hukuki sorumluluklarını kolaylaştırarak bir bakıma bu görüşü desteklemiş olmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.11.2005 Tarih, 2004/12627E, 2005/10631K sayılı örnek kararının önemi nedeniyle aşağıda metni verilmiştir:

*“Dava, limited şirket müdürlerinin görevini kasten veya ihmali sonucu yerine getirmemesi nedeniyle şirket alacaklısı tarafından uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.*

*TTK.’nın 556. maddesi, limited ortaklık müdürlerinin cezai ve hukuki sorumluluğu hakkında anonim ortaklığın bu konudaki (TTK 336-342) hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. TTK.’nın 336. maddesine göre, genel olarak şirket müdürleri şirket adına yapmış oldukları işlemlerden ötürü şahsen sorumlu tutulamazlar. Ancak anılan maddede 5 bent halinde açıklanan durumlar, genel ilkenin istisnaları olarak gösterilmiştir. Bu istisnalardan olan 5. bent gereğince gerek kanunun, gerekse ana sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri kasten veya ihmali sonucu yapmayan şirket müdürleri aleyhine zarar gören alacaklılar doğrudan dava açabilir. Müdürün özellikle TTK 20/2 ve 320. maddelerinde belirtildiği şekilde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesinin zorunlu olduğu hallerde, bu basireti, gerekli dikkat ve özeni gereği gibi veya hiç yerine getirmemesi durumunda, ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı sorumlu olacağı ilkesi kabul edilmiştir.*

*Anılan düzenlemeler göz önüne alındığında, davalı şirket müdürlerinin şirketi kötü idare etmeleri nedeniyle limited şirketten alacaklarını tahsil edememiş olduklarının iddia edilmiş bulunmasına göre, aralarında şirketin faaliyet sahasında uzman bilanço bilirkişisi de bulunan üç kişilik bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak; davacı taraf işle ticari ilişkinin doğumundan önce şirketin ne şekilde idare edildiği, borcun ödenmeme nedeni, davalıların TTK 20. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi davranıp davranmadıkları da gözetilmek suretiyle sonucuna göre bir hüküm kurmak gerekirken sadece alacak konusu trafo için alınan banka kredisinin usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olarak yapılan inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.”*

## **B- SERMAYE YETERSİZLİĞİ**

Sermaye yetersizliği (undercapitalization), tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından alacaklıları tatmin edecek şirketin net malvarlığına işaret etmektedir. Şirket sermayesi bu açıdan şirketle işlem yapacak üçüncü kişilere karşı şirketin yalnızca malvarlığı ile sorumlu olması bakımından büyük önem taşımaktadır. Şirket alacaklıları şirket sermayesini dikkate alarak şirketle ilgili yatırım yaparak ticari riski üzerlerine almaktadırlar. İşte bu anlamda şirket ortaklarının kötü niyetli olarak şirketin yaptığı işe oranla yetersiz sermaye ile işletme faaliyetini sürdürmeleri şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırılarak sorumlu tutulmalarına neden olabilmektedir<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> B.SINGHOF, Equity Holders’ Limited for Limited Liability Companies’ Irrecoverable Debts- Reflections on Piercing the Corporate Veil Under German Law, 22 Loy. L.A. Int’l & Comp.L.Rev. 1990-2000, s.162-163.

Sermaye yetersizliği konusunda nominal ve maddi sermaye yetersizliği ayrımı yapılmaktadır. Nominal sermaye yetersizliği TTK 272 ve 507. maddelerinde öngörülen asgari sermayenin karşılanmaması halinde ortaya çıkar<sup>20</sup>. Maddi sermaye yetersizliği kavramı ise Alman hukukunda *Ulmer* tarafından ileri sürülmüş ve genel kabul görmüştür. Buna göre, şirketin yürüttüğü işin niteliği ve ağırlığına göre şirketin sermayesi yetersizse maddi sermaye yetersizliği söz konusudur. Hatta burada ortakların şirkete verdiği borçlar dahi, sermayeye dahil sayılarak değerlendirme yapılmaktadır<sup>21</sup>. Bu bağlamda ortaklar, şirketin aczi veya iflası halinde şirkete borç olarak verdikleri paraları talep edemezler. Eğer, şirket alacaklarına karşılık kendi ortaklarına ödeme yapmış ise, bunlar dahi belirli şartlar altında geri istenebilmektedir<sup>22</sup>.

İtalyan Medeni Kanunu'nun 2467.maddesinde nominal sermaye yetersizliği ile ilgili özel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre, nominal sermaye yetersizliği halinde ortakların şirketten olan alacaklarının geri ödemesi şirketten alacaklı üçüncü kişiler tatmin edilinceye kadar ertelenmektedir<sup>23</sup>.

