



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

**SERMAYE ŞİRKETLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN
KALDIRILMASI**

Temel GÜNER

Doktora Tezi

Ankara, 2023

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Temel GÜNER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2023

KABUL VE ONAY

Temel Güner tarafından hazırlanan “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması” başlıklı bu çalışma, 16.10.2023 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

[Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE] (Başkan)

[Prof. Dr. Rauf KARASU] (Danışman)

[Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK] (Üye)

[Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN] (Üye)

[Dr. Öğr. Üyesi, Semih Sırrı ÖZDEMİR] (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

14/11/2023

Temel GÜNER

¹“**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internette paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Prof. Dr. Rauf KARASU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim. 14.11.2023

Arş. Gör. Temel GÜNER

TEŐEKKÖR YAZISI

Bu alıŐma TÖBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı tarafından desteklenmiŐtir. Bu vesileyle doktora eğitimim süresince 2211-A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı ve 2214- A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında sağladığı destek için TÖBİTAK'a teŐekkÖr ederim.

ÖZET

GÜNER, Temel. *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Doktora Tezi, Ankara, 2023.

Sermaye şirketlerinde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi gereği, şirketin borçları için ortaklara başvurulması kural olarak mümkün değildir. Sınırlı sorumluluk, yatırımı teşvik etmek adına sermaye şirketi ortaklarına tanınmış önemli bir haktır. Ancak her hakta olduğu gibi bu hakkın da dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Eğer sınırlı sorumluluk, alacaklılara zarar vermek kastıyla kötüye kullanılıyor ise hukuk düzeni buna izin vermemelidir. Nitekim bu tür kötüye kullanımların önüne geçmek adına, öğretisi ve yargı uygulamasının katkısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu geliştirilmiş, tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı durumlarda sınırlı sorumluluk ilkesi göz ardı edilerek şirket borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi tartışmasız kabul edilen durumlardan birisi malvarlıklarının karışmasıdır. Eğer şirkete ait malvarlığı ile ortaklara ait malvarlığı kime ait olduğu anlaşılacak şekilde karışır ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelebilecektir. Alman hukukunda, malvarlığının karışması sebebiyle şirketin borcu için ortaklara başvurulabileceği kabul görmeye birlikte, karışan miktar ne kadar yüksek olursa olsun, ortağın borcu için şirkete başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda önem arz eden husus, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasıdır. Eğer bu olgu sabitse, tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması yoluna da başvurulabilmelidir. Özellikle tek kişilik şirketlerde ortak, şahsi alacaklılarından mal kaçırmak için malvarlığını şirkete devretmişse, ortağın borcu için şirkete başvurulabilmelidir.

Anahtar Sözcükler

Sınırlı Sorumluluk, Ayrılık İlkesi, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

ABSTRACT

GÜNER, Temel. *Piercing the Corporate Veil in Stock Corporations*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2023.

In accordance with the principle of limited liability valid in capital companies, it is not possible to apply to partners for the debts of the company. Limited liability is an important privilege granted to shareholders of capital companies in order to encourage investment. But, as with every right, this right must be used in accordance with the rule of honesty. If limited liability is abused with the intention of harming creditors, the legal order should not allow this. As a matter of fact, in order to prevent such abuses, the institution of lifting the veil of legal entity has been developed with the contribution of doctrine and judicial practice, and it has been accepted that in cases where the legal entity is abused, the limited liability principle can be ignored and the partners can be held responsible for the company's debts.

One of the undisputed situations in which the legal entity veil can be lifted is the mixing of assets. If the assets of the company and the assets of the partners are mixed in such a way that it is not clear who they belong to, lifting the veil of legal entity may come to the fore. Although it is accepted in German law that the legal entity veil can be lifted due to the mixing of assets, it is accepted that the company cannot be applied for the debt of the partner, no matter how high the amount involved. In our opinion, the important issue in case the veil of legal entity is lifted is the misuse of legal entity in order to smuggle goods from creditors. If this fact is proven, the reverse method of lifting the legal entity veil should also be resorted to. Especially in one-person companies, if the partner has transferred her assets to the company in order to evade assets from her personal creditors, the company should be able to apply for the partner's debt.

Keywords

Limited Liability, Separation Principle, Piercing the Corporate Veil

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN	iii
TEŞEKKÜR YAZISI	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ	xiii

GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: TÜZEL KİŞİLİK VE TÜZEL KİŞİLİĞE BAĞLANAN SONUÇLAR	4
1.1. TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI	4
1.2. MAL VE ŞAHİS AYRILIĞI İLKESİ	4
1.3. SINIRLI SORUMLULUK İLKESİ	5
1.3.1. Genel Olarak	5
1.3.2. Sınırlı Sorumluluk İlkesini Temellendirmek İçin Dile Getirilen Gerekçeler ..	8
1.3.2.1. Şirketin Bağımsız Bir Kişiliğe Sahip Olması.....	8
1.3.2.2. Mülkiyet-Kontrol Ayrımının Varlığı	10
1.3.2.3. Asgari Sermayenin Varlığı.....	12
1.3.2.4. Profesyonel Yönetime İmkân Tanınması.....	15
1.3.2.5. Bilgi ve İzleme Maliyetlerini Düşürmesi.....	16
1.3.2.5.1. Genel Olarak	16
1.3.2.5.2. Şirket Yönetiminin İzlenmesi/Denetimi Konusunda Ortaya Çıkacak Maliyetleri Düşürmesi	17
1.3.2.5.3. Ortakların Malvarlığının Diğer Ortaklar Tarafından İzlenmesi İhtiyacını ve Buna Bağlı Maliyetleri Azaltması.....	19
1.3.2.5.4. Ortakların Malvarlığının Alacaklılar Tarafından İzlenmesi İhtiyacını ve Buna Bağlı Maliyetleri Azaltması.....	21
1.3.2.6. Sınırlı Sorumluluğun Pay Devrini Kolaylaştırması.....	23
1.3.2.7. İşletmesel Riskleri En Uygun/Ucuz Risk Taşıyıcısı Olan Alacaklılar Üzerine Transfer Etmesi.....	23
1.3.2.8. Sınırlı Sorumluluğun Sermaye Toplama İşlevi.....	24

1.3.2.9. Sorumluluğun Sınırlandırılmasının Risk Çeşitlendirmesine İmkân Tanıması	28
1.3.2.10. Olumlu Beklenen Değere Sahip Projelere Yatırımı Teşvik Etkisi	30
1.3.2.10.1. Girişimcilerin Risk Eğilimi	30
1.3.2.10.2. Sınırlı Sorumluluğun Bireylerin Risk Direncini Kırarak Yatırımı Teşvik Etmesi	34
1.3.2.11. Yatırımı Teşvik Etkisinden Toplumun Bir Bütün Olarak Faydalanması	39
1.3.3. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Ortaya Çıkardığı Olumsuz Sonuçlar	39
1.3.3.1. Genel Olarak	39
1.3.3.2. Riskli ve Dikkatsiz Davranmaya Teşvik Etkisi	40
1.3.3.3. Risk ve Zararın Herhangi bir Karşılık Olmaksızın Üçüncü Kişiler Üzerine Dışsallaştırılması	44
1.3.3.4. Alacaklı Gruplarına Göre Riskin/Zararın Dışsallaştırılması	47
1.3.3.4.1. Genel Olarak	47
1.3.3.4.2. İradi ve İrade Dışı Alacaklı Ayrımı	47
1.3.3.4.2.1. Genel Olarak	47
1.3.3.4.2.2. İradi Alacaklılar	48
1.3.3.4.2.3. Kendi İradeleri Dışında Alacaklı Olan Kişiler	51
1.3.3.4.2.3.1. Haksız Fiil Mağdurları	51
1.3.3.4.2.3.2. İşçiler	52
1.3.3.4.2.3.3. Tüketiciler	53
1.3.3.5. Riskin Alacaklılar Üzerine Transfer Edilmesine Karşı Alınabilecek Önlemler	54
1.3.3.5.1. Genel Olarak	54
1.3.3.5.2. Alacaklıların Teminat Yoluyla Korunması	55
1.3.3.5.3. Alacaklıların Sigorta Yoluyla Korunması	57
1.3.3.6. Sorumluluğun Sınırlandırılması Açısından Girişimci Ortak ve Yatırımcı Ortak Ayrımı	58
1.3.4. Şirketler Topluluğunda Sınırlı Sorumluluk İlkesi	60
1.3.4.1. Sınırlı Sorumluluğun Şirketler Topluluğunda da Geçerli Olması	60
1.3.4.2. Sınırlı Sorumluluğun Şirketler Topluluğunda Risk Çeşitlendirmesine İmkân Tanıması	63
1.3.4.3. Şirketler Topluluğunda Sınırlı Sorumluluğun Riskli Davranışa Teşvik Etkisi	63

1.3.5. Olumlu ve Olumsuz Yönleri Çerçevesinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Değerlendirilmesi	64
2. BÖLÜM: SINIRLI SORUMLULUK İLKESİNİN GÖZ ARDI EDİLMESİ	66
2.1. GENEL OLARAK.....	66
2.2. TARİHSEL SÜREÇ	69
2.3. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ	71
2.3.1. Genel Olarak	71
2.3.2. Gerçek-Gerçek Olmayan Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	72
2.3.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz-Tersten Kaldırılması	75
2.3.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz-Çapraz Kaldırılması	77
2.3.5. Ortakları Sorumlu Kılma (Haftungsdurchgriff)-Bilgi ve Özellikleri Atfetme (Zurechnungsdurchgriff) Ayrımı	79
2.3.5.1. Genel Olarak	79
2.3.5.2. Özellikler, Bilgi Sahibi Olma, Fiiller ve Davranışlar Bakımından Özdeş Kılma	80
2.3.5.3. Sözleşme Hükümlerinin Uygulanması Açısından Özdeş Kılma	84
2.3.5.4. Kanun Hükümlerinin Uygulanması Bakımından Özdeş Kılma	85
2.4. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN TEORİLER	88
2.4.1. Genel Olarak	88
2.4.2. Kötüye Kullanma Teorisi	89
2.4.2.1. Genel Olarak	89
2.4.2.2. Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi	89
2.4.2.3. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi	90
2.4.3. Normun Koruma Amacı Teorisi	90
2.5. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN UYGULAMA ALANI	91
2.5.1. Genel Olarak	91
2.5.2. Yasal Şeklin Kötüye Kullanılması	95
2.5.3. Alanların Karışması	95
2.5.4. Şirket Üzerinde Hâkimiyet	98
2.5.4.1. Genel Olarak	98
2.5.4.2. Şirket Üzerinde Hâkimiyet Kuran Ortağın Fiili Organ Konumu	100
2.5.4.2.1. Fiili Organ Kavramı	100

2.5.4.2.2. Fiili Organ Görünüm Şekilleri	104
2.5.4.2.3. Fiili Organ Kavramı Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Engel midir?	106
2.5.5. Yetersiz Sermayelendirme	107
2.5.5.1. Genel Olarak	107
2.5.5.2. Başlangıçta-Sonradan Meydana Gelen Yetersiz Sermayelendirme Ayrımı	110
2.5.5.3. Basit-Nitelikli Yetersiz Sermayelendirme Ayrımı	112
2.5.5.4. Nominal-Materiel Yetersiz Sermayelendirme Ayrımı	113
2.5.5.4.1. Nominal Yetersiz Sermayelendirme-Ortak Kredisi	113
2.5.5.4.2. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirme	117
2.5.5.4.2.1. Genel Olarak	117
2.5.5.4.2.2. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirmenin Tespiti	118
2.5.5.4.2.3. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirme Sebebiyle Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	120
2.5.6. Malvarlıklarının Karışması	125
2.5.7. Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk ...	129
2.5.7.1. Sorumluluğun Temeli	129
2.5.7.2. Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi	131
2.5.7.3. Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluğun Hukuki Niteliği	133
2.5.7.3.1. Öğretide İleri Sürülen Görüşler	133
2.5.7.3.2. Yargı Uygulamasında İleri Sürülen Görüşler	135
2.5.7.3.2.1. Trihotel Kararı Öncesi Dönem	135
2.5.7.3.2.2. Trihotel Kararı ve Sonrası Dönem	139
2.5.7.3.2.2.1. Trihotel Kararının Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk Kurumu Açısından Önemi	139
2.5.7.3.2.2.2. Sorumluluğun Haksız Fiil Kapsamında Değerlendirilmesi	140
2.5.7.3.2.2.3. Haksız Fiil Kapsamında Değerlendirilmesine Rağmen Sorumluluğun İç Sorumluluk Olarak Nitelendirilmesi	141
2.5.7.3.2.2.4. Sorumluluğun Sermayenin Korunmasına İlişkin Hükümlere Nazaran İkincil Nitelikte Olmaması	143
2.5.7.3.2.2.5. Sorumluluğun Haksız Fiil Kapsamında İç Sorumluluk Olarak Değerlendirilmesinin Pratik Sonucu	144

2.5.7.3.2.2.6. Trihotel Kararı Sonrası Varlığı Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk için Gerekli Şartlar	144
2.5.8. Şirketler Topluluğunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	157
2.5.8.1. Genel Olarak.....	157
2.5.8.2. Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin Türk-Alman Hukuku ile ABD-İsviçre Hukuku Arasında Yaklaşım Farkı	158
2.5.8.3. Alman Hukukunda Konzern Sorumluluğu	159
2.5.8.3.1. Genel Olarak	159
2.5.8.3.2. Sözleşmesel Konzern.....	160
2.5.8.3.3. Fiili Konzern	160
2.5.8.3.3.1. Adi Fiili Konzern	160
2.5.8.3.3.2. Nitelikli Fiili Konzern	161
2.5.8.3.3.2.1. Nitelikli Fiili Konzernin Yargı Uygulaması Sonucu Ortaya Çıkması	161
2.5.8.3.3.2.2. Nitelikli Fiili Konzerne İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararları	163
2.5.8.4. Türk Hukukunda Konzern Sorumluluğu	166
2.5.8.4.1. Genel Olarak	166
2.5.8.4.2. Kısmi Hâkimiyet Durumunda Sorumluluk.....	167
2.5.8.4.3. Tam Hâkimiyet Durumunda Sorumluluk	169
2.5.8.5. Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Engel midir?.....	169
2.5.9. Tek Ortaklı Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	173
2.5.10. Külkedisi Olarak Nitelendirilen Şirketlerde (<i>Aschenputtelgesellschaft</i>) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	174
2.5.11. Bağımsız Otoriteler Tarafından Denetlenen Piyasalarda Faaliyet Gösteren Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması.....	175
2.5.12. Talepte Bulunanların Konumuna Göre Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	176
2.5.13. Şirketin Ödeme Gücünün Ortadan Kalkmasının/İflasının Temelinde Yatan Gereğe Bağlı Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	178
2.6. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN İSTİSNAİ VE İKİNCİL NİTELİĞİ	181
2.7. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	185
2.8. TÜRK YARGI UYGULAMASINDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI VE ORGANİK BAĞ KAVRAMI.....	187

2.8.1. Türk Yargı Uygulamasında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumuna Yaklaşım	187
2.8.2. Türk Yargı Uygulamasında Organik Bağ Kavramı	188
2.8.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ Arasındaki İlişki ...	192
2.8.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Yönelik Taleplerin Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi.....	196
2.8.5. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin Davaların Görüleceği Mahkeme.....	196
2.8.6. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin Davalar Zorunlu Arabuluculuğa Tabi midir?	197
SONUÇ.....	199
KAYNAKÇA.....	206
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU.....	225
EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU.....	227

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AG	: Die Aktiengesellschaft
AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AJP/PJA	: Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
Alm AK	: Alman Aciz Kanunu
Alm LŞK	: Alman Limited Şirketler Kanunu
Alm MK	: Alman Medeni Kanunu
Alm POK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
AnBD	: Ankara Barosu Dergisi
Aufl.	: Auflage
B.	: Baskı
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs-Berater
BBLJ	: Berkeley Business Law Journal
BFLR	: Banking & Finance Law Review
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	: Bundessozialgericht

BÜHFKHD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
BYLUR	: Brigham Young University Law Review
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CJE	: Cambridge Journal of Economics
CKLR	: Chicago Kent Law Review
CLR	: Cornell Law Review
CSLR	: Cambridge Student Law Review
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DB	: Der Betrieb
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
ECFLR	: European Company and Financial Law Review
ELJ	: Emory Law Journal
ErzÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IWIR	: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İMÜHFD	: Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JBİ	: Juristische Blätter
JBTL	: Journal of Business & Technology Law
JCL	: The Journal of Corporation Law
JIC	: Journal for Institutional Comparisons
JLR	: St. John's Law Review
JPE	: Journal of Political Economy
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
MoMiG	: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJILB	: Northwestern Journal of International Law & Business
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
StudZR	: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SZW/RSDA	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TJCIL	: Tulsa Journal of Comparative and International Law
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCLR	: The University of Chicago Law Review
UPLR	: University of Pittsburgh Law Review
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WLLR	: Washington and Lee Law Review
WULR	: Washington University Law Review
Y	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YLJ	: The Yale Law Journal
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

1. KONUNUN TAKDİMİ

Hâkimlerin, avukatların ve akademisyenlerin âdeta bir aşk-nefret ilişkisi içerisinde oldukları tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, 20. yüzyıldan bu yana gerek öğretiyi gerekse yargı uygulamasını yoğun şekilde meşgul etmiştir¹. Özellikle 20. yüzyılın başlarında, ortakların yönetim üzerinde etki oluşturduğu halka kapalı şirketlerin ortaya çıkması; düşük sermayeli şirket kurup çok yüksek meblağda işlem yaparak alacaklıların zararına hareket vakalarının artması ve bunun sonucunda sermaye şirketi ortaklarına tanınan sınırlı sorumluluk imtiyazının alacaklılar tarafından sorgulanması, o günden bu güne tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna olan ilgiyi artırmıştır. Nitekim sermaye şirketi sayısının yoğun olduğu Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Alman öğretisinde konu ayrıntılı şekilde ele alındığı gibi konu hakkında birçok yargı kararı verilmiştir. Ancak Türk öğretisine bakıldığında konunun akademik açıdan özellikle doktora ve doçentlik seviyesinde yeterince incelenmediği gözlemlenmiştir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, sınırlı sorumluluk ilkesi ile sıkı şekilde bağlantılıdır. Bu iki kurum âdeta bir madalyonun iki yüzü gibidir. Bu nedenle ne zaman ve hangi sıklıkla tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı, öncelikle sınırlı sorumluluk ilkesine verilen önem derecesiyle ilgilidir. Sınırlı sorumluluğun gereksiz olduğuna veya olumsuz sonuçlarının olumlu sonuçlarına nazaran daha çok olduğuna inanılırsa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplere karşı daha esnek bir tutum sergilenir. Tersine, sınırlı sorumluluğun faydalı olduğu veya olumlu sonuçlarının olumsuz sonuçlarına nazaran daha çok olduğu kanaatiyle hareket edilirse tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine karşı daha katı bir tutum sergilenir². Nitekim şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluğa duyulan ihtiyacın daha az olduğu düşünüldüğünden özellikle ABD uygulamasında, topluluk dışı şirketlere kıyasla topluluk ilişkisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplere daha esnek yaklaşılmakta, şirketler

1 Michael, Douglas C.: To Know a Veil, JCL, Fall 2000, s. 41, 42.

2 Bainbridge, Stephen M.: Abolishing Veil Piercing, JCL, 2000, s. 487.

topluluğunda sınırlı sorumluluk ilkesinden vazgeçmeye yönelik güçlü eğilimler bulunmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar çalışmamızın konusu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olsa da, konunun daha anlaşılabilir olması, teorik temellerinin daha sağlam oturtulabilmesi adına, ilk bölümde sınırlı sorumluluk ilkesi üzerinde durulmuştur. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnası niteliği taşımaktadır. Bir ilkenin istisnasının tam anlamıyla anlaşılabilmesi için ilkenin kendisinin de detaylı bir şekilde incelenmesi gerekir. Nitekim bu nedendir ki, Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun henüz sağlam bir hukuki zemine oturtulamaması, sınırlı sorumluluk ile ihlali (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması) arasındaki ilişkinin yeterince incelenmemiş olmasına dayandırılmaktadır³.