Öğretide her maddi sermaye yetersizliği değil de nitelikli veya ağır maddi sermaye yetersizliğinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına neden olacağı belirtilmektedir. Bunun için şirketin yaptığı iş itibariyle sermayesinin yetersiz olduğunun bizzat ortaklar tarafından açık ve kolayca anlaşılabilir olması gerekmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi (Bundessozialgericht- BSG), 15 işçi çalıştıracığı ve 700.000.- Alman Markı(DM) yatırım yapacağı vaadiyle 120.000.- Alman Markı(DM) devlet desteği alan limited şirketin iflas etmesi üzerine şirket tüzel kişiliğine ödenen bu yardımın ortaktan geri alınabileceğine karar vermiştir. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre, yılda 1 milyon Alman Markı (DM) kapasitesi bulunan bir işe ek gelir koymadan böylesine az bir sermaye ile kalkışılması halinde nitelikli maddi sermaye yetersizliği söz konusudur<sup>24</sup>.

ABD ve Alman hukukunda, şirketin finansal durumunu bilen veya sahip oldukları istihbarat organizasyonu nedeniyle bilebilecek durumda olan bankaların buna rağmen kredi vermeleri halinde sermaye yetersizliği nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını isteyemeyecekleri kabul olunmaktadır<sup>25</sup>. Yerinde bulunduğumuz bu görüş uyarınca sermaye yetersizliği içinde bulunan bir şirketle bu şekilde akdi ilişki içine giren alacaklı sonradan karşı tarafın hukuka aykırı davranışta bulunduğunu ileri süremez.

Son olarak nitelikli maddi sermaye yetersizliği nedeniyle tüzel kişilik perdesi kaldırılarak sorumlu tutulmak istenen ortakların yönetici veya şirkete hakim

---

<sup>20</sup> Asgari nominal sermaye miktarı;anonim şirketler için 50.000.-YTL, limited şirketler için 5.000.- YTL olarak öngörülmüştür.

<sup>21</sup> ALTING, s.207.

<sup>22</sup> YANLI, s.92.

<sup>23</sup> M.SPÉRANZIN, Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law, I.Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, İstanbul 2 Şubat 2008, s.167.

<sup>24</sup> ALTING, s.208.

<sup>25</sup> R. B.THOMPSON, Piercing the Corporate Veil: An Emprical Study, 76 Cornell L.Rev., 1990-1991,s.1068.

durumda olmaları gerekir. Şirkette böylesine bir görev almayan pasif durumdaki ortaklara bu teori kapsamında başvurulması olanağı bulunmamaktadır<sup>26</sup>.

### C- MALVARLIKLARININ KARIŞMASI

Genel olarak şirketle ortakları arasında varlık veya mal transferleri (*commingling of assets*) tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını haklı kılmaz. Hatta söz konusu transferlerin piyasa değerlerinin altında yapılmış olması veya hiçbir bedel alınmamış olması da önemli değildir. Burada gerekli olan, şirketin kayıtlarının muhasebesinin ve hesaplarının karışmış olması ve dışarıya karşı şirketle ortakları arasında bir birlik görüntüsünün verilmesidir<sup>27</sup>. Bu durumda şirket malvarlığı ile ortakların malvarlıkları defterlerden anlaşılmayacak bir şekilde karıştığı için şirket alacaklıların haklarını elde edebilecekleri bağımsız ve ayrı bir şirket formu ortadan kalkmıştır. Artık bu aşmadan sonra ortakların şirket borcundan dolayı sorumlu olmadıklarını ileri sürmeleri dürüstlük kuralına aykırı olur.

Alman Federal Mahkemesi, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumlu tutulması için ortağın malvarlıklarının karışmasında kişisel etkisini aramaktadır<sup>28</sup>. Somut olayda ortakları evli bir çift olan limited şirkette karı %20 hisseye sahip olup geri kalan pay kocaya aittir. Karı, şirket müdürü olarak atanmış olmasına rağmen şirketin bütün işleri kendisine vekalet verilen koca tarafından yürütülmektedir. Şirketi temsil yetkisine sahip koca, şirket malvarlığı ile kendi malvarlığını ayırt edilemeyecek şekilde birleştirmiştir. Koca tarafından dolandırılan şirket müşterisi 300.000.Alman Markı (DM) alacağının tahsili için şirket müdürü gözüken karıya karşı dava açmıştır. Federal Mahkeme'ye göre düşük oranlı hisseye sahip olan veya malvarlıklarının birbirine karışmasında hiçbir etkisi olmayan ortakların şirket borcundan dolayı sorumluluğuna gidilemez ve bu yüzden davalı karı borçtan sorumlu tutulamaz<sup>29</sup>.