Modern sermaye şirketlerinin alametifarikası olarak nitelendirilen sınırlı sorumluluk ilkesi ve bu ilkenin istisnası niteliği taşıyan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun incelendiği bu çalışma, naçizane tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplerin değerlendirmesi açısından bir temel oluşturmayı ve bu konuda ortaya çıkan belirsizliklere karşı öğreti ve yargı uygulamasına yol gösterici olmayı amaçlamaktadır.

2. İNCELEME PLANI

Tezimiz toplam iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, tüzel kişilik kavramı ve bu kavrama bağlanan hukuki sonuçlar incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle sınırlı sorumluluk ilkesi, bu ilkenin fayda ve sakıncaları üzerinde durulmuştur. Bu başlık altında şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluk ilkesine de yer verilmiştir. Bu bölümün son kısmında, sınırlı sorumluluk ilkesinin nihai bir fayda maliyet analizi yapılmıştır.

İkinci bölümde, sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla öğreti ve yargı uygulamasının katkısıyla ortaya çıkan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna yer verilmiştir. Bu kapsamda öncelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

3 Bu yönde bkz. Halmer, Daniel Philipp: *Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff zur Rechtsökonomik beschränkter Haftung bei Unterkapitalisierung*, Tübingen 2013, s. 3.

kurumunun tarihsel gelişimi, bu kurumun ortaya çıkmasına neden olan tarihsel arka plan açıklanmıştır. Devamında tüzel kişilik perdesinin kavramsal çerçevesine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu temellendirmek için oluşturulan teorilere ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin öğretide oluşturulmuş vaka gruplarına yer verilmiştir. Bu kısımda, Alman hukukunda bir yenilik olarak nitelendirilebilecek şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk (*Existenzvernichtungshaftung*) kurumu üzerinde de durulmuştur. Bu bölümün son kısmında ise, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin Türk uygulaması özellikle de Yargıtay tarafından geliştirilen organik bağ kavramı incelenmiştir.

1. BÖLÜM

TÜZEL KİŞİLİK VE TÜZEL KİŞİLİĞE BAĞLANAN SONUÇLAR

1.1. TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI

Tüzel kişiler, tıpkı gerçek kişiler gibi kendi adına hak edinip borç altına girebilen örgütlü varlıklardır. Tüzel kişiliği karakterize eden temel özellik, üyelerinden bağımsız şekilde hak ve borç edinmesine imkân tanıyan bu ehliyettir¹. Başlangıçta malvarlığı topluluklarına bağımsız kişilik tanınmasının temelinde yatan amaçlardan birisi, özellikle feodallere ve kiliseye ait varlıkların devamlılığının sağlanmasıdır. Nitekim gerçek kişilerin ömrü sınırlı olduğundan, sahip oldukları malvarlıklarının devamlılığı da kendi hayatları ile sınırlıdır. Tüzel kişiler sayesinde servet taşıyıcılarının ölümsüzlüğü ve böylece malvarlığının devamlılığı sağlanmıştır². 19. yüzyıldan günümüze kadar gelen süreçte ise³, tüzel kişiliğin özellikle de sermaye şirketlerinin en önemli amacı yatırım için gerekli olan sermayeyi toplamaktır⁴.

1.2. MAL VE ŞAHİS AYRILIĞI İLKESİ

Tüzel kişilere üyelerinden bağımsız olarak hak edinme ve borç altına girme imkânı tanınması, doğal olarak tüzel kişi ile üyelerinin mal ve şahıs varlığının ayrılması sonucunu doğurmuştur. Tüzel kişiler, sahip oldukları malvarlığını sağlayan kişilerin iradesinden, çıkarından ve kaderinden bağımsız bir yapı haline getirilerek toplanan

-
- 1 Serozan, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1990, s. 14; Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979, s. 6 vd.
 - 2 Yanlı, Veliye: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 9; Esen, Emre: Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, B. 2, İstanbul 2012, s. 7; Kaşak, Fahri Erdem: Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, MÜHFHAD, Aralık 2020, C. 26, Sa. 2, s. 1250; Trautmann, Theresa N.: Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern, Baden-Baden 2020, s. 68.
 - 3 Roma hukukundan günümüze sınırlı sorumluluk ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Hillman, Robert W.: Limited Liability in Historical Perspective, WLLR, Spring 1997, Vol. 54, Issue 2, s. 616 vd.
 - 4 Bu hususta, 1. Bölüm 1.3.2.8 numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

malvarlığının öngörülen amaç doğrultusunda kullanılmasının sağlanması amaçlanmıştır⁵. Gerçekten de üyeleri kişisel amaçlarını takip ederken tüzel kişiler, üyelerinin kişisel amaçlarından farklı ve hatta onlarla çatışabilen şahıs üstü amaç güderler. Mal topluluklarına tanınan bağımsız kişilik, amacın takip edilmesini kolaylaştırır. Bu kapsamda tüzel kişilerin, bireyüstü amaçların gerçekleştirilebilmesi için oluşturulmuş bir hukuk politikası aracı⁶ veya amaca özgülenmiş malvarlığı topluluğu olduğu söylenebilir⁷.

1.3. SINIRLI SORUMLULUK İLKESİ

1.3.1. Genel Olarak

Sermaye şirketleri özelinde sınırlı sorumluluk, ortakların taahhüt ettikleri sermaye miktarınca ve sadece şirkete karşı sorumlu olmasını, şirketin borçları için alacaklılara karşı bir sorumluluklarının bulunmamasını ifade eder⁸. Geniş anlamda yöneticileri de sınırlı sorumluluk kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bu takdirde sınırlı sorumluluk, şirketin üstlendiği borçlardan tek başına sorumlu olması ve bu borçlar için ortak ve yöneticilere başvurulamayacağı anlamına gelir⁹.

5 Schall, Alexander: Kapitalgesellschaftsrechtlicher Glaubigerschutz, München 2009, s. 284; Trautmann, s. 63; Kuş, Ulaş Baran: Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Ankara 2020, s. 30-31.

6 Yanlı, s. 11; Trautmann, s. 68.

7 Yanlı, s. 10; Antalya, Gökhan: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 146; Kuş, s. 22.

8 Yanlı, s. 79; Bozgeyik, Hayri/Yavaşı, Mahmut: Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, THD, Aralık 2014, C. 9, Sa. 100, s. 301; Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.: Limited Liability and the Corporation, UCLR, 1985, Vol. 52, Issue 1, s. 90; Macey, Jonathan R.: The Limited Liability Company: Lessons for Corporate Law, WULR, 1995, Vol. 73, Issue 2, s. 447; Meyer, Justus: Wirtschaftsprivatrecht Eine Einführung, Aufl. 8, Heidelberg, 2017, s. 125.

9 Schall, Glaubigerschutz, s. 290. Benzer yönde bkz. Battal, Ahmet: Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi, YD, Ekim 1998, C. 24, Sa. 4, s. 657.

Sınırlı sorumluluk, ortaklar açısından hem sözleşmeden hem de haksız fiilden kaynaklı borçlar açısından geçerlidir¹⁰. Dolayısıyla şirket faaliyetleri esnasında işlenen haksız fiilden kaynaklanan borçlar açısından da ortaklara başvurulması mümkün değildir¹¹. Ancak Türk Medeni Kanunu¹² (TMK) m. 50/3 hükmü gereği şirket yöneticileri, şirket adına işlem yaptıkları esnada işledikleri haksız fiilden –şirketle birlikte- bizzat sorumludur¹³.

Geçmişten günümüze tüzel kişiliğin, özellikle de sermaye şirketlerinin en önemli sonucu sınırlı sorumluluk ilkesidir. Sınırlı sorumluluk, modern sermaye şirketlerinin alametifarikası olarak nitelendirilebilir¹⁴. Nitekim ABD entelektüel oluşumunda saygın bir kişiliğe sahip Kolombiya Üniversitesi Rektörü Nicholas Murray Butler, 1911 yılında “*sınırlı sorumlu şirketlerin modern zamanların en büyük keşfi olduğunu, bu keşfin kömür ve elektrikten bile daha önemli olduğunu*” belirtmiştir¹⁵. Benzer şekilde Harvard Üniversitesi Rektörü Eliot da, sınırlı sorumluluğu “*19. yüzyılda ticari amaçlar için yapılmış açık ara en etkili yasal buluş*” olarak nitelendirmiştir¹⁶. Alman hukukunda da

-
- 10 Imanalin, Ali: Rethinking Limited Liability, CSLR, 2011, s. 89; Millon, David K.: Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability, ELJ, 2007, Vol. 56, Issue 5, s. 1314.
- 11 Sınırlı sorumluluğun sözleşmesel alacaklılar açısından geçerli olmasında kural olarak bir sakınca bulunmamaktadır. Zira sözleşmesel alacaklılar, işletmesel risklere karşı teminat veya risk primi talep etmek suretiyle kendilerini koruyabilirler. Ancak haksız fiilden kaynaklı alacaklar bakımından da geçerli olması, sınırlı sorumluluğun önemli bir meşruiyet sorunudur. Zira haksız fiil mağdurları, irade dışı alacaklı konumunda olduklarından teminat talep etmek suretiyle işletmesel risklere karşı kendilerini güvence altına alamazlar. Nitekim bu nedenle öğretilerde bazı yazarlar, haksız fiilden kaynaklı borçlar açısından sınırlı sorumluluğun tamamen terk edilmesi gerektiğini ileri sürerken, özellikle ABD hukukunda mahkemeler, haksız fiil mağdurlarının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönündeki taleplerine daha esnek yaklaşma eğilimindedir.
- 12 RG, T. 08.12.2001, S. 24607.
- 13 Antalya, s. 147.
- 14 Peterson, Christopher W.: Piercing the Corporate Veil by Tort Creditors, JBTL, 2017, Vol. 13, Issue 4, s. 63; Hackney, William P./Benson Tracey G.: Shareholder Liability for Inadequate Capital, UPLR, 1982, Vol. 43, Nr. 837, s. 841; Imanalin, s. 89.
- 15 “*I weigh my words when I say that in my judgment the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times Even steam and electricity are far less important than the limited liability corporation, and they would be reduced to comparative impotence without it.*” Bu hususta bkz. Uyanık, Namık Kemal: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, Ankara 2023, s. 26; Bainbridge, s. 479; Trautmann, s. 27.
- 16 “*The corporation's most precious characteristic*” and “*by far the most effective legal invention... made in the nineteenth century*” Bu hususta bkz. Hackney/Benson, s. 841. Sınırlı sorumluluğa yöneltilen bu övgünün abartılı olduğu yönünde bkz. Cataldo, Bernard F.: Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations, Law&Contemp.Prob, 1953, s. 473.

sınırlı sorumluluğun Avrupa'nın en büyük yasal icatlarından biri olduğu, Avrupa şirketler hukukunun sınırlı sorumluluk ilkesiyle eşdeğer kabul edilebileceği¹⁷, bu ilkedен sapılmasına neden olacak her türlü adımın, örneğin konzern hukukunda hâkim şirketin sorumluluğunu artıran her düzenlemenin Avrupa hukuku açısından geriye doğru bir adım olacağı belirtilmekte¹⁸, sınırlı sorumluluk ilkesinden ödün verildiği takdirde mevcut şirketlerin faaliyetlerini yurt dışına taşıyabileceği, böyle bir ihtimalin varlığının dahi sınırsız sorumluluğun öngörülmemesi için yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁹. Şüphesiz günümüz ticari hayatında sermaye şirketlerinin sayısının fazlalığı da sınırlı sorumluluk ilkesinin önemini ortaya koymaktadır²⁰.

Ancak modern zamanların en önemli keşfi olarak nitelendirilen sınırlı sorumluluk ilkesi, bünyesinde önemli bir meşruiyet sorunu barındırmaktadır. Nitekim ticari hayatta geçerli olan fırsat-risk dengesi göz önünde bulundurulduğunda, belli bir alana yatırım yaparak kâr elde eden kişinin doğal olarak bunun olumsuz sonuçlarını da üstlenmesi gerekir. Herhangi bir kişinin borçlarından dolayı üçüncü kişileri sorumlu tutmak mümkün olmadığı gibi, yatırım yapan bir girişimcinin risklerinin de üçüncü bir kişiye yükletilmemesi gerekir. Dolayısıyla, kazanç söz konusu olduğunda bunu ortaklara özgüleyen, risk söz konusu olduğunda ise bunu sosyalleştirerek şirket alacaklıları üzerine transfer eden, bir nevi ekonomik yaşamdaki fırsat-risk dengesini bozan sınırlı sorumluluk ilkesinin gerekçelendirilmesi gerekir²¹. Kısaca ifade etmek gerekirse, yatırımının olumlu sonuçlarından tek başına faydalanan ortaklar, neden yatırımının olumsuz sonuçlarından tek başına sorumlu olmasın? sorusu, sınırlı sorumluluğa ikna edici bir gerekçe bulmayı zorunlu kılmaktadır²².

17 Schall, Glaubigerschutz, s. 287.

18 Meyer, Justus: Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, Heidelberg 2000, s. 1111.

19 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1111. Benzer yönde bkz. Tan, Cheng-Han/Wang, Jiangyu/Hofmann, Christian: Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives, BBLJ, 2019, Vol. 16, Nr. 1, s. 147.

20 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 199; Halmer, s. 45.

21 Drygala, Tim/Staake, Marco/Szalai, Stephan: Kapitalgesellschaftsrecht mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Leipzig 2011, s. 8; Lehmann, Michael: Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR, 2009, Vol. 15, Issue 3, s. 350; Trautmann, s. 87; Schall, Glaubigerschutz, s. 288, 292.

22 Roth, Günter H.: Zur Economic Analysis der beschränkten Haftung, ZGR, 2009, Vol. 15, Issue 3, s. 373; Hermes, Judith: Wunsch und Wirklichkeit der GmbH-Haftungsbeschränkung: Eine

Bu noktada her şirketin amacı ve yapısı farklılık arz ettiğinden şirketin türüne göre sınırlı sorumluluk ilkesinin dayandığı gerekçe de değişmektedir. Dolayısıyla, gerekçelendirme yapılırken toptancı bir yaklaşımla hareket etmek yerine her şirketin kendine özgü yapısı, özellikle de şirketin halka açık olup olmaması göz önünde bulundurulmalıdır²³. Bu noktada ayrıca alacaklıların konumu da dikkate alınmalıdır. Zira şirketle kendi rızasıyla ilişki kuran; sınırlı sorumluluğun ortaya çıkarabileceği olumsuzluklara karşı teminat veya risk primi talep ederek kendisini koruyabilen iradi alacaklılar (bankalar) açısından sınırlı sorumluluğu gerekçelendirmek kolaydır. Ancak kendi iradesi dışında alacaklı konumuna gelen, sınırlı sorumluluğun ortaya çıkarabileceği olumsuzluklara karşı teminat veya risk primi talep ederek kendisini koruyamayan kişiler (haksız fiil mağdurları ve işçiler) açısından sınırlı sorumluluğu gerekçelendirmek oldukça zordur²⁴.

1.3.2. Sınırlı Sorumluluk İlkesini Temellendirmek İçin Dile Getirilen Gerekçeler

1.3.2.1. Şirketin Bağımsız Bir Kişiliğe Sahip Olması

Sınırlı sorumluluk ilkesinin öngörülmesinin temelinde yatan ana gerekçelerden birisi, tüzel kişilere üyelerinden bağımsız olarak hak ve borç edinme imkânı tanınmasıdır. Nitekim ister gerçek ister tüzel kişi olsun her birey üstlendiği borçlar için yalnızca kendi malvarlığıyla sorumludur. Nispiyet ilkesi gereği sözleşmeden kaynaklı bir borç için üçüncü kişileri sorumlu tutmak mümkün değildir²⁵. Dolayısıyla, bu açıdan bakıldığında

Rechtstatsachenuntersuchung, Baden-Baden 2006, s. 23; Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 997; Schall, Glaubigerschutz, s. 292; Imanalin, s. 91; Bainbridge, s. 488.

23 Schall, Glaubigerschutz, s. 286; Halmer, s. 64. Sınırlı sorumluluğu, işletmenin büyüklüğünden ziyade işletmenin büründüğü yasal şekle dayandırmanın keyfi bir durum olduğu, ancak işletmenin büyüklüğüne veya pasif hissedarların sayısına dayandırmanın da işletmenin büründüğü yasal şekle dayandıran yaklaşım kadar keyfi ve dolayısıyla eksik olduğu yönünde bkz. Bainbridge, s. 501.

24 Millon, s. 1314; Göger, Yunus Emre: Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Ankara 2020, s. 58-59.

25 Trautmann, s. 60; Schall, Glaubigerschutz, s. 288.

sınırlı sorumluluğun mal topluluklarına tanınan bağımsız (tüzel) kişiliğin gerekli ve kaçınılmaz bir sonucu olduğu söylenebilir²⁶.

Buna karşın, tüzel kişilik ile sınırlı sorumluluk arasındaki bu ilişkiye rağmen 19. yüzyılın ortalarına kadar modern sermaye şirketinin öncüsü niteliği taşıyan şirketlerde sınırlı sorumluluğun şirketin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmediğini, ortakların sınırsız olarak sorumlu olduğunu belirtmek gerekir²⁷. Ancak öğretilerde, bu durumun tüzel kişilik ile sınırlı sorumluluk arasındaki ilişkiyle çelişmeyeceği, zira bahsi geçen zamanlarda sermaye şirketlerinin üstlendiği görev ile günümüzde üstlendikleri görevin farklılık gösterdiği, bu yüzden tüzel kişilik ile sorumluluğun sınırlandırılması arasındaki ilişki değerlendirilirken sadece daha önceki tarihsel örnekler dikkate alınırsa, zamanın bazı spesifik özellikleri nedeniyle günümüzle hiç karşılaştırılmayacak olan tarihsel özelliklere dayanarak değerlendirme yapma tehlikesinin ortaya çıkacağı ifade edilmektedir²⁸.

Bu noktada bazı ortakların sınırsız sorumlu olduğu komandit şirketin tüzel kişilik ile sınırlı sorumluluk arasındaki ilişkiye istisna teşkil ettiğini belirtmek gerekir²⁹. Şöyle ki, komandit şirketlerde komanditer ortak bakımından sınırlı sorumluluk ilkesi geçerliken, şirket tüzel kişiliğine rağmen komandite ortak açısından sınırsız sorumluluk öngörülmüştür (TTK m. 304/2). Yine kolektif şirketlerde de, şirketin bağımsız tüzel kişiliği bulunmasına rağmen ortakların ikinci dereceden de olsa şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumlu olacağı öngörülmüştür (TTK m. 211). Ancak kolektif ve komandit şirket şahıs şirkettir. Sınırlı sorumluluk ilkesi esasen ortakların şahsının ön planda olmadığı sermaye şirketleri açısından tasarlanmış bir kurumdur.

26 Maizes, Rachel: Limited Liability Companies: A Critique, JLR, Summer 1996, Vol. 70, Nr. 3, s. 592; Trautmann, s. 67, 69; Hackney/Benson, s. 841; Cataldo, s. 474; Kuş, s. 35; Göger, s. 44.

27 Yanlı, s. 76; Trautmann, s. 60; Tan/Wang/Hofmann, s. 141 vd. Nitekim bu nedenle, sınırlı sorumluluğun tüzel kişiliğin doğal bir sonucu olmadığı, modern zamanların bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Moeremans, Daniel: Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschem und Argentinischem Recht, 1989, s. 18.

28 Trautmann, s. 61, 69.

29 Komandit şirketlerin tüzel kişilik ile sınırlı sorumluluk arasındaki ilişkiye aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. Trautmann, s. 66.

Sonuç olarak, kollektif ve komandit şirket örnekleri de dikkate alındığında sınırlı sorumluluğun tüzel kişiliğin zorunlu ve doğal bir sonucu olmamakla birlikte günümüz sermaye şirketlerinin işlevsel olarak uygulanabilir bir hukuk kurumu haline gelmesi için gerekli olduğu söylenebilir³⁰. Kanun koyucu, sermaye şirketlerini girişimci faaliyetleri teşvik etmek için bir hukuk politikası aracı olarak yaratmıştır³¹. Bu aracın işlevsel hale gelebilmesi için de zorunlu olarak ortakların sorumluluğunu sınırlandırmıştır³².

1.3.2.2. Mülkiyet-Kontrol Ayırımının Varlığı

Yukarıda incelendiği üzere, sınırlı sorumluluğun temelinde, tüzel kişilere üyelerinden bağımsız bir kişilik tanınması yatmaktadır. Ancak bu gerekçenin sınırlı sorumluluğa dayanak oluşturabilmesi için şirkete bağımsız bir kişilik olarak muamele edilebilmesi, farklı bir deyişle şirketin kendi kaderini kendisinin tayin etmesi, ortakların şirket yönetimi üzerinde etkisinin bulunmaması gerekir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin gerekçesi incelenirken şirketin yönetsel yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır³³.

Halka açık şirketlerde ortaklar saf yatırım amacı güttüklerinden şirket yönetimiyle ilgilenmemekte, şirket profesyonel üçüncü kişiler tarafından idare edilmektedir. Bu tür şirketlerde ortakların şirket yönetimi üzerindeki etkileri, genellikle yönetim organının seçilmesi ile sınırlı kalmaktadır³⁴. Dolayısıyla mülkiyet ve kontrolün katı bir şekilde ayrıldığı bu tür şirketlere, bağımsız bir tüzel kişilik olarak muamele edilmesi haklı

30 Yanlı, s. 77, 112; Schall, Glaubigerschutz, s. 282; Muchlinski, Peter: Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?, CJE, 2010, Vol. 34, s. 915. Benzer yönde bkz. Moeremans, s. 18; Kervankıran, Emrullah: Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, ErzÜHFD, 2007, C. 11, Sa. 3-4, s. 457.

31 Trautmann, s. 60; Schall, Glaubigerschutz, s. 294.

32 Yanlı, s. 9-10; Esen, s. 8; Trautmann, s. 69; Hölters, Wolfgang/Weber, Markus: Aktiengesetz, Kommentar, Aufl. 4, München 2022, s. 3, Nr. 7.

33 Schall, Glaubigerschutz, s. 289.

34 Drygala/Staake/Szalai, s. 8.

gerekçelere dayanmakta³⁵, bu tür şirketler açısından bağımsız tüzel kişilik sınırlı sorumluluk için bir gerekçe oluşturmaktadır³⁶.

Buna karşın, halka kapalı şirketlerde ortaklar girişimci ortak niteliği taşıdığından çoğunlukla şirket yönetimine müdahil olmaktadır. Bu tür şirketlerde de mülkiyet kontrol ayrımı mevcut olmakla birlikte günlük sıradan işlere kadar kapsamlı talimat imkânı³⁷, ortak sayısının azlığı ve hissedarların kişiliğinin ön planda olması bu ayrımı yumuşatmaktadır³⁸. Bu durum, kontrolün birbirinden bağımsız birkaç ortak arasında paylaşılmasıyla telafi edilmeye çalışılsa da, özellikle tek kişilik şirketlerde mülkiyet kontrol ayrımı neredeyse tamamen ortadan kalktığından artık şirkete bağımsız bir kişilik olarak muamele edilmesi güçleşmekte³⁹, dolayısıyla sınırlı sorumluluğun temelinde yatan ana gerekçe de ortadan kalkmaktadır⁴⁰. Bu tür şirketlerde yönetim-kontrol ayrımı, sadece yönetimin dışında kalan pay sahipleri için sınırlı sorumluluğa gerekçe oluşturmaktadır⁴¹. Dolayısıyla yönetim üzerinde etki oluşturan ortaklar açısından sınırlı sorumluluk öngörülmesi tam bir ayrıcalık haline gelmekte⁴², şirketin kaderini belirleyen kişinin bunun sonuçlarını da üstlenmesi gerektiğinden⁴³, bu tür ortaklar açısından sınırlı sorumluluğun meşrulaştırılması sorunu ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

35 Schall, Glaubigerschutz, s. 292.

36 Schall, Glaubigerschutz, s. 282, 293; Maizes, s. 592.

37 Özellikle Alman limited şirketler hukuku açısından bkz. Alm LŞK m. 37/1.

38 Gloger, Christian: Haftungsbeschränkung versus Gläubigerschutz in der GmbH, Berlin 2007, s. 21; Schall, Glaubigerschutz, s. 282; Halmer, s. 48-49; Drygala/Staake/Szalai, s. 8.

39 Schall, Glaubigerschutz, s. 294.

40 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1038 vd., 1053. Benzer yönde bkz. Cataldo, s. 482; Göktürk, Kürşat: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, B. 2, Ankara 2022, s. 1.

41 Gloger, s. 21.

42 Schall, Glaubigerschutz, s. 289; Maizes, s. 593.

43 Ancak Alman limited şirket hukukunda bu kuralın geçerli olmadığını söylemek mümkündür. Zira Alman hukukunda limited şirket ortaklarına şirket yönetimini bağlayıcı şekilde talimat verme yetkisi tanınmış (Alm LŞK m. 37/1), ancak buna rağmen ortakların sınırlı sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Nitekim bu yüzden Alman hukukunda şirket türü olarak sıklıkla limited şirket tercih edilmektedir. Bkz. Ziemons, Hildegard: Die Haftung der Gesellschafter für Einflusnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, Berlin 1996, s. 1.

44 Schall, Glaubigerschutz, s. 282, 289; Drygala/Staake/Szalai, s. 8; Maizes, s. 593.

Sonuç olarak, mülkiyet-kontrol ayrımı yalnızca halka açık şirketlerde sorumluluğun sınırlandırılmasının gerekçesini oluşturmakta, halka kapalı şirketler açısından farklı gerekçelere ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁵.

1.3.2.3. Asgari Sermayenin Varlığı

Yukarıda belirtildiği üzere, halka kapalı şirketlerde bağımsız tüzel kişiliğin varlığı, sınırlı sorumluluğun gerekçelendirilmesi açısından tatmin edici bir dayanak oluşturmamakta, bu tür şirketlerde başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, özellikle de Alman hukukunda halka kapalı şirketlerde sınırlı sorumluluğun meşruiyeti asgari sermayeye dayandırılmakta, asgari sermaye olmadığı takdirde ticari faaliyetlerin sınırsız sorumluluk çerçevesinde yürütülebileceği ifade edilmektedir. Sınırlı sorumlulukla başkalarını tehdit eden yatırımcıların, en azından asgari sermaye ile kendilerinin de riske girmesi istenmekte⁴⁶, asgari sermaye bir nevi sınırlı sorumluluk ilkesinin karşılığı olarak algılanmaktadır⁴⁷. Nitekim ABD hukukunda da, alacaklılara yeterli mali sorumluluk temeli sağlanmadıkça sınırlı sorumluluğun geçerli olmayacağı⁴⁸, sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmak isteyen bir girişimcinin malvarlığının bir kısmını riske etmesi gerektiği⁴⁹, böylece yatırımcıların tam dokunulmazlık arzusu ile alacaklıların tam tatmin arzusu arasında adil bir dengenin sağlanacağı ifade edilmektedir⁵⁰.

45 Schall, Glaubigerschutz, s. 287, 294.

46 Schall, Glaubigerschutz, s. 297.

47 Schall, Glaubigerschutz, s. 101. Benzer yönde bkz. Kesik Canbulut, Büşra: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, LHD, 2023, C. 18, Sa. 212, s. 3707. Nitekim alacaklılara güvence olarak yatırılan sermaye, sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler tarafından korunduğu için kural olarak hissedarların sınırsız sorumluluğunun kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Wahl, Axel: Die Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen Existenzvernichtung - Verletzung der Vermögensbindung in der GmbH -, Frankfurt 2005, s. 43.

48 Bu hususta bkz. Hackney/Benson, s. 884.

49 Hackney/Benson, s. 891.

50 Hackney/Benson, s. 841. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde alacaklıları korumak adına asgari sermaye şartı öngörülürken, ABD hukukunda konu genellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Bkz. Eryiğit, Harun: Alacaklıların Korunmasına İlişkin Farklı Yöntemlerin Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi, İMÜHFD, 2020, C. 7, Sa. 1, s. 228.

Ancak çoğu hukuk sisteminde asgari sermaye konusunda önemli ölçüde serbesti tanındığı, şirketin borçlarını ödeme gücünün büyük ölçüde ortakların takdirinde olduğu⁵¹ dikkate alındığında, bu gerekçenin de sınırlı sorumluluğun temellendirilmesi için tatmin edici olduğunu söylemek güçtür. Zira sadece kanunda öngörülen asgari sermayeyi taahhüt eden ortakların bunun kat kat üstünde işlem yaparak alacaklıları zarara uğratması olasıdır. Kaldı ki, şirkete belli bir miktar sermaye konmasına ilişkin kurallar, şirketin sahip olduğu malvarlığının alacaklılara güvence oluşturma işlevinin yanında işletme işlevi olduğu, dolayısıyla ticari faaliyetler sonucunda kaybolabileceği gerçeğini değiştirmemektedir⁵². Bu nedenle koyulan sermaye miktarı yüksek olsa dahi şirketin ödeme gücünü oluşturan, alacaklılara garanti teşkil eden bu malvarlığının kaybedilmesi son derece olasıdır. Buna karşın konulan sermayenin büyük kısmı kaybedilmiş olsa dahi, ortaklar kalan kısım ile ek ödeme yükümlülüğü olmaksızın iş yapmaya devam etmekte serbesttirler⁵³⁵⁴.

Kaldı ki Alman hukukunda limited şirketler bakımından 25.000 Euro asgari sermaye şartı öngörülse de, 2008 yılında yapılan kanun [Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)] değişikliği ile birlikte, bu sınırın altında da, mini limited şirket olarak nitelendirilen şirket kurulmasına izin verilmiştir. Bu değişiklik yapılırken özellikle son dönemde kurulan şirketlerin %85'den fazlasının hizmet sektöründe faaliyet gösterdiği, bu sektörde faaliyet gösteren şirketlerin daha düşük sermayeyle kurulabilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmuştur. Yapılan bu değişiklikle birlikte, asgari sermaye sınırlı sorumluluk ilkesinin bir ön koşulu olmaktan çıkartılmıştır⁵⁵. ABD hukukunda da 20. yüzyılın ortalarına kadar, 500 ila 1.000 ABD Doları arasında asgari sermaye ödenmesi zorunlu kılınmış, ancak yeterli sermayenin kanun tarafından öngörülen asgari sermayenin ötesinde bir sorun olduğunun kabul

51 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 954; Schall, Glaubigerschutz, s. 102.

52 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 953; Schall, Glaubigerschutz, s. 101; Millon, s. 1338.

53 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 954; Schall, Glaubigerschutz, s. 102.

54 Nitekim bu nedendir ki, sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesi kaldırılarak şirket ortaklarının sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmektedir.

55 Schall, Glaubigerschutz, s. 103-105, 108; Pulaşlı, Hasan: Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler, BATİDER, 2018, C. 34, Sa. 2, s. 6 vd.

edilmesi üzerine⁵⁶, çoğu eyalette 1930'lardan bu yana yasal asgari sermaye uygulamasından kademeli olarak vazgeçilmiştir⁵⁷. Nitekim Türk hukukunda da, 7099 Sayılı “*Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”⁵⁸ ile yapılan değişiklik sonucunda, limited şirketlerde asgari sermayenin 1/4’ünün peşin ödenmesi şartı kaldırılarak sermayesiz sermaye şirketi kurulmasına izin verilmiştir⁵⁹.

Sonuç olarak, her ne kadar sınırlı sorumluluk, asgari sermaye ile birlikte daha meşru hale gelse de; asgari sermaye tek başına sınırlı sorumluluk için ikna edici bir gerekçe oluşturmamaktadır. Asgari sermaye, daha çok kuruluş aşamasında şirketin bütünlüğünü sağlamayı ve bir şirketin erken bir aşamada iflasını önlemeyi amaçlamaktadır⁶⁰. Zira aksi söz konusu olsaydı asgari sermaye zorunluluğu öngörülen hukuk sistemlerinde sorumluluğun sınırlandırılmasının meşruiyetine ilişkin tartışmalarına yer verilmezdi. Bu tartışmalar, sorumluluğun sınırlandırılmasının, kuruluş sırasında bir kerelik sermaye taahhüdünden farklı, daha derin bir nedene sahip olması gerektiğinin göstergesidir⁶¹. Alman, Türk ve ABD hukukunda asgari sermaye şartı olmaksızın sınırlı sorumluluğun geçerliliğinin kabulü de bunun açık bir göstergesidir⁶². Bu nedenle asgari sermayeyi sınırlı sorumluluğun bir karşılığı olarak değil, sadece kanuni bir ciddiyet sınırı olarak algılamak gerekir⁶³. Dolayısıyla sınırlı sorumluluğun meşruiyeti, asgari sermayeden başka bir gerekçeye dayandırılmalıdır⁶⁴.

56 Asgari sermaye, özellikle Avrupa’da alacaklıları korumak için bir kural olarak algılansa da, bir şirkete asgari sermaye sağlama yükümlülüğünün sermaye yetersizliği kavramıyla hiçbir ilgisi olmadığı, bir şirketin sermayesinin yeterliliği, şirketin faaliyetlerinin kapsamı ışığında takdir edileceği, zorunlu asgari sermaye tutarının, genellikle şirketin fiili faaliyetleri ve sermaye ihtiyaçları ile hiçbir ilişkisi olmayan sabit bir miktardan oluştuğu yönünde bkz. Vandekerckhove, Karen: *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International 2007, s. 110.

57 Bu hususta bkz. Hackney/Benson, s. 852.

58 RG, T. 10.03.2018, S. 30356.

59 Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Pulaşlı, *Sermayesiz Sermaye Şirketi*, s. 12 vd.