Alman hukukunda malvarlıklarının karışmasının yanında alanların birbirine karışmasından; Amerikan hukukunda ise şirket formalitelerine dikkat edilmemesinden (*disregard of corporate formalities*) söz edilmektedir. Şirketle ortağın yada ana şirketle yavru şirketin benzer ticaret unvanlarını, personeli, odaları, adres ve telefonları kullanmaları halinde alanların birbirine karışması var demektir. Bazen de şirketin yaptığı işin aynısının ortak tarafından kişisel olarak yapılması hallerine de rastlanılmaktadır. Malvarlıklarının birleşmesinde olduğu gibi burada da alacaklılar gerçekte iki veya daha çok işletme ile işleme girdiklerini fark etmemektedirler. Alacaklılara karşı tek bir işletme görüntüsü yaratılmaktadır<sup>30</sup>. Bu nedenle şirket veya şirketin ortağı yaratılan bu hukuki görünüşe aldanan alacaklılara karşı birden fazla ya da birbirinden ayrı iki işletme mevcut olduğu itirazını ileri süremezler<sup>31</sup>. Alanların karışması halinde de tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortağın sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Nürnberg Eyalet Mahkemesi bu konuda limited şirket ve onun tek ortağı ile ilgili ilginç bir karar vermiştir. Bir poliçe (kambiyo senedi) üzerine limited şirketin kaşesi ve şirketin tek ortağının

<sup>26</sup> SINGHOF, s.163.

<sup>27</sup> ALTING; s.211; SINGHOF, s.161.

<sup>28</sup> BGHZ 125, 366 vd.

<sup>29</sup> YANLI, s.244-245 ve dn:1079.

<sup>30</sup> ALTING, s.217.

<sup>31</sup> YANLI, s.249.



imzası mevcuttur. İmza atan ortağın limited şirketi temsil yetkisi bulunmamaktadır. Şirketin ticaret unvanı ile ortağın ticaret unvanı birbirine benzemekte ve ortağın şahıs işletmesi ile limited şirket aynı ofisi kullanmaktadır. Daha sonra poliçe ödenmeyince lehtar alacaklı limited şirkete başvurmuştur. Limited şirket ödeme talebini poliçe keşidecisinin şirketi ilzam yetkisi olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, söz konusu poliçenin şirketi bağlamayacağını ancak ortağın şahsi işletmesi ile şirket arasında bir özdeşlik meydana geldiğini ve bu nedenle de şirketin poliçe bedelini ödemesi gerektiği sonucuna varmıştır<sup>32</sup>.

## V- BAĞLI ŞİRKET/İŞLETME İLİŞKİLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Bilindiği gibi şirketler hukukunda şirket ortaklarının mutlaka gerçek kişi olması gerekmez. Bir veya birkaç limited ya da anonim şirket başka bir şirketin ortağı olabilir. Bu durumda grup şirket veya ana şirket yavru şirket (bağlı şirket) ilişkisinden söz edilir. İşte şirket ortağı olmak dolayısıyla ana şirketin veya grup şirketin sorumluluğuna da tüzel kişilik perdesi kaldırılarak gidilebilmektedir.

## A- ABD VE ALMAN HUKUKUNDA GRUP/BAĞLI İŞLETMELER VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

ABD hukukunda grup şirketlere (*affiliated company- affiliated group*) ilişkin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu önceden kesin bir şey söylenemeyen common law kurallarına dayandırılmaktadır. Bu konuda Alman hukukunda kanuni düzenleme getirilmiş ve *konzern* denilen grup şirket ilişkilerinde mahkeme kararları kıyas yoluyla uygulamayı genişleterek kısmen yeknesak ve istikrarlı bir çözüme gidilmiştir. Meri Türk hukuk mevzuatında bu konuda yasal düzenleme bulunmamakla birlikte Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Yargıtay uygulamasında da birkaç karar dışında grup şirket ilişkilerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını açıkça kabul eden karara rastlanamamıştır.

ABD hukukunda ana şirket - yavru şirket (*parent and subsidiary companies*) ilişkilerinden etkilenen alacaklılar için iki halde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilir. Birincisi, ana şirketin yavru şirket üzerindeki hakimiyet ve kontrolünü kötüye kullanması nedeniyle zarara uğrayan sonraki şirketin alacaklılarının tüzel kişilik perdesini kaldırılmasını isteme hakkı vardır. Burada yavru şirket alacaklılarının menfaatini doğrudan etkileyen doğrudan zarar dediğimiz bir olay söz konusudur<sup>33</sup>.

İkincisi ortakların ve alacaklıların ana şirketin özen ve sadakat yükümüne (*fiduciary duties*) aykırı davranışı yüzünden yavru şirketin aktifinde ve malvarlığında meydana gelecek azalma nedeniyle uğradıkları dolaylı zararlara ilişkindir. Mahkeme kararlarında aşağıdaki hallerde ana şirketin yavru şirket üzerindeki özen ve sadakat yükümüne aykırılık bulunmuştur<sup>34</sup>:

- Ana şirket yavru şirkete ait bir iş fırsatına kendisi el koymuşsa<sup>35</sup>,
- Ana şirket fahiş fiyatla yavru şirkete mal veya bir hak transfer etmişse<sup>36</sup>,

<sup>32</sup> ALTING, s.217.

<sup>33</sup> ALTING, s.221.

<sup>34</sup> ALTING, s.221-222.

<sup>35</sup> *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d.717,722 (Del.1971).

<sup>36</sup> *Gottesman v. General Motor Corp.* 279 F.Supp. 361 (S.D.N.Y.1967).

- Ana şirket yüksek temettü olarak yavru şirketten sermaye çekmişse<sup>37</sup>,
- Ana şirket iki şirketle ilgili tahsil ettiği konsolide vergi iadesinden yavru şirketi mahrum bırakmışsa<sup>38</sup>,

Yukarıda örnek olarak sayılan hallerde yavru şirketin alacaklıları ve ortaklar dava açarak ana şirketin yavru şirkete tazminat ödemesini istemeleri bir bakıma tüzel kişilik perdesinin kaldırılması niteliğindedir<sup>39</sup>.

Alman hukukunda bağlı işletmelerin hukuku “*konzern hukuku*” olarak adlandırılmaktadır. Konzernler, bir ana (hakim) işletmenin sevk ve idaresindeki bir veya birkaç yavru (bağlı) işletmeden oluşan yapıdır. Üstlük altlık ilişkisi açısından konzernler, sözleşme konzernleri ve fiili konzernler olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşme konzerni, bir şirketin diğer bir veya birkaç şirketin yönetim organına sevk ve idare talimatı verme hakkı tanıyan hakimiyet sözleşmesiyle oluşur. Böyle bir sözleşme dışında bir sebeple bir işletmenin başka bir işletme üzerinde sevk ve idare hakkı kullanmasına da fiili konzern denilmektedir. Sözleşme ve fiili konzernler de adi ve fevkalade konzern olarak ikili alt ayrıma tabi tutulmaktadır. Adi konzernlerde, ana işletme yavru işletmenin yöneticilerini tayin etmekte, işletme politikasını belirlemekte ve finansman araçları sağlamakta; ancak yöneticilere talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Fevkalade konzernlerde ise ana işletmenin yavru işletmeleri tamamen kendi çıkarlarına göre yönetimine müdahale etme yetkisi mevcuttur<sup>40</sup>. Anonim şirket halindeki konzernleri düzenleyen Alman mevzuat hükümleri, limited şirket şeklinde yapılanmış konzernlere de kıyasen uygulanmaktadır<sup>41</sup>.

Alman Paylı Şirketler Kanunu’nun 302. maddesine göre, sözleşme konzerninde alacaklılar bir mali yılda hakim şirketin bağlı şirket malvarlığında neden olduğu eksilmenin tamamının tazminini hakim şirketten isteyebilirler. Yine aynı Kanunun 303. maddesine göre de, alacaklılar sözleşme konzerninin dayanağı olan hakimiyet sözleşmesinin bağlı işletmenin iflası ile sona ermesi durumunda hakim işletmeye karşı doğrudan alacak davası açabilirler<sup>42</sup>.

Fevkalade fiili konzernlerde ana işletmenin yavru işletmenin yönetimine sürekli ve sınırsız müdahale hakkı olduğundan artık fiili konzernlerin aksine hangi işlemin yavru işletmenin zararına olduğu belirlenemez. Bu durum sözleşme konzernlerine benzediği için Alman Paylı Şirketler Kanunu ilgili hükümlerinin uygulanması ve dolayısıyla yavru şirketin ortaklarının veya alacaklılarının yavru şirketin malvarlığında meydana gelen azalma için ana şirkete dava açabilmesi mümkün hale gelmektedir<sup>43</sup>. Almanya’da fevkalde fiili konzern ilişkisi Federal Mahkemenin *Autokran* davası çok ünlüdür. Dava konusu olayda davacı ile davalı yedi limited şirketle vinç alımı konusunda finansal kiralama sözleşmesi

<sup>37</sup> *Sinclair Oil Corp.*, 280 A.2d. at 720-21.

<sup>38</sup> *Meyerson v. El Paso Natural Gas Co.*, 246 A.2d. Del. 1967).

<sup>39</sup> ABD Mahkemeleri bu kararlarında “*arm’s length test*”, “*lack-of-fraud test*”, “*the business judgement rule*” ve “*intrinsic fairness test*” olarak isimlendirilen ölçütleri kullanmışlardır.

<sup>40</sup> TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 7.Bası, İstanbul1997, s.934-935;YANLI, s. 144.

<sup>41</sup> ALTING, s.237.

<sup>42</sup> ALTING, s.237.

<sup>43</sup> SINGHOF, s.167.

akdetmişlerdir. Davalı holding limited şirketi diğer limited şirketlerin hisselerinin %90'na sahiptir. Yedi limited şirketin muhasebesi davalı holdingin çoğunluk hissesine sahip olduğu başka bir limited şirket tarafından tutulmaktadır. Aralarındaki sözleşmeye göre davalı holding limited şirketi, söz konusu limited şirketlerin müşterileriyle yaptığı bütün sözleşmelerdeki karı talep etme hakkı mevcuttur. Buna karşılık olarak da söz konusu limited şirketlerin işçi ücretleri gibi masraflarını karşılamayı üstlenmiştir. Finansal kiralama sözleşmesi feshedilmiş ve finansal kiralama şirketi 700.000.- DM Alman Markı alacağına ancak 40.000 DM Alman Markını yedi limited şirketten tahsil edebilmiştir. Finansal Kiralama şirketi bakiye alacağına tahsili için holding limited şirkete de dava açmıştır. Federal Mahkeme dava konusu olayda holding limited şirket ile yedi limited şirket arasında hakimiyet ilişkisine dayalı işletme bütünlüğünün (*entrepreneur*) varlığını tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme, fevkalade fiili konzern olarak nitelediği bu durum nedeniyle tüzel kişilik perdesini kaldırarak holding limited şirketi bakiye finansal kira alacağından sorumlu tutmuştur<sup>44</sup>.