60 Tan/Wang/Hofmann, s. 175.

61 Schall, *Glaubigerschutz*, s. 297.

62 Schall, *Glaubigerschutz*, s. 297.

63 Benzer yönde bkz. Yanlı, s. 96; Vandekerckhove, s. 110.

64 Schall, *Glaubigerschutz*, s. 103-105, 108.

1.3.2.4. Profesyonel Yönetime İmkân Tanıması

Sorumluluğun sınırlandırılması, özellikle halka açık şirketlerde girişimcilerin mülkiyet ve kontrol yetkisini ayırarak şirketin iş bölümü uzmanlığına dayalı profesyonel bir şekilde yönetilmesine imkân tanır⁶⁵. Şöyle ki, şirketin başarısında menfaati bulunan girişimciler, kural olarak şirket yönetiminde aktif olmak ister. Ancak pay sahiplerinin çoğu durumda şirket yönetimi için gerekli olan bilgi ve tecrübeye sahip olmaları mümkün değildir. Zira, ticari hayatta maddi ve beşeri sermaye genellikle eşit olmayan şekilde dağıtılır ve nadiren bir kişi bunların her ikisine de sahiptir. Gerçekten de, ticari hayatta girişimci fikirlerini uygulamak için gerekli finansal güce sahip olmayan çok sayıda kişi bulunduğu gibi, iş yapma yeteneğinden yoksun çok sayıda varlıklı insan mevcuttur. Bu noktada varlıklı kişiler sınırsız sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde yönetim üzerinde etki etme imkânları olduğu veya bizzat şirketi yönettikleri takdirde yatırım yapmak isteyecek, bu durum şirketin profesyonel kişiler tarafından etkin bir şekilde yönetilmesini engelleyecektir. Sınırlı sorumluluk durumunda ise, yatırımcıların riski sınırlı olduğundan şirket yönetimiyle ilgilenmeyecek, yönetim görevi profesyonel üçüncü kişilere devredilecektir. Özellikle kurucular, yaşlılık ve benzeri sebeplerden ötürü şirketten ayrılmak istediklerinde ve varislerin şirket yönetimi hakkında yetkin olmadığı durumlarda, sınırlı sorumluluk sayesinde herhangi bir sorun olmaksızın yönetim şirkete yabancı uzman kişilere devredilebilecektir⁶⁶. Böylece yönetim ve öz sermaye finansmanı ayrılarak şirketin özden organ ilkesine kıyasla daha profesyonel yönetilmesi sağlanacaktır⁶⁷. Dolayısıyla, maddi ve beşeri sermayeyi etkin bir şekilde bir araya getirmek sorumluluğun sınırlandırılması yoluyla mümkün olacaktır⁶⁸.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin profesyonel yönetim konusunda sağladığı bu verimlilik, genellikle halka açık şirketlerde gündeme gelmekte, dolayısıyla sadece halka açık şirketler açısından sınırlı sorumluluğa bir gerekçe oluşturmaktadır. Nitekim bu tür

65 Mühlens, Jorg: Der Sogenannte Haftungsdurchgriff im Deutschen und Englischen Recht, Tübingen 2006, s. 38; Schall, Glaubigerschutz, s. 284, 285; Trautmann, s. 120; Halmer, s. 20.

66 Halmer, s. 60.

67 Trautmann, s. 121; Schall, Glaubigerschutz, s. 284.

68 Trautmann, s. 120; Schall, Glaubigerschutz, s. 285; Easterbrook/Fischel, s. 93-94.

şirketlerde ortaklar genellikle saf yatırım amacı güttüğünden neredeyse yönetimle hiç ilgilenmemekte, sadece elde edeceğe kara odaklanmakta, yönetim yetkisi profesyonel üçüncü kişilere devredilmektedir⁶⁹. Halka kapalı şirketlerde ise bu imkândan yararlanmak pek olası değildir⁷⁰. Zira bu tür şirketlerde ortaklar -yetersiz olsalar dahi- çoğunlukla şirket yönetiminde bizzat görev almak veya yönetime müdahil olmak isterler⁷¹. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, ortakların yönetim için gerekli özelliklere sahip olması istisnai hallerde tesadüfen mümkün olabilen bir durumdur. Kaldı ki ortaklar yönetim için gerekli özelliklere sahip olsa dahi bu özellikler kalıcı olmayabilir. Çünkü hem zaman içinde değişen şirket ihtiyaçları hem de hissedarın şahsında ortaya çıkan değişiklikler, başlangıçta yönetime uygun olan ortağın belirli bir süre sonra bu görevi artık yerine getirememesine veya istememesine neden olabilir⁷².

1.3.2.5. Bilgi ve İzleme Maliyetlerini Düşürmesi

1.3.2.5.1. Genel Olarak

Sorumluluğun sınırlandırılmasını temellendirmek için dile getirilen gerekçelerden bir diğeri, bilgi ve izleme maliyetlerinin azalmasıyla ilgilidir. Şöyle ki, yatırımcıların şirket yönetimini izleme ihtiyacı, üstlendikleri risk miktarıyla doğru orantılı olarak değişir. Üstlenilen risk arttıkça yönetimi izleme ihtiyacı artarken, risk azaldıkça izleme ihtiyacı da azalır. Sınırlı sorumluluk durumunda, üstlendikleri risk taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sınırlı olan ortaklar, yönetimi izlemek için daha az çaba gösterir ve bunun sonucunda daha az maliyete maruz kalır⁷³. İkinci olarak, ortaklara ait özel malvarlığı diğer ortakların sorumluluk risklerinin değerlendirilmesinde önem arz etmeyeceğinden

69 Schall, Glaubigerschutz, s. 293; Gloger, s. 20.

70 Trautmann, s. 121; Schall, Glaubigerschutz, s. 288.

71 Alman hukukunda faaliyet gösteren limited şirketlerin %80'inin ortaklar tarafından yönetildiği yönünde bkz. Halmer, s. 50. Nitekim bu noktada, Türk hukukunda limited şirket yöneticilerinden en az birinin ortak sıfatını taşımasının kanuni bir zorunluluk olduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. TTK m. 623/1.

72 Trautmann, s. 121.

73 Vandekerckhove, s. 7; Smith, Douglas G.: Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries, BY ULR, 2008, Vol. 2008, Nr. 4, s. 1206; Trautmann, s. 135; Halmer, s. 20; Gloger, s. 22; Maizes, s. 595, 596; Millon, s. 1312; Küçük, Damla: Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları, AnBD, 2019/1, s. 292.

ortaklar birbirlerinin malvarlığını izlemek zorunda kalmaz. Aynı durum kendilerine karşı sadece şirketin malvarlığı güvence oluşturan alacaklılar bakımından da geçerlidir⁷⁴. Kısaca sınırlı sorumluluk; ortak, alacaklı ve yönetim arasındaki çıkar çatışması ihtimalinin ve buna bağlı muhtemel izleme maliyetlerinin azalmasına katkı sağlar⁷⁵.

1.3.2.5.2. Şirket Yönetiminin İzlenmesi/Denetimi Konusunda Ortaya Çıkacak Maliyetleri Düşürmesi

Mülkiyet-kontrol ayrımı, halka açık şirketlerde profesyonel yönetime imkân tanırken izlenmesi gereken bazı çıkar çatışmaları da yaratır. Şöyle ki, sermaye sahipleri malvarlıklarının yönetim yetkisini profesyonel üçüncü kişilere devrettiklerinde aralarında bir asil-vekil ilişkisi ortaya çıkar. Müvekkil, işleri vekile devrettiğinde, işlerin daha iyi yürüyeceğini varsayar. Bu amaçla görevlendirdiği kişiye belirli yetkileri devreder. Vekil-kural olarak verdiği kararlardan sorumlu olsa da- yönetim esnasında elde ettiği imkânları kendi lehine temsil olunan aleyhine kullanabilir. Temsil edilen ile temsilci arasında ortaya çıkan bu çıkar çatışması, müvekkil-vekil çatışması olarak adlandırılır⁷⁶. Ortaklar ile yöneticiler arasında ortaya çıkan bu derin çıkar çatışması, yatırımcıların yöneticileri yakından izlemesini gerektirir⁷⁷. Şüphesiz bu durum, belli bir maliyet doğurur⁷⁸. Bu konuda ortaya çıkan maliyetler acente maliyeti olarak nitelendirilir⁷⁹.

74 Trautmann, s. 135; Gloger, s. 22; Vandekerckhove, s. 7; Maizes, s. 595, 596; Smith, s. 1206; Millon, s. 1313.

75 Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier: Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, YLJ, 1991, Vol. 100, Nr. 7, s. 1906; Lehmann, s. 354; Trautmann, s. 123; Mühlens, s. 38; Vandekerckhove, s. 7; Imanalin, s. 91; Bozgeyik/Yavaşı, s. 301; Göger, s. 54.

76 Bu hususta bkz. Trautmann, s. 122-123; Easterbrook/Fischel, s. 94.

77 Ancak gerek hukuki gerekse teknik engeller nedeniyle temsil edilen kişinin temsilcisini yeterli şekilde kontrol etmesi genellikle mümkün olmaz. Aksine, temsil olunan çoğu zaman sadece elde edilen yatırım getirisine dayanarak temsilcinin özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını değerlendirir. Bu hususta bkz. Trautmann, s. 123.

78 Menfaat çatışmasının sosyal maliyetleri tetiklediği, zira bir çatışma tarafının dezavantajları çoğu zaman başkalarının avantajı alanına geldiği, çatışan tarafların, dezavantajları önlemek ve avantajları güvence altına almak için kaynakları verimsiz bir şekilde kullanmaya eğilimli olduğu yönünde bkz. Halmer, s. 9.

79 Vandekerckhove, s. 7; Easterbrook/Fischel, s. 94; Maizes, s. 595.

Vekil ile müvekkil arasında ortaya çıkan bilgi asimetrisinin neden olduğu müvekkil menfaatine aykırı davranış riskinin, bilgi alma hakkının kullanılması veya özel denetim yoluyla büyük ölçüde sınırlandırılması mümkündür. Ancak özellikle risk büyük olduğunda bunu yapmak zahmetli ve maliyetlidir. Kaldı ki, risk düşük olsa dahi özellikle küçük pay sahipleri, vekil tayin ettiği kişiyi kontrol etmek için yeterince ilgili değildir. Bu nedenle rasyonel hareket eden bir yatırımcı şirket yönetimini izlemek yerine ya temerrüt riskine karşı kendini sigortalatır ya da yatırım yapmaktan vazgeçer. Buna karşılık sorumluluğun sınırlandırılması, zarar riskini yatırılan sermaye ile sınırladığından yatırımcı bir şirketin iflasından sınırsız sorumluluk durumuna göre daha az etkilenir. Buna bağlı olarak şirketin faaliyetlerinin sürekli izlenme ihtiyacı azalır. Ortak ve alacaklılar denetim görevini denetim kurulu gibi bağımsız bir organa emanet ederek, çok düşük miktarda denetim maliyetine maruz kalır⁸⁰. Dolayısıyla şirket yönetimini izleme görevi denetim kuruluna devredildiğinde sorumluluğun sınırlandırılması gerek ortakların gerekse alacaklıların genel izleme maliyetini azaltır⁸¹. Böylece sorumluluğun sınırlandırılması, bir yatırımın artık yalnızca izleme maliyetleri nedeniyle yatırımcının risk profiline uymamasını ve dolayısıyla ihmal edilmesini önler⁸².

Ancak halka kapalı şirketler bakımından aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Zira bu tür şirketlerde ortaklar, genellikle girişimci ortak niteliği taşıdıklarından sürekli yönetime müdahil olmak ve yönetimi izlemek ister⁸³. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk halka kapalı şirketlerde izleme maliyetlerinin azaltılmasına önemli ölçüde katkıda bulunmaz. Sınırlı sorumluluğun şirket yönetimini kontrol konusunda ortaya çıkan maliyetleri düşürdüğü yönündeki argüman sadece halka açık şirketler açısından tatmin edici bir gerekçe oluşturur⁸⁴. Burada söylenenler çoğunlukla şirketler topluluğu için de geçerlidir. Zira topluluk ilişkisinde hâkim şirket, genellikle şirkette tek ortak ve aynı zamanda yönetici pozisyonunda olduğundan kendi kendini izlemez. Birden fazla şirketten oluşan topluluk

80 Trautmann, s. 131.

81 Trautmann, s. 132; Halmer, s. 17; Easterbrook/Fischel, s. 94; Bainbridge, s. 490, 500; Bozgeyik/Yavaş, s. 302. Sınırlı sorumluluğun ekonomik analizinin, çıkar çatışması sebebiyle ortaya çıkması muhtemel maliyetleri önlemek olduğu yönünde bkz. Halmer, s. 9.

82 Trautmann, s. 130; Easterbrook/Fischel, s. 94.

83 Gloger, s. 22, 23; Millon, s. 1315.

84 Gloger, s. 24; Millon, s. 1315.

ilişkisinde ise genellikle yönetici pozisyonunda bulunan hâkim şirket bağlı şirket aleyhine hareket edeceğinden bağlı şirketler sürekli olarak ana şirketin faaliyetlerini izlemek ister. Dolayısıyla şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluğun şirket yönetiminin izlenmesi konusunda maliyet tasarrufu sağladığı söylenemez.

1.3.2.5.3. Ortakların Malvarlığının Diğer Ortaklar Tarafından İzlenmesi İhtiyacını ve Buna Bağlı Maliyetleri Azaltması

Sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda ortaklardan birinin aczi diğer ortakların sorumluluk miktarını artıracığından ortaklar birbirlerinin mali durumunu sürekli izleme ihtiyacı hisseder⁸⁵. Bunu sağlayabilmek için ortaklara malvarlıklarına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü veya şirket paylarının yetersiz malvarlığına sahip kişilere devredilmemesi yönünde yasak öngörülebilir⁸⁶. Ancak bu durumda ortakların malvarlıkları hakkında yanlış bilgi vermesi ihtimal dâhilindedir. Ayrıca bu tür bir bilgi verme yükümlülüğü büyük miktarda idari maliyetlere sebep olacağı gibi, hisse alım satımını felce uğratacağından birçok yatırımcıyı yatırım yapmaktan alıkoyar⁸⁷.

Sınırlı sorumluluk durumunda ise, ortaklar sadece yatırdıkları sermayeyi riske edeceklerinden sorumlu olacakları miktar diğer ortakların ödeme gücünden bağımsızlaşır. Farklı bir deyişle, sınırlı sorumluluk ortakların kimliğini ve ödeme kabiliyetini önemsiz kılar. Dolayısıyla bir ortağın diğer ortağın malvarlığını izleme ihtiyacı ve buna bağlı maliyet ortadan kalkar⁸⁸. Bu durum payların devri için gerekli olan maliyeti de azaltır. Zira pay devralan kişi diğer ortakların malvarlığını izlemek zorunda kalmaz⁸⁹. Bu avantaj özellikle ortakları hakkında bilgi edinmenin zor olduğu yabancı bir şirkete yatırım yapılmak istendiğinde önem kazanır⁹⁰. Bununla birlikte şirketler

85 Trautmann, s. 91-92, 133; Halmer, s. 19; Vandekerckhove, s. 7; Easterbrook/Fischel, s. 95; Maizes, s. 595.

86 Easterbrook/Fischel, s. 95; Trautmann, s. 133.

87 Trautmann, s. 133.

88 Trautmann, s. 132, 133; Gloger, s. 22; Halmer, s. 19, 140; Easterbrook/Fischel, s. 95; Macey, s. 450-451; Maizes, s. 595; Bainbridge, s. 491.

89 Halmer, s. 24.

90 Trautmann, s. 134.

topluluğunda sınırlı sorumluluğun izleme maliyetini önemli ölçüde düşürdüğü söylenemez. Zira topluluk ilişkisinde hâkim şirketin topluluk menfaati gerekçesiyle bağlı şirketin menfaatini göz ardı ederek hareket etme ihtimali çok yüksek olduğundan bağlı şirketler çoğunlukla ana şirketin faaliyetlerini izleme ihtiyacı hissederler⁹¹.

Esasen topluluk dışında da sınırlı sorumluluğun ortakların malvarlığını izleme konusunda ortaya çıkardığı maliyet tasarrufunun teorik bir anlam ifade ettiğini, uygulama açısından bir karşılığının bulunmadığını belirtmek mümkündür. Nitekim eğer karlılık veya sosyal statü gibi farklı nedenlerle kişiler sınırsız sorumlu olacakları bir şirkete yatırım yaparlarsa muhtemelen diğer ortakların varlıklarını önemsemeyecek ve izlemeyecektir. Çünkü makul bir yatırımcı, elde ettiği fayda, bunun için katlanacağı maliyeti aştığı takdirde ortaklar hakkında bilgi edinmek isteyecektir. Sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda, özellikle kontrol edilmesi gereken ortak sayısı fazla ise izleme maliyetleri de o oranda yüksek olacaktır. Dolayısıyla özellikle ortak sayısı belli bir büyüklüğe ulaştıktan sonra rasyonel bir yatırımcı sorumluluğun sınırlı olup olmamasından bağımsız bir şekilde diğer ortakların varlıklarını izlemek için herhangi bir çaba göstermeyecek, diğer ortakların malvarlığını genellikle sıfır kabul edecek ve yatırım yapıp yapmayacağına sadece şirketin durumunu göz önünde bulundurarak karar verecektir. Yatırım yapmayı planladığı şirketin beklenen değeri kendi risk tercihinin uymuyorsa, ortakların malvarlığından bağımsız olarak yatırım yapmaktan kaçınacaktır⁹².

Dolayısıyla sorumluluğun sınırlandırılması, sadece sınırsız sorumluluk söz konusu olsaydı ortakların malvarlığını fiilen incelemek isteyecek ortaklar açısından bir maliyet tasarrufuna imkân tanıyacak ve sadece bu kişiler için bir avantaj olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu maliyet avantajı da kural olarak sorumluluğun sınırlandırılmasının sermaye toplama ve girişimciliği teşvik işlevine içkin olarak gerçekleşen bir sonuç olduğundan ortaklar açısından bağımsız bir anlam taşımayacak, sadece alacaklılar açısından bir anlam ifade edecektir⁹³.

91 Trautmann, s. 239; Vandekerckhove, s. 8.

92 Trautmann, s. 134; Bainbridge, s. 492.

93 Trautmann, s. 135; Vandekerckhove, s. 7; Maizes, s. 595.

Halka kapalı şirketlerde ise, sınırlı sorumluluk durumundaki izleme maliyetleri ile sorumluluk sınırlaması olmasaydı oluşacak izleme maliyetleri genellikle aynı seviyede olacaktır. Çünkü halka kapalı şirketlerde ortak sayısı genellikle az olduğundan ortaklar hissedarların özel varlıkları hakkında kolayca genel bir bilgi elde edebilecektir. Nitekim bu tür şirketlerde genellikle payların belli bir grup dışındaki kişilere devri yasak olduğundan ortaklar hakkında bilgi edinmek zor olmayacaktır⁹⁴. Bu nedenle halka kapalı şirketler açısından sınırlı sorumluluk ve sınırsız sorumluluk durumunda kontrol maliyetleri genellikle aynı derecede düşük olacaktır⁹⁵.

Sonuç olarak, ortakların malvarlığının diğer ortaklar tarafından izlenmesi konusunda ortaya çıkan maliyetleri düşürdüğü yönündeki argüman, ne halka açık, ne halka kapalı şirketlerde ne de şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluğu temellendirmek için yeterli bir gerekçe oluşturmayacaktır.

1.3.2.5.4. Ortakların Malvarlığının Alacaklılar Tarafından İzlenmesi İhtiyacını ve Buna Bağlı Maliyetleri Azaltması

Sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda alacaklılar için şirketin malvarlığının yanı sıra ortakların malvarlığı da güvence oluşturduğundan alacaklılar şirket ortaklarının malvarlığı hakkında bilgi sahibi olmak isteyecektir. Sınırlı sorumluluk durumunda ise, sadece şirkete tahsis edilen varlık alacaklılara güvence oluşturduğundan alacaklılar için ortakların malvarlığını izleme ihtiyacı ve buna bağlı maliyetler ortadan kalkacaktır⁹⁶.