Fiili konzernlerde ise ana şirketin yavru şirkete talimat verme hakkı sadece şirket hissedarı olmasından kaynaklanmakta ve fevkalade fiili konzernlerde olduğu gibi yoğun bir biçimde gerçekleşmemektedir. Bu nedenle sözleşme konzernine ait hükümler uygulanamayacağından davacı alacaklı veya ortağın ana şirketin talimatının yavru şirkette zarara sebep olduğunu ispat etmesi gereklidir. Böyle bir ispatın da çok zor olduğu ve ana şirketi sorumlu kılmanın pek mümkün gözükmediği söylenmektedir<sup>45</sup>.

## **B- TÜRK HUKUKUNDA GRUP ŞİRKET İLİŞKİLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI**

Türk Ticaret Kanunu'nda grup şirketler yada bağlı işletmeler hususu özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak anonim şirketlerin yedek akçeleriyle ilgili 466.maddesinde "Holding" şirketlere değinilmiştir. TTK m.466/4 hükmüne göre holding şirketler, amacı başka bir şirkete ortak olan şirketlerdir. Holdingler, ana şirket şeklindeki anonim şirketin yavru şirket şeklindeki anonim şirketlere hissedar olarak katılarak onların yönetiminde söz sahibi oldukları bir bağlı işletmeler topluluğudur. Bu suretle şirketlerin ekonomik açıdan yoğunlaşması ve merkezileşmesi sağlanabilmektedir. Holding şirketlerin mutlaka anonim şirket olarak kurulması hatta şirket olarak işletilmesi dahi zorunlu değildir<sup>46</sup>. Türk Ticaret Kanunu holdinglerle ilgili sadece yedek akçeler bakımından bir hüküm içermekte olup, bu yapıda yer alan şirketlerdeki ortaklarının ve alacaklıların hukuki durumunu düzenlenmemiştir. Bu nedenle genel hükümlere gidilerek sorunun hukuken çözümü gerekmektedir.

Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi sözleşme konzerni veya fiili konzern oluşturulmasına engel bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte ana şirketin yavru şirket üzerinde holding veya başka bir şekilde kontrolünün bulunması halinde yavru şirkete zarar veren işlem ve kararlarından sorumlu olup olmayacağı

<sup>44</sup> YANLI, s.212-214 ve dn.931; ALTING, s.244-245.

<sup>45</sup> YANLI, s.204-205; ALTING, s.238; SINGHOF, s.166-167.

<sup>46</sup> TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s.244; H.PULAŞLI, Şirketler Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2001, s.261; YANLI, s.149-150.

tartışma konusudur<sup>47</sup>. Zira Türk hukukunda Alman veya ABD hukukunda olduğu gibi ortakların diğer ortaklara veya şirkete karşı özen ve sadakat borcu (*fiduciary duties*) bulunmamaktadır. Bununla birlikte bir şirkette tek başına veya çoğunluk hissesi şeklinde şirketi idare etme hakkına sahip olanlar için durum farklıdır. Bunlar oy haklarını kullanıp şirkete istedikleri yönde karar aldırırken MK m.2 ve TTK m.381’de öngörülen iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdürler<sup>48</sup>. Bu şekilde bir veya bir grup hissedarın başka bir şirket özellikle ana şirket olması durumunda, yavru şirketin çıkarlarını dikkate almaksızın sırf kendi çıkarlarını düşünerek onu zarara uğratmaları halinde sorumlulukları söz konusu olmaktadır<sup>49</sup>. Burada ana şirketin veya hakim hissedar durumunda olan diğer şirketin sorumluluğuna tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ulaşılmaktadır.

Özellikle Türk hukuk uygulamasında yukarıda anlatılan şekilde bir hakimiyet bağlantısı yada hakim bir ana şirketin çatısı altında toplanmaksızın “kardeş şirketler” şeklinde bir araya gelmiş şirket topluluklarına rastlanılmaktadır. Bu şekilde birbirinden farklı tüzel kişilerin tek bir “ekonomik işletme” olarak oluşturduğu bütünlüğe ABD hukukunda “*Enterprise Entity*” denilmektedir<sup>50</sup>. Bu suretle tek bir şirket görüntüsü veren eşit düzeydeki kardeş şirketleri mahkemeler tek bir şirket olarak değerlendirmekte ve aynı sorumluluk rejimine tabi tutmaktadırlar<sup>51</sup>. Türk hukuku açısından Yargıtay, ortakları ve temsilcisi aynı olan iki şirketin kardeş şirket olduğuna ve bu kardeş şirketlerden birisinin faturayla aldığı mal bedelinden diğerinin de sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 19.Hukuk Dairesi’nin söz konusu kararı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ibaresini açıkça kullanarak bu teoriyi kabul ettiğini göstermesi bakımından son derece önemlidir<sup>52</sup>. Yüksek Dairenin bir kilometre taşı niteliğindeki 12.05.2006 tarih ve E.2005/8774, K.2006/5232 sayılı kararı aynen şu şekildedir:

*“Davacı vekili, davalılar ile müvekkil arasında 4 konteynır laklik yağ satımı konusunda anlaşma yapıldığını ve 4 konteynır yağın gönderildiğini bir konteynır yağın bedelinin ödendiğini üçünün bedelinin ödenmediğini davalıların bu ilişkide birlikte hareket ettiklerini ve kardeş şirket olduklarını, alacağın tahsili için yapılan takibe haksız olarak itiraz edildiğini beyanla itiraz iptalini ve tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.*

*Davalı Egekim Gıda A.Ş. vekili 4.10.2000 tarihli fatura içeriği yağın davacıdan satın alındığını diğer davalıya gönderilen yağlar ile müvekkilinin bir ilgisinin bulunmadığını ayrıca diğer davalının müvekkilinin borcunu üstlendiğini davacının da borcun nakli şeklindeki bu talebi 27.2.2001 tarihli yazı ile kabul ettiğini, böylece müvekkilin borçtan kurtulduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.*

*Diğer davalı vekili davaya cevap vermemiştir.*

*Davacı vekili borcun nakli gibi bu işlemin söz konusu olmadığını 27.2.2001 tarihli yazının da müvekkili tarafından düzenlenmediğini bu yazının aslının ibrazı gerektiğini belirtmiştir.*

<sup>47</sup> YANLI; s.232 vd.

<sup>48</sup> TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s.557-558.

<sup>49</sup> YANLI, s.235.

<sup>50</sup> A.A.BERLE,Jr., The Theory of Enterprise Entity, 47 COLUM. L. Rev. (1947) s.343 vd; VURALSEVEN/GÖKSOY,Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), s.9,

<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=1006>

<sup>51</sup> VURALSEVEN/GÖKSOY, s.9.

<sup>52</sup> Kararın değerlendirilmesi için VURALSEVEN/GÖKSOY’un adı geçen makalesine bakınız.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre davacı ile ilişkiye giren ve sipariş veren kişinin her iki şirketin ortak temsilcisi olduğu, ticari ilişki tarihinde her iki şirket ortaklarının aynı kişilerden oluştuğu, borcun nakli konusunun kanıtlanmadığını bu nedenle 94.020 Dolar üzerinden itirazın iptaline bu miktar üzerinden takibin devamına fazla talebin reddine %40 icra inkar tazminatı 47.883.332.297 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı Egekim Gıda A.Ş. vekili ve davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle itirazın iptali davasının amacının, borçlunun vaki itirazının kaldırılarak takibin devamını sağlamaya yönelik bulunmasına, somut olayda davacı takip talebinde 2.929 Dolar işlemiş faiz alacağı bulunduğunu belirtmiş ise de, neticeden 94.020 dolar alacağın faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş olup, itirazın iptali davasında da takipteki talebi doğrultusunda talebin 94.020 dolar karşılığı 123.600.948.480.TL olarak belirterek bu miktar üzerinden harç yatırmış olması nedeniyle, mahkemece HUMK nun 74. maddesi uyarınca taleple bağlı kalınarak hüküm kurulmasında, BK.nun 173. maddesine göre borcun nakli için alacaklının muvafakatı gerekmesine, davalının alacaklının muvafakatinin delili olarak dayandığı fotokopi belgesinin davacı tarafından inkar edilmiş olması ve aslının da ibraz edilememesi nedeniyle mahkemece savunmaya itibar edilmemesinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı ve davalı Egekim Gıda A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 450.00 YTL duruşma vekalet ücretinin davalı Egekim A.Ş'den alınarak davacıya ödenmesine aşağıda yazılı onama harçlarının temyiz edenlerden alınmasına 12.5.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi."

### **C- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ ŞİRKETLER TOPLULUĞU VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI**

Türkiye'de uzun yıllardır bağlı işletmelerin yasal düzenlemeye kavuşturulması ileri sürülmekteydi. Nihayet Türk Ticaret Kanunu Tasarısının II.Kitabında bağlı işletmelere "şirketler topluluğu" adı altında 195 ve 207.maddeleri arasında hukuki düzenleme getirilmiştir.

Tasarı'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin bazıları Alman Paylı Ortaklık Kanunu'nun 17-21.maddelerinden kısmen alıntı yapılmış ve 291-337. paragraflarından da esinlenilmiştir. Sistemin oluşturulmasında *Forum European*'ın konzern hukukuna ilişkin önerileri dikkate alınmıştır. Bununla birlikte getirilen sistemin özellikle sorumluluğa ilişkin kısmı olmak üzere özgün tarafları da bulunmaktadır.