Sorumluluğun sınırlandırılması, hissedarların özel alacaklıları için de izleme maliyetlerini düşürecektir. Zira ortakların sorumluluğunun sınırlı olması, kişisel

94 Millon, s. 1315.

95 Gloger, s. 22; Halmer, s. 46; Millon, s. 1315; Bainbridge, s. 501.

96 Trautmann, s. 135; Halmer, s. 21; Gloger, s. 22; Bainbridge, s. 492, 493.

alacaklılarına güvence oluşturan malvarlığının sabit kalması anlamına geleceğinden kişisel alacaklıların ortakların malvarlığını izleme ihtiyacı ortadan kalkacaktır⁹⁷.

Ancak sınırlı sorumluluğun ortakların malvarlığının alacaklılar tarafından izlenmesi konusunda ortaya çıkardığı maliyet tasarrufunun da teorik bir anlam ifade ettiğini bu konuda ortaya çıkan maliyetlerin esasen uygulama açısından bir karşılığının bulunmadığını belirtmek gerekir. Zira herhangi bir izleme maliyetinden bahsedilebilmesi için alacaklıların fiilen ortaklar hakkında bilgi toplaması gerekir. Özellikle yatırım kararının ardından ortakların malvarlığının sürekli olarak izlenmesi karmaşık ve son derece maliyetlidir. Ayrıca yatırım kararından önce hissedarların malvarlıklarına ilişkin araştırma yapılması da buna değmez. Özellikle hissedar sayısı çok fazla ise, alacaklıların bakış açısından ortakların malvarlığını incelemek yerine yatırdığı sermayenin şirket tarafından uygun şekilde güvence altına alınması ya da özel özerk yollarla sorumluluğun sınırlandırılması konusunda anlaşmaya varılması daha karlı görünecektir⁹⁸. Dolayısıyla sorumluluğun sınırlandırılması, sadece sözleşme taraflarının sorumluluk sınırlaması olmaksızın da bağımsız olarak üzerinde anlaşabilecekleri bir konunun yasal bir kural olarak belirlenmesini sağlayarak bu konuda ortaya çıkması muhtemel müzakere maliyetlerini azaltması noktasında fayda sağlayacaktır⁹⁹.

Sonuç olarak tıpkı ortaklar gibi alacaklılar da fiilen bilgi edinmek konusunda bir çaba içerisinde olmayacağından sınırsız sorumluluk durumunda dahi herhangi bir bilgi maliyetine maruz kalmayacaktır. Alacaklılar, hissedar varlıklarının önemli bir ek sorumluluk kütlesi oluşturmadığını varsayacak, yalnızca şirketin mali durumu hakkında bilgi edinecektir. Dolayısıyla alacaklıların izleme maliyetini düşürdüğü yönündeki argüman da sınırlı sorumluluğu gerekçelendirmek için yeterli olmayacaktır¹⁰⁰.

97 Trautmann, s. 141; Halmer, s. 22-23.

98 Trautmann, s. 136; Halmer, s. 22; Easterbrook/Fischel, s. 94, 95.

99 Trautmann, s. 137. Ancak belirtmek gerekir ki, bu maliyetin düşük olacağı varsayılmamalıdır. Zira şirkete öz veya borç sermayesi veren kişi ne kadar fazla ise bu maliyet de o kadar artacaktır. Bkz. Halmer, s. 61, 65.

100 Gloger, s. 22.

1.3.2.6. Sınırlı Sorumluluğun Pay Devrini Kolaylaştırması

Sınırlı sorumluluk ilkesini gerekçelendirmek için dile getirilen argümanlardan bir diğeri pay devrini kolaylaştırmasıdır. Şöyle ki, sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir sistemde hamile yazılı senet çıkartmak, dolayısıyla bu senetlerin sağladığı pay devir kolaylığından yararlanmak pek mümkün değildir. Zira hamile yazılı senede zilyet olan kişinin tespiti zor olacağından hamil kolayca sorumluluktan kaçabilir ve böylece sınırsız sorumluluk anlamsız hale gelir. Bu nedenle sınırlı sorumluluk, payların kolayca el değiştirmesine imkân tanıyan hamiline yazılı payın ön şartıdır. Sınırsız sorumluluk öngörüldüğünde senedin nama yazılı olması gerekir¹⁰¹.

Nitekim sınırlı sorumluluk durumunda dahi, hamiline yazılı senet sahiplerinin sermaye koyma borçlarını ödemekten kaçınmalarının önüne geçebilmek için sermaye taahhüdünü peşin ödeme şartı öngörülmüş, karşılığı peşin ödenmediği takdirde hamiline yazılı pay senedi çıkartılması yasaklanmıştır (TTK m. 484/2). Ayrıca karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devri konusunda şirketin onayı aranmıştır (TTK m. 491)¹⁰².

1.3.2.7. İşletmesel Riskleri En Uygun/Ucuz Risk Taşıyıcısı Olan Alacaklılar Üzerine Transfer Etmesi

Banka gibi güçlü konumdaki alacaklılar, yüksek müzakere gücü sayesinde teminat talep ederek kendilerini güvence altına alabilir veya risklerini farklı şekilde çeşitlendirebilir. Ancak özellikle halka kapalı şirketlerde ortaklar, bütün sermayesini tek bir şirkete yatırdığından ve genellikle şirketin borçları için alacaklılar lehine kefil olduklarından risklerini çeşitlendiremezler¹⁰³. Dolayısıyla, kural olarak alacaklılar, en maliyet etkin risk taşıyıcısıdır¹⁰⁴. Sınırlı sorumluluk, işletmesel riski en maliyet etkin şekilde taşıyabilen

101 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1035; Smith, s. 1207; Millon, s. 1313. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 26.

102 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1035.

103 Halmer, s. 13, 29, 138.

104 Thompson, Robert B.: Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, CLR, July 1995, Vol. 76, Issue 5, s. 1039; Halmer, s. 12, 29, 138.

alacaklılar üzerine transfer etmektedir¹⁰⁵. Zira alacaklılar, özellikle halka kapalı şirket ortaklarına nazaran risk yönetimini daha iyi yapabilmektedirler.

Ancak alacaklıların her zaman en maliyet etkin risk taşıyıcısı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira özellikle işçi ve tüketici gibi zayıf konumdaki alacaklılar, bir sözleşme ilişkisi kapsamında alacaklı konumuna gelmelerine rağmen teminat veya risk primi talep etmek suretiyle risklerini yönetemezler¹⁰⁶. Dolayısıyla bu tür alacaklılar açısından en maliyet etkin risk taşıyıcısı oldukları gerekçesiyle sınırlı sorumluluğu temellendirmek mümkün değildir. Nitekim yargı uygulamasında bu durum göz önünde bulundurularak işçi alacağı söz konusu olduğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha esnek yaklaşmakta, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak işletmesel risk işçilere kıyasla daha maliyet etkin risk taşıyıcısı olan ortaklar üzerine transfer edilmektedir. Benzer bir durum haksız fiil alacaklıları açısından da geçerlidir. Nitekim haksız fiil alacaklıları, kendi rızaları dışında alacaklı konumuna geldiklerinden işletmesel riskler hakkında müzakere etmeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla özellikle ABD hukukunda mahkemeler, haksız fiilden kaynaklı bir alacak söz konusu olduğunda, sözleşmeden kaynaklanan alacaklara kıyasla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha olumlu yaklaşmakta, tüzel kişilik perdesini kaldırarak, işletmesel riski en maliyet etkin risk taşıyıcısı konumunda olan şirket ortakları üzerine geri transfer etmektedir. Hatta öğretilerde bazı yazarlar, haksız fiil alacaklıları bakımından sınırlı sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılması gerektiğini dahi savunmaktadır¹⁰⁷.

1.3.2.8. Sınırlı Sorumluluğun Sermaye Toplama İşlevi

Sınırlı sorumluluğu temellendirmek için çeşitli gerekçeler ileri sürülmekle birlikte ana gerekçe, girişimciliği teşvik ederek büyük sermaye gerektiren projelerin finansmanını

105 İki tarafın riskten kaçındığı durumlarda optimal olan, taraflardan her birinin bir miktar risk taşımasıdır. Sınırlı sorumluluk, buna imkân tanıyan bir risk paylaşım anlaşmasıdır. Sınırlı sorumluluk altında hem hissedarlar hem de alacaklılar yatırımlarının kaybını riske atar; sınırsız sorumluluk durumunda ise, neredeyse tüm riski sadece hissedarlar üstlenir. Bu nedenle, risk paylaşımı, sınırlı sorumluluğa iyi bir gerekçe oluşturabilir. Bkz. Easterbrook/Fischel, s. 101.

106 Thompson, s. 1040; Hansmann/Kraakman, s. 1916 vd.

107 Millon, s. 1308. Benzer yönde bkz. Muchlinski, s. 920 vd.

sağlamaktır¹⁰⁸. Kanun koyucu, tüzel kişileri -özellikle de sermaye şirketlerini- girişimci faaliyetleri teşvik etmek için bir hukuk politikası aracı olarak yaratmıştır¹⁰⁹. Bu aracın işlevsel hale gelebilmesi için de zorunlu olarak üyelerin sorumluluğunu sınırlandırmıştır¹¹⁰.

Gerçekten de, gelecek vaat eden ticari bir fikrin gerçekleştirilebilmesi için genellikle büyük çaplı sermayeye ihtiyaç duyulur. Bu ihtiyacı karşılamak için kredi kullanılması düşünülebilir. Ancak aynı zamanda bünyesinde belli oranda risk barındırdıklarından, bu projeleri kredi yoluyla finanse etmek ya hiç mümkün olmaz ya da kredi karşılığında yüksek miktarda faiz ödenmesi gerekir. Bireylerin finansal gücünü aşan bu tür riskli projeleri finanse etmenin en işlevsel yolu sermaye birikimidir. Ancak sınırsız sorumluluk durumunda, kayıp riskinin çok yüksek olması, bireylerin yatırım yapma isteğini azaltır. Bu noktada sınırlı sorumluluk, şirket ortaklarının kayıp riskini yatırılan sermaye miktarı ile sınırladığından yatırım isteğinin artmasına, dolayısıyla sermaye birikimine imkân tanır¹¹¹. Tıpkı patent sahibine tanınan tekel hakkı, kişiyi araştırma yapmaya teşvik ettiği gibi, sınırlı sorumluluk ilkesi de bireyleri yatırım yapmaya teşvik eder¹¹². Dolayısıyla ortakların yatırım yapmasının ön koşulunun, sağladıkları katkıya karşı sorumluluklarının sınırlandırılması olduğunu söylemek mümkündür¹¹³.

108 Lehmann, s. 353; Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 951; Gloger, s. 24; Schall, Glaubigerschutz, s. 286; Vandekerckhove, s. 4; Tan/Wang/Hofmann, s. 147-148; Smith, s. 1169; Bainbridge, s. 495; Topaloğlu, Mustafa: Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Ankara 2010, s. 2083; Şahin, Ayşe: Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması, LHD, 2022, C. 20, Sa. 233, s. 1606.

109 Yanlı, s. 113; Trautmann, s. 60; Schall, Glaubigerschutz, s. 294. Hem sözleşmesel hem de haksız filden kaynaklanan alacaklar açısından geçerli olduğundan, sınırlı sorumluluğun yalnızca yatırımı teşvik etkisi sebebiyle savunulamayacağı, zira haksız fiil alacaklılarının zayıf konumda olduğu, sınırlı sorumluluğun işletmesel riskleri bu tür zayıf alacaklılar üzerine transfer amacı güttüğü yönünde bkz. Millon, s. 1311.

110 Yanlı, s. 113; Göger, s. 44; Trautmann, s. 69.

111 Lehmann, s. 354; Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1035; Gloger, s. 24; Macey, s. 437; Şahin, s. 1606; Topaloğlu, s. 2083.

112 Lehmann, s. 354.

113 Trautmann, s. 88; Göger, s. 44.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin sermaye toplama işlevi açıklanırken, sıklıkla 19. yüzyılın sonlarındaki demiryolu hatlarının inşasına atıfta bulunmaktadır¹¹⁴. Tarihsel sürece bakıldığında, tek başına devletin mali gücünün yeterli olmadığı bu gibi büyük ölçekli projelerin nasıl finanse edileceği düşünülmüş, yapılan ekonomik analizler sonucunda bunun ancak yatırımcıların sorumluluğunun sınırlandırılması yoluyla mümkün olacağı kanaatine varılmıştır. Bu tespit yapıldıktan sonra, böyle bir yapılanmanın hangi yasal form çerçevesinde oluşturulacağı sorusu gündeme gelmiş, mal topluluklarına ayrı bir tüzel kişilik verilerek bu amaca ulaşılabileceği sonucu ortaya çıkmıştır¹¹⁵. Kısaca yasa koyucu, belirli bir büyüklükteki malvarlığı kütesinin ortaya çıkmasını mümkün kılmak için, sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu sermaye şirketi enstrümanını oluşturmuştur¹¹⁶.

Günümüzde de, özellikle biyoteknoloji ve bilgisayar yazılımı gibi teknolojik yeniliklere yapılan yatırımlar önemli miktarda sermaye gerektirdiğinden ve bu girişimler yeni olması sebebiyle yüksek risk içerdiğinden, bu alanlarda da sınırlı sorumluluğun sermaye toplama işlevinden sıkça yararlanılmaktadır¹¹⁷. Özellikle de projeleri yüksek risk içermekle birlikte muazzam inovasyon potansiyelleri nedeniyle ekonomik açıdan olumlu beklenen değere sahip start-up'lar, sınırlı sorumluluk sayesinde ihtiyaç duydukları sermayeye daha kolay erişebilmektedir¹¹⁸.

Gerçekten de, sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda ekonomik olarak büyük güce sahip olan kişiler, bütün malvarlıklarını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalacaklarından yatırım yapmak konusunda isteksiz davranırlar ve bu yüzden küçük yatırımcılar daha önemli hale gelir. Ancak küçük yatırımcılar açısından da, hayati giderlerini karşılamak için gerekli olan varlıkları kaybetme riski vardır. Bu nedenle malvarlığı ne kadar düşükse, bireyler o kadar yoğun bir şekilde kayıp hisseder ve bu kaybı o kadar olumsuz değerlendirir. Rasyonel bir yatırımcı, geçim kaynağının önemli bir bölümünü kaybetmekten mümkün olduğunca kaçınır ve yalnızca kayıp riskini önemli ölçüde

114 Lehmann, s. 354; Roth, s. 372; Gloger, s. 24; Tan/Wang/Hofmann, s. 148-149; Göger, s. 44.

115 Trautmann, s. 63; Schall, Glaubigerschutz, s. 284.

116 Yanlı, s. 75; Trautmann, s. 64; Smith, s. 1169.

117 Gloger, s. 24, 25.

118 Trautmann, s. 103; Easterbrook/Fischel, s. 97; Millon, s. 1312.

etkileyebileceği ve kazanma şansı kaybetme olasılığından çok daha yüksek olduğu takdirde yatırım yapmayı tercih eder¹¹⁹.

İngiliz sigorta şirketi Lloyd's of London örneğinde görüldüğü gibi, büyük malvarlığına sahip kişilerin, sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir şirkete katılmaları, sınırlı sorumluluğun sermaye toplama için gerekli bir enstrüman olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu gibi istisnai durumlarda, kişilerin sınırsız sorumluluğa rağmen yatırım yapmalarının çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Şirketin uzun bir süre boyunca edindiği itibar, şirketin mevcut kayıp riskinin sosyal olarak neredeyse alışılmış düzeyde düşük olması ve şirkete üyeliğin ortaklara sağladığı statü bunlardan bir kaçıdır. Zira Lloyd's of London bilinçli risk tercihiyle yatırım yapılan bir yatırım biçiminden ziyade seçkin bir kulüp olarak algılanmaktaydı. Bu nedenle, Lloyd's örneği rasyonel yatırımcıların risk iştahı hakkında doğru bir gösterge değildir. Nitekim Lloyd's örneği sık sık ortaya çıkmamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, ticari hayatta rasyonel ve ticari teamüllere uygun hareket etmeyen bireylerin bulunması da olasıdır. Çok sayıda proje için büyük miktarda sermaye toplanmak isteniyorsa, bu tür istisnai örneklerle değil, nüfusun büyük çoğunluğunun yatırım davranışına odaklanması gerekir. Bu nedenle Lloyd's of London örneğinde olduğu gibi genel ticari teamüllere uymayan istisnai davranışlar, sermaye toplamak için sınırlı sorumluluğun gerekliliğiyle çelişmemektedir¹²⁰.

Sorumluluğun sınırlandırılmasının sermaye toplama işlevi, hem anonim hem de limited şirketler için geçerlidir. Kanun koyucu, anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirket ile de girişimci faaliyetini teşvik etmeyi amaçlamıştır¹²¹. Bununla birlikte limited şirketler, düşük bütçeli projeleri yürütmek için kurulduğundan, sınırlı sorumluluğun sermaye toplama işlevi limited şirketler açısından daha az önemlidir¹²².

119 Peterson, s. 64; Millon, s. 1312. Özel risk eğilimleri, yanlış değerlendirmeler gibi başkaca etmenler ortaya çıkmadığı sürece, ekonomik olarak rasyonel hareket eden ortakların, sadece kar beklentisi riskinden daha yüksek olan alanlara yatırım yapacağına ilişkin benzer yönde bkz. Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 955, 956.

120 Örnek ve daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Trautmann, s. 90-91.

121 Trautmann, s. 67, 94.

122 Trautmann, s. 94.

Sonuç olarak, riskli bir girişime yatırım yapması istenen ancak yönetim üzerinde doğrudan kontrole sahip olmayan kişilerin, varlıklarının tamamı şirket alacaklılarına güvence oluşturduğu takdirde yatırım yapmak konusunda isteksiz olacakları kabul edilmiş ve bu nedenle yatırımcıların sorumluluğu sınırlandırılmıştır¹²³.