Tasarı'nın 195.maddesinde<sup>53</sup>, bağlı işletmeleri ifade etmek üzere Alman ve İsviçre hukuku'ndaki "konzern" ve ABD hukukundaki "affiliated company"

<sup>53</sup>

#### **G) Şirketler Topluluğu**

##### **1- Hakim (ana) ve Bağlı (yavru) Şirket**

**MADDE 195.-(1) a)** Bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak;

1) oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2) ortaklık sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3) kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tel başına veya diğer ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu kullanabiliyorsa;

b) bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketini bir sözleşmeye dayanarak veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa;

kavramlarını ifade etmek üzere "şirketler topluluğu" veya kısaca "topluluk" kavramı kullanılmıştır. Tasarı'nın 195.maddesine göre bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketinin doğrudan yada dolaylı olarak, oy haklarının çoğunluğuna sahip olabildiği veya yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimin sağlayabilmek hakkına haiz olduğu durumlarda şirketler topluluğu söz konusudur. Bu durum Alman hukukundaki fiili konzernlere benzemektedir. Yine aynı maddeye göre bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketini sözleşmeye dayanarak kontrolü altında tutabiliyorsa, Alman hukukundaki sözleşme konzernine benzer bir şirketler topluluğu mevcuttur. Tasarıda topluluk şirketlerinin tek elden yönetim altında olduğunu varsayılmıştır. Bu varsayım mutlak nitelikte olup, ana şirketin yavru şirket üzerinde hakimiyet kurmadığı veya hakimiyetten kaynaklanan yetkileri kullanmadığı ileri sürülemez.

Tasarı'nın 202. maddesinde<sup>54</sup> Türk Sorumluluk hukukuna yeni bir ufuk ve boyut kazandıracak hakimiyetin kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk

---

birinci şirket hakim (ana), diğer bağlı (yavru) şirkettir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hallerde başka, bir sermaye şirketin paylarının çoğunluğuna veya çoğunluk etkisini haiz miktarda paylarına sahip bulunmak, hakimiyetin varlığına karine oluşturur.

(3) Bir hâkim şirketin bir veya birden fazla bağlı şirketi aracılığıyla veya onlarla birlikte, bir diğer şirkete hakim olması dolaylı hakimiyeti ifade eder.

(4) Bağlı şirketler, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı bağlılıkları sebebiyle, tekelden yönetim altında kabul edilirler.

(5) Tekelden yönetim altında bulunan şirketler hakim şirketle birlikte, "şirketler topluluğu" ("topluluk") nu oluştururlar. Bağlı şirketler topluluk şirketi olarak adlandırılırlar.

(6) Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması halinde, 195 ila 209'uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır. Konsolide yıl sonu tablolarına ilişkin hükümler saklıdır.

(7) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında "yönetim kurulu" ibaresi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde idarecileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.

<sup>54</sup>

## VIII- Sorumluluk

### 1.Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması

**MADDE 202.-** (1) Bir şirketin diğer bir şirket üzerinde herhangi bir şekilde doğrudan veya dolaylı hakimiyeti haiz olması halinde, bu şirket, hakimiyetini, bağlı şirketin kaybına sebep olabilecek şekilde, bağlı şirketi

a) iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmasına ve karının kısmen veya tamamen aktarılmasına;

b) malvarlığını aynı ve şahsi yüklerle sınırlandırmaya, kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye, başkaları için ödemelerde bulunmaya;

c) tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak veya bunu tasarlamak gibi verimliliğini veya faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar almaya veya benzer işlemleri gerçekleştirilmeye

sevk edecek tarzda kullanamaz; meğerki, kayıp, bağlı şirkete sağlanan bir yararla hemen, tamamen, fiilen ve o hesap yılı içinde denkleştirilsin.

(2) Denkleştirmenin süresi içinde yerine getirilmemesi, bağlı şirkete ve her bir pay sahibine, kaybın şirkete tazmin edilmesini hakim şirketten talep etmek hakkını verir. Tazminat davası, denkleştirme talebini, kaybın vuku bulduğu faaliyet yılını takip eden faaliyet yılının ilk doksan günü içinde dava açmak suretiyle hakim şirkete karşı ileri sürmeyen, bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı da ikame edebilir. Birinci fıkranın (c) bendine giren hallerde denkleştirmenin güvencesi hemen verilmezse hesap yılı sonu beklenmeden tedbir istenebilir ve kararın iptali davası açılabilir.

(3) Şirket alacaklıları da, iflas etmemiş bile olsa şirketin zararının şirkete ödenmesini bir dava ile talep edebilir. Ancak, bunun için, alacaklının dava açmasını bağlı şirketten noter aracılığı

halleri düzenlenmiştir. Buna göre, ana şirketin yavru şirket üzerinde, bağlı şirketin kaybına neden olacak şekilde devir ve temlikler yapacak, kar aktarımında bulunacak, malvarlığını kefalet, ipotek gibi aynı veya şahsi yüklerle sınırlandırarak veya olumsuz işletme yönetimi gösterecek tarzda faaliyetlerde bulunması yasaklanmıştır. Buna rağmen ana şirket böyle bir faaliyette bulunursa yavru şirketin kaybını aynı hesap yılında denkleştirme suretiyle karşılamak zorundadır. Denkleştirmenin yapılmaması halinde yavru şirketin hissedarları ana şirkete dava açarak yavru şirkete tazminat ödenmesini isteyebilirler. Hatta hissedarlar açacakları davada yavru şirketin kaybının telafisi için dava açmayan kendi şirket yöneticilerini dahi davalı gösterebilirler. Yavru şirketin alacaklılarının da şirket iflas etmemiş olsa bile denkleştirilmeyen şirket zararının kendilerine değil de şirkete ödenmesi için tazminat davası açma hakları mevcuttur.

Tasarının 206.maddesinde<sup>55</sup> de ana şirket ve yöneticilerinin talimatları yüzünden yavru şirkette meydana gelebilecek kayıp halinde yavru şirketin alacaklıları ve diğer üçüncü kişilerin dava hakkı düzenlenmiştir. Böyle bir

---

ile talep etmesi ve bağlı şirketin iki ay içinde bu talebe uyarak davayı ikame etmemiş olması gerekir. Şirketin açtığı davaya pay sahipleri ve alacaklılar müdahale edebilirler.

(4) Bağlı şirketin, pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının açacağı davaya kıyas yoluyla 553, 555 ila 557 ve 561'inci madde hükümleri uygulanır.

(5) Bağlı şirketin davasından feragat edilemez. Sulh sözleşmesinin, esas veya çıkarılmış sermayenin en az yüzde doksanbeşini oluşturan payların verdiği oylarla onanması şarttır.

(6) Hakimiyetin uygulanması suretiyle kararlaştırılan ve bağlı şirket yönünden açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan; tür değiştirme, birleşme, bölünme, fesih, işletme veya bir üretim birimi kapatma, menkul kıymet ihracı, esas sözleşme değişikliği, işletmenin kısmen veya tamamen satışı gibi durumlarda; bu işlemlere genel kurulda muhalif oy veren, yönetim kurulunun ya da başka bir yetkilinin bu işlemlere ilişkin kararına muhalafetini açıklayan pay sahipleri, hakim şirketten, zararlarının tazmin edilmesini veya paylarının borsa veya gerçek değer veya genel kabul gören başka bir değerle satın alınmasını talep edebilirler. Bu halde mahkeme, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, olayda bu değerlerden hangisi hakkaniyete uygun ise o değerle payların satın alınmasını karara bağlar. Söz konusu dava bu fıkrada anılan kararlara ittıla tarihinden itibaren bir yıl ve her halde iki yıl içinde ikame edilir.

(7) Davanın açılması üzerine, ortakların muhtemel zararlarını ve payların tahmini satın alma değerini karşılayan ve tutarı ile niteliği mahkeme kararıyla belirlenen, güvence yatırılmadığı takdirde, altıncı fıkrada öngörülen işlemlere ilişkin kararlar geçerlik kazanmaz.

(8) Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümler saklıdır.

55

## **BEŞİNCİ KISIM**

### **Tasfiye**

#### **d) Şirket Alacaklılarının Dava Hakkı**

**MADDE 206.-** (1) Hakim şirket ve yöneticileri, bağlı şirketin kaybına sebep olan talimatları dolayısıyla gerçekleşen kaybı, hemen, tamamen fiilen ve o hesap yılı içinde denkleştirmedikleri takdirde, bağlı şirketin zarara uğrayan alacaklıları ve diğer üçüncü kişiler, hakim şirketi, yöneticilerini ve 202'nci madde hükümlerine aykırı hareket etmiş olmaları halinde bağlı şirketin yöneticilerini dava edebilirler. Bu davaya 553, 555 ila 561'inci madde hükümleri uygulanır.

(2) Kredi ve benzeri alacaklarda davalılar, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını bilerek bu ilişkiye girdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulurlar.

(3) Bu kayba kayba ittıla tarihinden itibaren bir ve her halde kaybın vukuundan itibaren iki yıl içinde ikame edilir.

(4) Bağlı şirketin yöneticilerinin, yukarıdaki hükümler dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sorumluluklarının hakim şirket tarafından karşılanacağına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

durumda yavru Şirketin kaybı hesap yılı içinde denkleŐtirilmediĐi takdirde alacaklılar ana Şirketi ve 202.maddenin emrine rağmen dava amayan yavru Şirketin yoneticilerini dava edebilirler.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 202.maddesinde ana Şirketin hakim durumda olmadan kaynaklanan gücüne dayanarak maddede sayılan ve benzeri eylemler gerçekleŐtirmek ve 206.maddede talimat vermek yoluyla yavru Şirkette meydana gelebilecek kayıplar nedeniyle alacaklıların dava aabilmesinin yolu açılmıştır. Tasarının söz konusu hükümleriyle getirilen düzenlemelerle ana Şirketin tüzel kişilik perdesi aralanmakta ve gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması rneği ortaya çıkmaktadır.