1.3.2.9. Sorumluluğun Sınırlanmasının Risk Çeşitlendirmesine İmkân Tanınması

Sınırlı sorumluluk, yatırımcıların risklerini çeşitlendirerek azaltmalarına imkân tanır¹²⁴. Zira sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu birden fazla şirkete yatırım yapılması genel olarak kayıp riskini azaltır. Bireyler yatırım yapılan şirketlerden biri iflas ettiğinde tüm varlıklarını değil, yalnızca o şirkete yatırdığı miktarı kaybeder. Yatırım yaptığı diğer şirketin kar etmesi durumunda ise zararını telafi şansını elde eder¹²⁵. Bu nedenle bölünerek yapılan yatırımların toplam riski, sadece bir alana yapılan yatırımların bireysel risklerinin toplamından daha azdır¹²⁶. Bu özellikle farklı sektörlerde faaliyet gösteren şirketlere yatırım yapıldığı takdirde geçerlidir¹²⁷. Mecazi olarak ifade etmek gerekirse girişimci, sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu birden fazla şirkete yatırım yaparak tüm yumurtalarının bir sepete koyup sepet düştüğünde yumurtaların tamamının kırılmasının önüne geçer¹²⁸. Bu nedenle farklı alanlara yatırım yapmanın ortaya çıkardığı çeşitlendirme etkisi, girişimci açısından riski azaltmak ve getirileri optimize etmek için önemli bir araçtır. Bu imkân riskli projelere daha fazla yatırım yapılmasının önünü

123 Hackney/Benson, s. 840.

124 Trautmann, s. 103; Macey, s. 450; Mühlens, s. 38; Smith, s. 1207; Peterson, s. 64; Millon, s. 1312; Bainbridge, s. 491. Şüphesiz, yatırımcıların risk çeşitlendirmesi yoluyla zararlarını minimize etmesi, bu risklerin alacaklılar üzerine transferi anlamına gelir. Ancak öğretilerde, banka gibi kurumsal alacaklıların risklerini ortaklardan daha iyi çeşitlendirebileceği, halka kapalı şirketlerde ortaklar bütün malvarlığını tek bir şirkete yatıracığından, alacaklıların, ortaklara kıyasla, risk çeşitlendirmesi yoluyla kendilerini daha iyi koruyabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Halmer, s. 13. Benzer yönde bkz. Hansmann/Kraakman, s. 1887, 1917.

125 Halmer, s. 13.

126 Bu nedenle yatırımcı açısından münferit yatırımdan ziyade portföyünün genel riski önem arz eder.

127 Risk çeşitlendirmesi, özellikle yeni kurulan bir şirketin başarı elde etmesi ve yabancı olduğu yeni alanlara yatırım yapmak istemesi halinde önemli bir rol üstlenir. Bkz. Halmer, s. 60.

128 Trautmann, s. 92; Easterbrook/Fischel, s. 97; Macey, s. 450.

açar¹²⁹. Zira bir yatırımcı yatırım çeşitlendirmesi yoluyla kendi risk iştahına karşılık gelen veya en azından ona çok yaklaşan bir yatırım portföyü oluşturabilir¹³⁰. Çeşitlendirilmiş bir yatırım portföyünün sahibi, yatırımlarının küçük bir kısmının sonuç vermeme riskini üstlenmeye daha isteklidir¹³¹.

Yukarıda söylenenler çerçevesinde, bir kişinin birden fazla şirket kurarak faaliyetlerini sürdürmesi, aksi somut delille ispatlanmadıkça alacaklılara zarar vermek kastıyla değil, riskini çeşitlendirme iradesiyle hareket ettiğinin bir göstergesidir. Her iki şirketin kuruluş tarihi aynı veya yakınsa, özellikle sorumlu tutulmak istenen şirket borçlu şirketten daha önce kurulmuşsa ve şirketlerin faaliyet alanları farklı ise kural olarak alacaklılara zarar verme kastından bahsetmek mümkün değildir¹³². Bununla birlikte ilk kurulan şirket borçlarını ödeme kabiliyetini kaybettikten sonra yeni bir şirket kurularak aynı faaliyetlere devam edilmesi söz konusu ise bu durumda alacaklılara zarar verme kastından bahsedilebilir¹³³. Ancak eski şirketten yeni şirkete malvarlığı transferi söz konusu değilse bu ihtimalde dahi alacaklıların zararına hareket kastından bahsetmek mümkün değildir.

Sınırsız sorumluluk durumunda ise, risk çeşitlendirme imkânından yararlanmak mümkün değildir. Zira çeşitlendirme etkisi, risk düşük olduğunda ortaya çıkar. Sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu birden fazla şirkete yatırım yapmak, -bu şirketler farklı alanlarda faaliyet gösterse dahi- riskin artmasına neden olur¹³⁴. Zira sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir sistemde yatırım yapıldığında şirketin borçları kadar malvarlığının

129 Trautmann, s. 92; Smith, s. 1207.

130 Trautmann, s. 92; Mühlens, s. 38; Smith, s. 1207; Halmer, s. 15.

131 Easterbrook/Fischel, s. 94. Halka kapalı şirketlerde ise ortaklar, genellikle tek bir şirkete yatırım yaptıklarından risk çeşitlendirmesinin yatırıma teşvik etkisi çok fazla ortaya çıkmaz. Bu yüzden sınırsız sorumluluk bu tür ortakları yatırımdan kaçınmaya daha fazla teşvik eder. Hansmann/Kraakman, s. 1918.

132 Benzer yönde bkz. Kendigelen, Abuzer: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2012, s. 34.

133 Benzer yönde bkz. Y.23.HD, T.26.6.2018, E.2015/9728, K.2018/3743: “Organik bağ, iktisadi bütünlük ve yönetsel özdeşliğin saptandığı, davada inşaat yapım sözleşmesini devralan şirket sahiplerinin daha sonra şirketi devretmesi ve aynı gün yeni şirket olan davalı diğer şirketi açmış olmaları davalı şirketlerin farklı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup...”

134 Trautmann, s. 105.

kaybı riski ortaya çıkar. Birden fazla şirkete yatırım yapıldığında yatırım yapılan şirket sayısı kadar bu risk artar¹³⁵. Bu nedenle bireyler, sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir sistemde çok sayıda şirkete yatırım yapmak yerine sadece yönetim üzerinde etki edebildiği az sayıda şirkete yatırım yapmayı tercih eder¹³⁶. Her ne kadar malvarlığı çok az olan kişiler bakımından çok sayıda şirkete yatırım yapmak önem arz etmese de, varlıklı kişiler yatırımlarını, yönetimini etkileyebildiği tek bir şirkete yönlendirerek riskini sınırlar veya yatırım yapmaktan tamamen kaçınır¹³⁷.

1.3.2.10. Olumlu Beklenen Değere Sahip Projelere Yatırımı Teşvik Etkisi

1.3.2.10.1. Girişimcilerin Risk Eğilimi

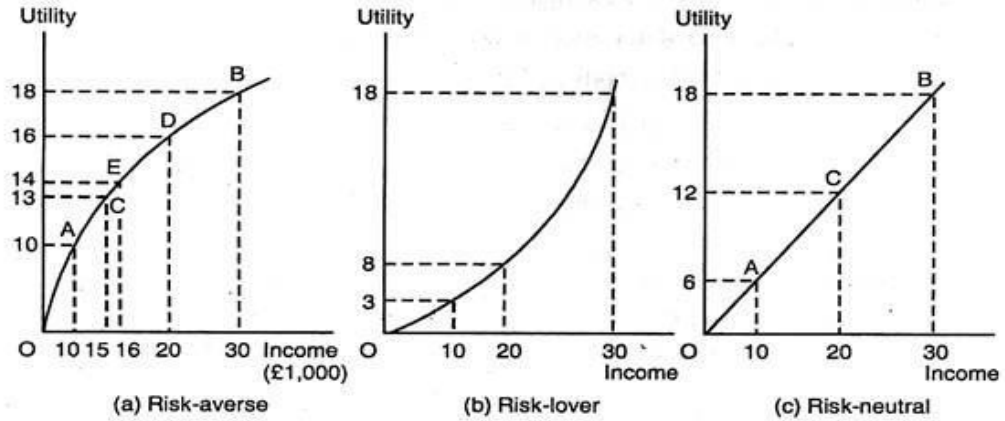
Bireyler, yatırım yaparken kendi risk eğilimi doğrultusunda hareket eder. Bu nedenle sınırlı sorumluluk ilkesinin yatırımı teşvik etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle yatırımcıların risk eğilimi üzerinde durmakta fayda vardır. Risk eğilimi, bir karar vericinin sonuçları net olmayan alternatif bir eylemi seçerek bir dereceye kadar riski kabul etmesini ifade eder. Bu noktada, risk almaya istekli, risk konusunda tarafsız ve riskten kaçınan olmak üzere toplam üç farklı yatırımcı grubu vardır. Bir yatırımcı ne kadar riskten kaçınırsa, kayıp riskini o kadar olumsuz değerlendirir ve kazanma şansını o kadar az olumlu değerlendirir. Bir yatırımcı risk konusunda nötr ise kazanma şansını kaybetme riskiyle eşit tutar. Risk almaya istekli yatırımcı ise, kazanma şansını kaybetme riskinden daha olumlu olarak değerlendirir. Risk durumu nötr olan yatırımcılar için yatırım risklerinin çeşitlendirmesi önemsizdir ve bu kişiler beklenen değeri aynı olan tüm alternatif yatırım tercihlerine karşı eşit mesafededir. Risk almaya istekli yatırımcılar, düşük beklenen değere sahip ve düşük risk içeren yatırım yerine, yüksek beklenen değere sahip ve yüksek risk içeren yatırım alternatifini tercih eder. Riskten kaçınan yatırımcı ise

135 Trautmann, s. 91, 105; Halmer, s. 15-16; Easterbrook/Fischel, s. 90, 97.

136 Trautmann, s. 91; Smith, s. 1207; Bainbridge, s. 490. Nitekim bu nedendir ki, sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu şirketlerde, özden organ ilkesi gereği ortakların yönetim organında eşit şekilde söz hakkı olması sağlanmaktadır. Ancak çok ortaklı halka açık şirketlerde buna imkân tanımak oldukça zordur. Bu nedenle sınırlı sorumluluk, ortakların yönetim organına dâhil olma isteğini kırarak çok ortaklı şirketlerin karar alma sürecini kolaylaştırmaktadır. Bkz. Bainbridge, s. 490.

137 Trautmann, s. 92; Easterbrook/Fischel, s. 90, 97; Bainbridge, s. 491; Thompson, s. 1040.

düşük beklenen değere sahip ve düşük risk içeren yatırım tercihine yönelir¹³⁸. Yatırımcıların risk eğilimi fayda grafiklerinin şekliyle yakından ilişkilidir. Riskten kaçınan yatırımcı iç bükey fayda grafiğine sahipken; risk almaya istekli yatırımcı dış bükey fayda grafiğine sahiptir. Risk konusunda nötr olan yatırımcıların fayda grafiği ise düzdür. Yatırımcıların risk tercihine göre fayda grafiği aşağıda gösterildiği gibidir¹³⁹.



Bir girişimci, yatırım yapmadan önce mevcut alternatif yatırımların getiri ve götürü miktarını inceler ve bunlardan hangilerinin kendi risk iştahına uygun düşeceğine karar verir. Yönetim organları yatırım kararlarını hissedarlar tarafından belirlenen risk tercihi temelinde aldığından, bir şirketin risk tercihi genellikle hissedarlarının risk tercihi ile paraleldir¹⁴⁰. Dolayısıyla kural olarak tıpkı gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de riskten kaçınır. Hatta yöneticilerin görevi kötüye kullanma durumunda kişisel olarak sorumlu tutulması korkusu nedeniyle bireysel olarak da riskten kaçınacakları ve hissedarlardan farklı olarak risk çeşitlendirmesi yoluna başvuramayacakları dikkate alındığında bir şirket

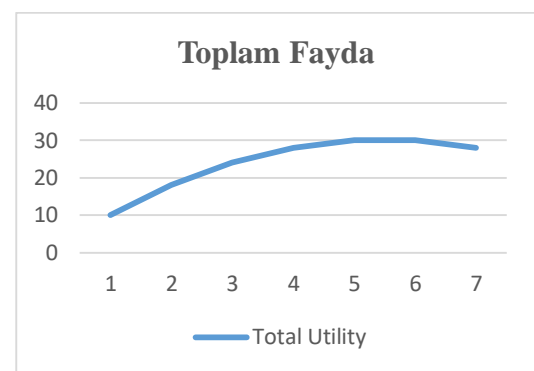
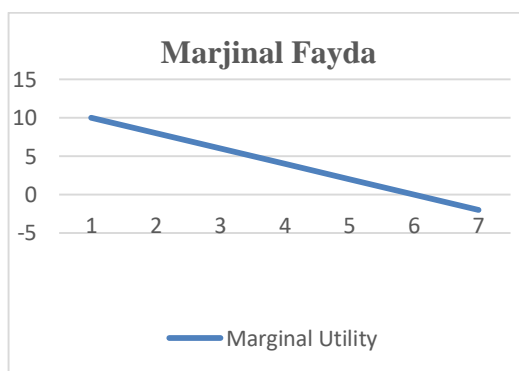
138 Friedman, Milton/Savage, L.J.: The Utility Analysis of Choices Involving Risk, JPE, 1948, Vol. 56, s. 279 vd.; Trautmann, s. 98. Bu konuda şu şekilde bir örnek verilebilir: Bir yarışmada katılımcıya iki oyun sunulur. Eğer birinci oyun oynanırsa katılımcı kesin olarak 100 TL kazanır. Ancak ikinci oyun oynanırsa 200 TL kazanma şansı %50'dir. Bu örnekte riskten kaçınan kişiler, her iki oyunun nihai beklenen değeri 100 TL olmasına rağmen kazancın kesin olduğu ilk oyunu tercih eder. Risk nötr kişi açısından bu iki oyun arasında herhangi bir fark söz konusu değildir. Risk almaya meyilli kişi ise riskli olmasına rağmen ikinci oyunu tercih eder. Örnek için bkz. Halmer, s. 12, dn. 5.

139 Grafik için bkz. <https://www.economicdiscussion.net/choice-under-uncertainty/choice-under-uncertainty-with-diagram/16314>.

140 Trautmann, s. 100; Gloger, s. 32. Özellikle tek kişilik şirkette bu birebir aynıdır. Bkz. Halmer, s. 90.

genellikle hissedarlarına oranla daha fazla riskten kaçınır¹⁴¹. Bu durum pozitif beklenen değere sahip olmasına rağmen çok sayıda projenin gerçekleşmemesine neden olur¹⁴².

Yatırımcıların riskten kaçınmasının temelinde malvarlığının azalan marjinal faydası teorisi yatmaktadır¹⁴³. Bu teoriye göre, her bir ek gelir birimi bireylere giderek daha az fayda getirir. Tersine gerçekleşen her kayıp daha büyük bir fayda kaybına neden olur¹⁴⁴. Tüketim/gelir miktarı arttıkça elde edilen marjinal faydanın azalışını ve toplam faydanın azalarak artışı aşağıdaki iki grafikte görmek mümkündür.



Bireylerin malvarlığındaki azalışa artıştan daha çok önem vermesi, malvarlığının çekirdek kısmının temel ihtiyaçları karşılaması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Malvarlığının çekirdek kısmı temel ihtiyaçları karşıladığından bireyler malvarlığının bu kısmına büyük bir değer atfeder. Bu nedenle bir birey, kalan malvarlığı ne kadar az olursa, o kadar yoğun bir şekilde kayıp hisseder. Bireylerin serveti genellikle sınırlı olduğu için servet kaybından edindiği olumsuz izlenim, servet artışından edindiği olumlu izlenimden daha yoğundur. Dolayısıyla bir birey ne kadar az varlıklıysa o kadar çok riskten kaçınır. Risk bu tür bireyler tarafından finansal kayıpla eşdeğer kabul edilir¹⁴⁸. Esasen bu durum bireylerin statüko yanlısı tutumuyla da ilgilidir. Nitekim bireyler şartlar farklı olduğunda

141 Trautmann, s. 101.

142 Trautmann, s. 102; Halmer, s. 18; Easterbrook/Fischel, s. 97; Smith, s. 1208.

143 Bu hususta bkz. Koçaşlan, Gelengül: Risk Altında Karar Almada Neoklasik ve Alternatif Yaklaşımlar: Kayıplar Alanında Risk Tavrılarına İlişkin Davranışsal Bir Araştırma, İstanbul 2011, s. 5 vd.

144 Trautmann, s. 98; Koçaşlan, s. 5 vd.; Friedman/Savage, s. 280.

148 Bu hususta bkz. Trautmann, s. 99; Halmer, s. 12-13.

aynı durumda ve hatta daha iyi durumda olacak olsalar dahi mevcut durumlarını korumak isterler¹⁴⁹. Bu nedenle 1000 TL kazanmak yerine 1000 TL kaybetmemeyi tercih ederler¹⁵⁰.

Bu tespiti şu örnek üzerinden teyit etmek mümkündür. Bir kişiye iki seçeneği olan bir zar oyunu teklif edilir. Kişi zarı atabilir ve 1/6 olasılıkla 1'den 6'ya kadar olası bir rakam gelebilir. Veya oynamaktan kaçınabilir. Kişi zarı atmaktan kaçınırsa hiçbir şey yapmadan 3,5 TL, zarı atarsa, attığı sayıyı TL cinsinden tutar olarak, örneğin 1 attığında 1 TL, 2 attığında 2 TL alır. Dolayısıyla kişi zar attığı takdirde elde edeceği muhtemel ortalama miktar da $(1.1/6+2.1/6+3.1/6+4.1/6+5.1/6+6.1/6=3,5 \text{ TL})$ atmama durumunda alacağı miktarla (3,5 TL) eşittir¹⁵¹.

Bu teklif karşısında çoğu kişi, zarı atmamayı ve 3,5 TL'yi almayı tercih eder. Tutar artırıldığında ve atmama için 3,5 milyon TL; 1 atış için 1 milyon TL, 2 atış için 2 milyon TL vb. verildiğinde riskten kaçınma ihtimali daha da netleşir. Bu ihtimalde bireylerin büyük çoğunluğu zarı atıp sadece 1 milyon TL alma riskine girmek yerine, zarı atmayı hediye olarak 3,5 milyon TL'yi almayı tercih eder. Görüldüğü üzere zar atmanın veya atmamanın beklenen değeri aynı (3,5 milyon TL) olmasına rağmen bireyler bu iki alternatifini eşit olarak değerlendirmezler ve aynı ölçüde seçmek istemezler. Kişilerin zar atmayı seçmeleri için zar atılmaması durumu için önerilen 3,5 milyon TL'lik miktar, zar atıldığında elde edilecek muhtemel 3,5 milyon TL'lik beklenen değerden çok düşük örneğin, 1,5 milyon TL olmalıdır¹⁵².

149 Millon, s. 11320.

150 Bainbridge, s. 498.

151 Örnek için bkz. Trautmann, s. 99.

152 Örnek için bkz. Trautmann, s. 99-100. Benzer yönde örnek için bkz. Halmer, s. 12, dn. 5; Bainbridge, s. 498; Friedman/Savage, s. 280.

1.3.2.10.2. Sınırlı Sorumluluğun Bireylerin Risk Direncini Kırarak Yatırımı Teşvik Etmesi

Bir yatırımcının önünde gelecekteki çevresel koşullara bağlı olarak farklı sonuçlar veren bir dizi alternatif eylem söz konusudur. Yatırımcılar alacağı kararlarda bu alternatiflerin kar ve zarar olasılıklarını dikkate alarak hareket eder¹⁵³. Ancak her ne kadar bir plan dâhilinde hareket edilse de, özellikle piyasa koşulları iş başarısını belli oranda şansa bağlı hale getirir. Bu çok parlak girişimci fikirler için dahi geçerlidir¹⁵⁴. Her şey yolunda gittiğinde bu fikrin yaratıcısını, kararlılığını, cesaretini ve liderliğini övmek elbette kolay ve olağandır. Ancak işler kötü gittiğinde her şey tersine döner ve bütün işletmesel riskler girişimci (ortak) üzerinde kalır¹⁵⁵¹⁵⁶. Dolayısıyla girişimciler genellikle yatırım yapmak konusunda çekinceli davranır.

Bir kişi yatırım yapmadan önce yatırım konusu işlemin olası kar ve zararı arasındaki farktan oluşan beklenen değeri esas alır ve kendi risk iştahına göre yatırım yapıp yapmayacağına karar verir. Yatırımcılar risk konusunda kural olarak nötr olmadıklarından alternatif davranışların risk ve getiri seviyesi, karar verme süreçlerinde büyük önem taşır¹⁵⁷. Yapılan ön inceleme sonucunda bir projeden elde edilmesi muhtemel kar miktarı ortaya çıkması muhtemel zararı aşarsa söz konusu projenin beklenen değeri pozitif kabul edilir. Bir projenin uygulamaya konmadan önce yapılan

153 Trautmann, s. 95.

154 Schall, Glaubigerschutz, s. 300.

155 Schall, Glaubigerschutz, s. 300. Nitekim Greyerz, bir ortağın şirketteki konumunu ve üstlendiği riski şu ifadelerle dile getirmektedir: “*Pay sahibi şirkete sermaye getirir, buna karşılık yalnızca şirket kâr ettiğinde gelir elde eder ve şirketin iflas etmesi halinde tüm alacaklılardan daha geride bir pozisyondadır; yatırımının yönetimini üçüncü şahıslara – yani yönetim kuruluna ve yöneticilere bırakır; en temel ve yapısal değişikliklerde dahi çoğunluğa tâbi olmaktan başka şansı yoktur. Çoğunluk ilkesi ve yabancı malvarlığının işletilmesi ilkesi, pay sahibi için her daim var olan bir tehdittir.*” von Greyerz, Christoph: Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, ZBJV, 1984, Vol. 120, s. 441

156 Bu noktada girişimcilerin en önemli ve tehlikeli özelliği, aşırı iyimserliktir. Nitekim 2002 Nobel Ekonomi Ödülü sahibi mutluluk araştırması'nın temsilcisi Daniel Kahnemann'a göre, tüm şirket kurucularının %80'i piyasada kalıcı olarak kurulduğuna inanırken, %75'i beş yıl sonra ortadan kaybolmuştur. Bu aşırı iyimserlik, neredeyse kaçınılmaz olarak kriz dönemlerinde Anosognosiye yol açar ve artık girişimci şirketinin kötü durumunu fark edemez. Ancak bu irrasyonel aşırı iyimserlik olmadan ekonomik dinamizm düşünülemez. Bu çerçevede girişimcinin aşırı iyimserliğinin alacaklılarının zararına da etkisi olduğu için sorumlu olup olmayacağı sorusu önem arz etmektedir. Bkz. Schall, Glaubigerschutz, s. 300. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 60.

157 Trautmann, s. 96.

değerlendirme sonucunda beklenen değeri pozitifse riskin miktarı ne olursa olsun, o projeye yatırım yapılması ekonomik açıdan anlamlı kabul edilir. Projenin uygulanması sonucunda tahmin edilen olumlu sonucun gerçekleşmemesi de bu kabulü değiştirmez. Dolayısıyla bu tür projelere yatırım yapılması ekonomik açıdan arzu edilir. Ancak bireyler genellikle riskten kaçındıklarından bir proje ekonomik açıdan olumlu beklenen değere sahip olsa dahi aynı zamanda kayıp riski içerdiğinden uygulanması çoğu kez mümkün olmaz. Küçük zarar riski, daha olası olan büyük kazançlara yönelimi engelleyeceğinden, yatırımcılar pozitif net değeri olan yatırımlardan vazgeçebilir. İşte bu noktada -girişimcileri olumlu beklenen değere sahip projeleri gerçekleştirmeye motive eden- sınırlı sorumluluk ilkesinin önemi ortaya çıkar¹⁵⁸. Sorumluluğun sınırlandırılması ile birlikte üstlenilmesi muhtemel risk de sınırlandırılmış olacağından kural olarak sınırsız sorumluluktan daha yüksek bir beklenen değer ortaya çıkar ve bu da yatırım için teşvik oluşturur¹⁵⁹. Bu bağlamda sınırlı sorumluluğun, sınırsız sorumluluk söz konusu olsaydı üstlenilmeyecek ekonomik açıdan faydalı riski almayı teşvik ettiği söylenebilir¹⁶⁰. Bu noktada sermaye şirketleri, daha önce denenmemiş ekonomik konseptlerin ve iş fikirlerinin kişisel sorumluluk riski olmadan gerçekleşmesine imkân tanıyan yasal bir form olarak işlev görür¹⁶¹. Sınırlı sorumluluğun yatırımcı davranışı üzerindeki etkisini aşağıdaki tabloda görmek mümkündür¹⁶².

158 Trautmann, s. 97; Macey, s. 437; Wahl, s. 36, 37.

159 Trautmann, s. 103.

160 Yanlı, s. 76; Göger, s. 54; Halmer, s. 30; Millon, s. 1312; Vandekerckhove, s. 7; Peterson, s. 64.

161 Calise, Francesco: Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch auf andere juristische Personen als die GmbH anwendbar?, Köln 2006, s. 48.

162 İstatistik için bkz. Hermes, s. 89.

Şirket Seçiminde Etkili Olan Faktörler	Çok Önemli	Önemli	Az Önemli	Önemsiz	Fikrim Yok
Sınırlı Sorumluluk	70%	23,33%	6,67%	0	0
Şirket Yönetimini Etkileme İmkânı	23,33%	41,67%	25%	6,67%	3,33%
Vergisel Konular	18,33%	46,67%	20%	8,33%	6,67%
Şirketin Prestiji	8,33%	20%	35%	31,67%	5%
Şirketin Devamı Üzerindeki Etkiler	5%	15%	28,33%	45%	6,67%
Şirketten Ayrılabilme İmkânı	5%	21,67%	33,33%	36,67%	3,33%
Kuruluş Maliyeti	3,33%	18,33%	41,67%	30%	6,67%

Sorumluluğun sınırlandırılması, ekonomik açıdan mantıklı projeleri sadece ilk yatırım kararı sırasında değil, aynı zamanda daha sonra alınan diğer yönetsel kararlarda da teşvik eder¹⁶³. Dolayısıyla sadece pozitif beklenen değere sahip projelerin uygulanmasına değil, aynı zamanda bu projelerin verimli bir ölçekte sürdürülmesine de katkıda bulunur. Nitekim yatırımcıların genellikle riskten kaçınması sadece yatırımın ilk aşamasında değil yatırımın devamı aşamasında da projenin uygulanmasını engeller veya yavaşlatır. Yatırımcılar bir yatırım yapsalar dahi riskten kaçındıkları için faaliyetlerini daha küçük ölçekte tutarlar. Sınırlı sorumluluk sayesinde bunun önüne geçilebilir¹⁶⁴.

Sınırlı sorumluluk ilkesi yatırım konusunda özellikle gerçek kişiler açısından teşvik oluşturmaktadır. Zira gerçek kişiler ile tüzel kişiler riskli işlemlerden aynı derecede etkilenmemektedir¹⁶⁵. Bir tüzel kişi, kendi malvarlığı değerini aşan bir sorumluluk üstlenirse büyük olasılıkla feshedilir. Bu şirkette ortak olanlar tahsis edilen sermayeyi kaybeder ancak diğer faaliyetlerine devam edebilir. Ancak bir gerçek kişi böyle bir

163 Trautmann, s. 103.

164 Trautmann, s. 104.

165 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 974.

sorumluluğa maruz kalırsa, malvarlığının büyük çoğunluğunu kaybeder¹⁶⁶. Sadece icra iflas hukukundan kaynaklı gerçek kişilere yönelik icra edilemezliğe ilişkin hükümler borçlu gerçek kişinin geçimini bir dereceye kadar korur¹⁶⁷. Bu nedenle, insani ve anayasal nedenlerden ötürü gerçek kişilerin sorumluluğunun sınırlandırılması tüzel kişilere nazaran daha meşru kabul edilmekte¹⁶⁸, bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişilikte ortak olduğu topluluk ilişkisinde topluluk dışı şirketlere kıyasla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına daha sıcak bakılmaktadır.

Sorumluluğun sınırlandırılmasının yatırımı teşvik etkisi konusunda anonim ve limited şirket arasında herhangi bir fark yoktur. Ancak bir anonim şirket pay sahibi, kural olarak şirketinde bir limited şirket ortağına göre daha küçük hisseye sahiptir. Dolayısıyla anonim şirket pay sahibi hissesinden daha düşük bir getiri bekler; ancak karşılığında nispeten daha düşük bir risk taşır ve ek yatırımların yardımıyla riskini düzenli olarak daha kolay çeşitlendirerek azaltabilir. Limited şirket ortakları ise, farklı alanlara yatırım yapma imkânı olmasına rağmen varlıklarının büyük bir bölümünü genellikle tek bir limited şirkete yatırır, dolayısıyla farklı şirketlere yatırım yaparak riskini çeşitlendirme imkânı kısıtlıdır. Risk miktarı arttıkça riskten kaçınmanın arttığı dikkate alınır, bir limited şirket ortağının tipik olarak bir anonim şirket pay sahibinden daha fazla riskten kaçınarak yatırım yaptığı, sorumluluk sınırlamasının limited şirketlerde girişimciliği daha çok teşvik ettiği söylenebilir¹⁶⁹.

Ticari hayatta tedbirli hareket eden yatırımcıların dahi daha büyük riskleri göze aldığı, örneğin nükleer santrallerin yakınında ikamet ettiği, kaza ihtimali yüksek olmasına rağmen araç kullandığı veya uçakla seyahat ettiği günlük durumlarla yapılan kıyaslama, yatırım teşviki/sermaye birikimi için sorumluluğun sınırlandırılmasının gerekli olduğu gerçeğini değiştirmez. Çünkü bu tür risklerin göze alınması, sosyal açıdan doğaldır. Olağandışı faaliyetler içeren ticari girişimlerin aksine, olağan faaliyetlerin içerdiği riskler

166 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 964.

167 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 956; Gloger, s. 44-45.

168 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 965.

169 Trautmann, s. 105.

hakkında somut fikirlere sahip olmak toplumsal olarak alışılmış bir durum değildir¹⁷⁰. Bunu günlük hayatta gözlemlemek mümkündür. Şöyle ki, her davranış bünyesinde yok denecek kadar küçük bir olasılıkla bile olsa risk barındırır. Dolayısıyla bu tür sosyal davranışlarda risk bilinciyle hareket edildiği takdirde bireylerin yiyecek seçimini yutma ve boğulma riskine bağlı olarak yapması gerekir. Sosyal açıdan alışılmış tüm bu durumlarda bireylerin risk iştahları kararlarına yansımaz. Bu nedenle sosyal olarak yaygın riskli faaliyetler risk eğilimleri ve bunların yatırım davranışı üzerindeki etkileri hakkında yorum yapmaya izin vermez¹⁷¹. Yatırımcıların sosyal konularda çok daha riskli tercihler yaptığı gerekçesiyle sınırlı sorumluluğun yatırımı teşvik konusunda bir etkisinin olmadığı söylenemez.

Sonuç olarak sınırlı sorumluluk, girişimcinin geçim kaynaklarını tehlikeye atmadan, riskli ancak genel toplum için yararlı pozitif beklenen değere sahip projelerin gerçekleştirilmesine katkıda bulunur¹⁷². Çünkü yatırımcının uğrayacağı maksimum kayıp miktarı koyduğu sermayeyi aşmazsa şirketin uğrayacağı bu değer ötesine geçen kayıplardan etkilenmez¹⁷³. Bu da, yatırımcıların çok korktuğu ve bu nedenle olumsuz olarak değerlendirdiği asgari geçim kaynağının yok edilmesi tehlikesini¹⁷⁴ ortadan kaldırır¹⁷⁵. Risk miktarı düştüğü için pozitif beklenen değere sahip bir işlem girişimcinin

170 Trautmann, s. 89. Alacaklılar için potansiyel tehlikelerin, karayolu trafiğinin tehlikelerinden farklı olmayan sosyal bir risk olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle yatırımı teşvik argümanının sınırlı sorumluluğu temellendirmek için tatmin edici bir gerekçe olmadığı yönünde farklı görüş için bkz Schall, Glaubigerschutz, s. 295.

171 Bu hususta bkz. Trautmann, s. 90.

172 Trautmann, s. 102; Mülhens, s. 37; Easterbrook/Fischel, s. 97; Smith, s. 1208. Sınırlı sorumluluğun sadece yatırımı teşvik amacıyla gerekçelendirilemeyeceği, sınırlı sorumluluğun asıl amacının, işletme sahiplerinin aksi takdirde kendilerinin katlanmak zorunda kalacağı maliyetleri alacaklılara transfer ederek girişimcilik faaliyeti için bir sübvansiyon sağlamak olduğu yönünde bkz. Millon, s. 1325

173 Trautmann, s. 102.

174 Nitekim 2000 yılından beri AB Komisyonu adına her yıl gerçekleştirilen girişimcilik konusundaki Eurobarometer araştırmaları, sorumluluk tehdidi ile girişimcilik ruhu arasındaki bağlantıya dair açık ampirik kanıtlar sunmaktadır. Bu araştırmalardan birinde 10.000'den fazla AB vatandaşı ve 1.000'den fazla Amerikan vatandaşı bir iş kurma konusunda en çok korktukları risk hakkında sorular sorulmuştur. Ankete katılan Avrupalıların %47'si girişimcilik nedeniyle malvarlıklarını kaybetme olasılığını en çok korktukları risk olarak nitelendirmiştir. Ankete katılan Amerikalıların da %30'u benzer cevabı vermiştir. Bu hususta bkz. Hermes, s. 20.

175 Sınırlı sorumluluk ilkesinin temel amacının, girişimcilerin kişisel varlıklarını kaybetme korkusunu ortadan kaldırmak olduğu yönünde bkz. Bremm, Gerhard: Die Problematik einer Gesellschafterhaftung im Wege des Durchgriffs wegen materieller Unterkapitalisierung, Linz 2016, s. 61.

risk profiline daha uygun hale gelir ve girişimci yatırım yapmaya daha istekli olur¹⁷⁶. Böylece sıradan vatandaşlar küçük işletmeler kurarak sosyal merdivende yükselebilir. Aksi takdirde sadece malvarlığı fazla olan kişiler kendi işlerini kurabilir¹⁷⁷.

1.3.2.11. Yatırımı Teşvik Etkisinden Toplumun Bir Bütün Olarak Faydalanması

Yatırımı teşvik etkisi, sınırlı sorumluluğun öngörülmesinde ana gerekçeyi oluşturmakla birlikte, yine de tek başına işletmesel risklerin alacaklılar üzerine transfer edilmesini gerektirmek için yeterli değildir. Zira fırsat-risk dengesi göz önünde bulundurulduğunda yatırım yaparak bir getiri elde eden ve bu getirinin tamamından kendisi faydalanan kişinin, doğal olarak bunun risklerini de tek başına kendisinin üstlenmesi gerekir. Bu nedenle sınırlı sorumluluğu (riskin bir kısmını alacaklılar üzerine transfer etmeyi) meşrulaştırmak için yatırımı teşvik etkisinden başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulur¹⁷⁸. Bu gerekçe, yatırımı teşvik etkisinden sadece girişimcinin değil, toplumun tamamının bir bütün olarak yararlanmasıdır. Tabiri caizse köşedeki dükkânı kimse işletmezse sahibi kira gelirinden, devlet de vergi gelirinden mahrum kalır. Tek başına bu düşünce, girişimci faaliyetlerin riskinin bir kısmının sosyalleştirilerek alacaklılar üzerine transfer edilmesinin ana gerekçesini oluşturmaktadır¹⁷⁹.

1.3.3. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Ortaya Çıkardığı Olumsuz Sonuçlar

1.3.3.1. Genel Olarak

Sermaye sahiplerinin risk direncini kırarak ekonomik anlamda pozitif beklenen değere sahip projelere yatırımı teşvik etkisi dikkate alındığında, sınırlı sorumluluk ilkesinin genel anlamda olumlu bir etki doğurduğu söylenebilir. Ancak sınırlı sorumluluğun nihai

176 Trautmann, s. 103.

177 Smith, s. 1184; Bainbridge, s. 505.

178 Schall, Glaubigerschutz, s. 297.

179 Schall, Glaubigerschutz, s. 295, 298; Halmer, s. 18; Vandekerckhove, s. 7; Tan/Wang/Hofmann, s. 147; Wahl, s. 44; Göger, s. 53. Sınırlı sorumluluktan yatırımcıların yanı sıra üçüncü kişilerin de fayda sağladığı, örneğin istihdamın arttığı, tüketicilere daha uygun fiyata mal sağlandığı ancak bu faydalarına rağmen sınırlı sorumluluğun çok genişletilmemesi gerektiği, özellikle haksız fiil alacaklıları bakımından daha dar değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Millon, s. 1357.

bir fayda maliyet analizinin yapılabilmesi için ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlar üzerinde de durulması gerekir¹⁸⁰. Bu noktada sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı iki temel olumsuzluktan bahsetmek mümkündür. Bunlardan birincisi; yatırımcıları riskli ve dikkatsiz davranmaya teşvik, ikincisi ise, yatırımcılar tarafından üstlenilmesi gereken işletmesel risklerin herhangi bir karşılık olmaksızın alacaklılar üzerine transferidir¹⁸¹.

1.3.3.2. Riskli ve Dikkatsiz Davranmaya Teşvik Etkisi

Sınırsız sorumluluk durumunda riskin tamamını bizzat yatırımcılar üstlendiğinden, tüzel kişilik aracılığıyla alacaklılar üzerine bir risk transferi söz konusu olmaz. Bu nedenle bir projenin yatırımcı açısından beklenen değeri ile ekonomik anlamda beklenen değeri çoğunlukla birbiriyile aynıdır. Örneğin, kar beklentisi 200.000 TL kayıp riski 230.000 TL olan bir işlemin hem yatırımcı açısından hem de ekonomik açıdan nihai beklenen değeri negatiftir (200.000-230.000= -30.000). Zira ortak 50.000 TL sermaye yatırmış olsa dahi riskin tamamından (230.000 TL) sorumludur. Bu nedenle sınırsız sorumluluk durumunda ortaklar sadece ekonomik açıdan olumlu beklenen değere sahip projelere yatırım yapma eğiliminde olurlar¹⁸².

Sınırlı sorumluluk söz konusu olduğunda ise, fırsat-risk dengesi bozulduğundan ortaklar -sınırsız sorumluluk söz konusu olsaydı yapmayacakları- nihai beklenen değeri negatif olan projeleri de gerçekleştirme eğiliminde olurlar¹⁸³. Farklı bir deyişle, sosyal maliyetlerin kendi özel faydalarını aşip aşmadığı konusunda endişe duymayan hissedarlar, sınırlı sorumluluk kalkınının yokluğunda gerçekleştirmeyecekleri potansiyel olarak zararlı yatırımlara girişme eğiliminde olur¹⁸⁴. Bunun temelinde sınırlı sorumluluk söz konusu olduğunda, bir projenin ekonomik anlamda nihai beklenen değeri ile ortaklar açısından beklenen değerinin farklılık arz edebileceği gerçeği yatmaktadır. Şöyle ki,

180 Gloger, s. 31.

181 Gloger, s. 31; Vandekerckhove, s. 7; Maizes, s. 599-600; Smith, s. 1208.

182 Millon, s. 1344, 1349; Bozgeyik/Yavaşı, s. 302.

183 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 958; Gloger, s. 33; Halmer, s. 31, 32; Vandekerckhove, s. 8; Easterbrook/Fischel, s. 104; Maizes, s. 599-600; Imanalin, s. 89; Millon, s. 1307; Göger, s. 58.

184 Millon, s. 1325. Sınırlı sorumluluğun riskli davranışa teşvik etkisini, iflas istatistiklerinden gözlemlemek mümkündür. Nitekim Almanya'da 2002 yılında iflas eden 37.579 şirketten 19.770 (%52,60)'si sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu limited şirketti. Bkz. Hermes, s. 22.

sınırlı sorumlu girişimci, koyduğu sermayeyi aşan herhangi bir zarara katlanmak zorunda olmadığından risk değerlendirmesi yaparken söz konusu işlemin doğurma ihtimali olan gerçek riski değil sadece koyduğu sermayeyi dikkate alır. Ortaklar, yatırdıkları sermayeyi aşan riskleri alacaklılar üzerine transfer ettiklerinden, genel ekonomik açıdan olumsuz bir beklenen değere sahip olan bir proje ortakların bakış açısından olumlu olabilir. Bu nedenle bir yatırımın yatırımcı açısından beklenen değeri ile ekonomik açıdan beklenen değeri farklılaşır. Örneğin, kar beklentisi 200.000 TL kayıp riski 230.000 TL olan bir işlemin ekonomik açıdan nihai beklenen değeri negatif ($200.000-230.000= -30.000$) olmasına rağmen 50.000 TL yatıran bir ortak için bu projenin beklenen değeri pozitifdir ($200.000-50.000= 150.000$)¹⁸⁵¹⁸⁶. Dolayısıyla yatırımcılar, sadece ekonomik anlamda olumlu beklenen değere sahip projeleri değil, kendilerini etkileyen risklerin oranı elde edecekleri faydadan daha ağır basmadığı sürece aynı zamanda ekonomik anlamda negatif beklenen değere sahip projeleri de gerçekleştirir¹⁸⁷. Kısacası sınırlı sorumluluk ilkesi, sadece ekonomik anlamda nihai beklenen değeri pozitif olan projeler açısından değil aynı zamanda ekonomik anlamda nihai beklenen değeri negatif olan riskli projeler açısından da teşvik oluşturur¹⁸⁸. Yatırımcılar riskli olmasına rağmen getiri ihtimali daha yüksek olan projeyi tercih eder¹⁸⁹. Şirket yönetiminin risk algısının temelinde ortakların risk algısı yattığından, bu olumsuz etki tüzel kişi yatırımcılar için de geçerlidir¹⁹⁰. Ancak şirket yöneticilerinin şahsi sorumluluğu yöneticileri, dolayısıyla tüzel kişileri riskli davranmaktan bir nebze alıkoymak. Bu noktada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu da, ortakları riskli davranıştan alıkoymayı amaçlamaktadır.

185 Trautmann, s. 110, 112; Millon, s. 1344; Hansmann/Kraakman, s. 1883. Yatırımcı açısından olumlu ancak genel olarak olumsuz bir beklenti değerine sahip proje sayısının son derece az olduğu, dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin bu tür riskli projelerin gerçekleşmesine nadiren neden olacağı yönünde bkz. Trautmann, s. 112.

186 Benzer bir örnek için bkz. Bainbridge, s. 488-489.

187 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 958; Halmer, s. 32; Macey, s. 448; Millon, s. 1357; Bainbridge, s. 489; Hansmann/Kraakman, s. 1883.

188 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 958; Gloger, s. 33; Macey, s. 448; Peterson, s. 65; ; Millon, s. 1316, 1325; Hansmann/Kraakman, s. 1883.

189 Halmer, s. 81.

190 Gloger, s. 32; Halmer, s. 90. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sınırlı sorumluluk haksız fiil alacaklıları açısından da ihmalkâr davranışa neden olur. Zira sınırlı sorumluluk haksız fiilden kaynaklı borçlar için de geçerlidir. Bu nedenle ortaklar, şirketin neden olabileceği muhtemel haksız fiillere karşı sigorta yaptırma ihtiyacı hissetmezler. Bkz. Hansmann/Kraakman, s. 1882, 1888. Sınırlı sorumluluğun, sadece sözleşmesel alacaklılar aleyhine riskli davranışa teşvik oluşturduğu, haksız fiil alacaklıları açısından böyle bir durumun söz konusu olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Halmer, s. 57.

Sınırlı ve sınırsız sorumluluk durumunda yatırımcıların risk algısını her iki sorumluluk türünü de bünyesinde barındıran komandit şirket örneği üzerinden daha net bir şekilde gözlemlemek mümkündür. Komandit şirketlerde ortaklar, kazançtan eşit derecede yararlanırken, şirketin ödeme gücünü aşan talepler karşısında riskleri tek başına sınırsız sorumlu komandite ortak üstlenir¹⁹¹. Komandit şirket ortakları arasında risk dağılımının bu şekilde değişmesi teşvik yapısının da değişmesine neden olur. Sınırsız sorumlu komandite ortaklar, başlangıçta koydukları sermayeyi kaybetmiş olsalar dahi şirketin başarısında hayati bir çikara sahiptir. Dolayısıyla şirket sermayesi tükense dahi kayıpları minimumda tutmaya çalışırlar; ayrıca işletme risklerini sigortalarken teminat tutarını şirkete tahsis ettikleri malvarlığına göre değil, genel işletmesel riske göre belirlerler. Bu nedenle komandite ortakların sınırsız sorumluluğu, hem alacaklılara ek bir güvence hem de şirketin daha alacaklı dostu yönetilmesini sağlar¹⁹². Buna karşılık sınırlı sorumlu komanditer ortaklar, yatırdıkları sermayeyi aşan kısımdan sorumlu olmayacağından çok riskli projeleri gerçekleştirmek için istekli davranırlar. Nitekim bu nedenledir ki, komandite ortakların şirket yönetiminde görev almaları, şirketin risk politikası üzerinde bir etkiye sahip olmaları istenmemiştir. Bunu temin etmek adına, komandit şirketlerde yönetim yetkisinin komandite ortaklara ait olduğu (TTK m. 309/3; m. 318), şirket yönetiminde görev alan komanditer ortakların tıpkı komandite ortak gibi sorumlu olacağı öngörülmüştür (TTK m. 321)¹⁹³.

Esassen sınırlı sorumluluk ilkesinin riskli davranışa teşvik etkisi, yatırımın gerçekleştiği ilk aşamada pratik açıdan önemsiz görülebilir. Zira yatırımcılar genellikle riskten kaçındığından bir yatırımın nihai beklenen değeri kendileri açısından pozitif olsa dahi, en ufak bir risk söz konusu olduğunda yatırım yapmak konusunda nadiren istekli olurlar¹⁹⁴. Buna karşın yatırım yapıldıktan sonraki aşamada, özellikle şirket ekonomik anlamda kötü durumdayken sınırlı sorumluluğun olumsuz davranışları önemli ölçüde teşvik ettiği söylenebilir. Zira sınırsız sorumluluk söz konusu olduğunda ortaklar şirket krizdeyken

191 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 963.

192 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 963.

193 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 964.

194 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 958; Halmer, s. 32.

daha riskli davranmak isteseler de ortaya çıkacak ekstra maliyetleri kendilerinin üstlenecek olmaları, onları riskli davranmaktan kaçınmaya iter. Ancak sınırlı sorumluluk durumunda ortakların yatırdıkları sermayeden başka kaybedecekleri bir şeyleri olmadığından ve şirket ekonomik anlamda kötü durumdayken muhtemelen bunu zaten kaybettiklerinden daha da riskli davranırlar. Gerçekten de, kriz durumunda öz sermaye tamamen kaybolmadığı sürece ortaklar yatırdıkları sermayenin kaybını dolayısıyla şirketin zarar etmesini mümkün olduğu kadar önlemeye çalışır. Şirkete uygun bir öz sermaye sağlanması, hissedarın kendi şirketinin başarısına olan ilgisinin artmasına ve böylece alacaklılara zarar verilmesinin önlenmesine hizmet eder. Ancak taahhüt edilen sermayenin büyük bir bölümü kaybedildiği, farklı bir deyişle ortaya çıkan kayıp ortakların üstlendikleri riski aştığı takdirde sorumluluğun sınırlandırılması alacaklılar aleyhine ortakları daha riskli davranmaya teşvik eder¹⁹⁵. Yatırdığı sermayeyi kriz sebebiyle kaybeden ortak, başka kaybedecek bir şeyi olmadığından riskli anlaşmalar yoluyla işleri tekrar yoluna koymaya, kaybettiğini geri kazanmaya çalışır. Başarısız olunması durumunda, alacaklılar bunun maliyetini iflas halinde daha az tatmin olmak suretiyle üstlenir. Şirketin yükümlülükleri şirketin varlıklarını aştığı bu gibi durumlarda genel kurulun toplanarak TTK m. 379 kapsamında uygun önlemleri alması gerekir¹⁹⁶. Aksi takdirde ortakların sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁹⁷.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, sınırlı sorumluluğun riskli davranmak konusunda teşvik sağladığına dair bu genel eleştiri şirket yönetiminde aktif olan girişimci ortaklar için geçerlidir. Yatırımcı ortaklar sadece alacakları kara odaklanıp şirket yönetimi üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmadıklarından, bu tür ortakların şirketi riskli hareket etmeye yönlendirdiklerini söylemek pek mümkün değildir¹⁹⁸.

195 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 959; Gloger, s. 34, 45-46. Bu noktada öz sermaye miktarının, risk teşvikinde en önemli unsurlardan birisi olduğu söylenebilir. Öz sermaye ne kadar yüksekse ortaklar o kadar çok riskten kaçınır. Dolayısıyla riskli davranışın temel sebebinin yetersiz sermayelendirme olduğu söylenebilir. Bkz. Halmer, s. 80, 101.

196 Gloger, s. 35, 46. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 95, 98.

197 Halmer, s. 140.

198 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1033.

1.3.3.3. Risk ve Zararın Herhangi bir Karşılık Olmaksızın Üçüncü Kişiler Üzerine Dışsallaştırılması

Ticari fırsat-risk dengesi göz önünde bulundurulduğunda, yaptığı yatırımın olumlu sonuçlarından sadece kendisi faydalanan bir kişinin, doğal olarak bunun olumsuz sonuçlarını da bizzat kendisinin üstlenmesi gerekir. Herhangi bir kişinin borçlarından dolayı üçüncü kişileri sorumlu tutmak mümkün olmadığı gibi, yatırım yapan bir girişimcinin risklerinin de üçüncü bir kişiye yüklenememesi gerekir. Ancak sınırlı sorumluluk ilkesi yatırımı teşvik etmek adına ortakların üstlenmesi gereken riskleri yatırdıkları sermaye miktarıyla sınırlayıp, kalan kısmı herhangi bir karşılık olmaksızın¹⁹⁹ alacaklılar üzerine transfer etmektedir²⁰⁰. Bu bağlamda sınırlı sorumluluk, riskleri tamamen ortadan kaldırmamakta ortak ve özellikle haksız fiil mağdurları ve işçi gibi zayıf konumdaki alacaklılar arasında dağıtmaktadır²⁰¹. Hatta son dönemde çoğu hukuk sisteminde asgari sermaye şartının terk edilmesi yönündeki eğilim dikkate alındığında, sınırlı sorumluluk işletmesel riskleri tamamen alacaklılar üzerine transfer etmektedir. Bu açıdan bakıldığında sınırlı sorumluluk, ortaklar lehine alacaklılar aleyhine bir risk dağıtım mekanizması işlevi görmektedir²⁰².

İşletmesel risklerin alacaklılar üzerine transferi genellikle şirketin iflası halinde gündeme gelir²⁰³. Şirketin ödeme gücünün var olduğu alanda her zamanki gibi fırsat-risk

199 Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, sınırlı sorumluluğun alacaklılar üzerine risk transferi alacaklılara herhangi bir karşılık verilmemişse gündeme gelir. Eğer alacaklılar, risk transferi ihtimaline karşı bir karşılık almışlarsa risk transferinden bahsetmek söz konusu değildir. Dolayısıyla eğer bir banka, verdiği kredinin ödenmemesi ihtimaline karşı aynı veya şahsi teminat talep etmişse veya faiz miktarını normalde olması gerekenden daha yüksek miktarda belirlemişse sınırlı sorumluluğun banka üzerine risk transferinden bahsedilemez. Risk transferi, sadece karşılık talep etme imkânına sahip olmayan haksız fiil mağdurları ve işçi gibi zayıf konumdaki alacaklılar açısından geçerlidir.

200 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 952; Halmer, s. 11; Roth, s. 374; Vandekerckhove, s. 8; Şahin, s. 1606; Bozgeyik/Yavaşı, s. 302. Sınırlı sorumluluğun öngörülmesinin temelinde yatan ana gerekçenin, riskin bir kısmını alacaklılar üzerine transfer ederek ticari faaliyetleri sübvansetmek olduğu yönünde bkz. Millon, s. 1311, 1347.

201 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 952; Gloger, s. 33; Easterbrook/Fischel, s. 91, 98; Peterson, s. 79. Sınırlı sorumluluğun riskli davranışa teşvik konusunda ortaya çıkardığı olumsuz etkinin, şirkete sermaye toplayabilmenin bedeli olarak algılandığı yönünde bkz. Hansmann/Kraakman, s. 1879.

202 Easterbrook/Fischel, s. 198; Küçük, s. 291. Sınırlı sorumluluğun temel amacının, işletmesel risklerin bir kısmının işletme sahiplerinden şirketle işlem yapanlara yeniden tahsis edilmesi olduğu, böylece şirketle işlem yapan alacaklıların ticari faaliyetleri sübvansetmesi yönünde bkz. Millon, s. 1311.

203 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 952, 956; Trautmann, s. 111.

senkronizasyonu söz konusudur. Zira bu durumda ortaklar yatırdıkları sermaye oranınca zarara katılır. İşletmesel riski malvarlığı el verdiği ölçüde öncelikle şirket ve onunla birlikte hissedarlar taşır²⁰⁴. Şirketin malvarlığının yetersiz kaldığı durumda ise alacaklılar üzerine risk transfer edilir²⁰⁵.

Buna karşın sorumluluğun sınırlandırılması, tek başına alacaklılar üzerine risk transferi sonucunu doğurmaz. Bu konuda diğer enstrümanlar da önem arz eder. Örneğin şirketin borçlarını ödeyememesi riskine karşı bir bankadan garanti alındığı durumda alacaklılar, şirket iflas etse dahi bir kayba uğramayacaktır. Yine şirket ilerde üstlenmek zorunda kalabileceği sorumluluk risklerine karşı sigorta yaptırmış ise, risk gerçekleşse dahi bundan alacaklılar etkilenmeyecektir. Farklı bir deyişle, şirketin herhangi bir sözleşmesel ilişkiye dayanarak banka ve sigorta şirketleri gibi üçüncü kişiler üzerine transfer ettiği bu tür riskler, hâlâ şirketin ödeme gücü kapsamında değerlendirilecek, dolayısıyla sigorta ve risk primi gibi önlemler sayesinde sorumluluğun sınırlandırılmasının riski alacaklılar üzerine kaydırma etkisi sınırlandırılabilir²⁰⁶.

Bu noktada ayrıca, ortakların genel olarak şirketin başarısıyla ilgileneceğine ve bu nedenle zararın dışsallaştırılmasına izin vermeyeceğine dikkat çekmek gerekir. Çünkü şirketin iflası sadece şirket varlıklarının kaybına değil aynı zamanda ortakların ekonomik ve sosyal konumunun kötüleşmesine neden olur. Özellikle iktisadi faaliyeti sadece tek bir işletme ile sınırlı olan büyük pay sahipleri, kural olarak şirketin çıkarlarını kendi çıkarları olarak ele alıp gözetir veya en azından ona aykırı amaçlar takip etmez²⁰⁷.

Esasen zararın dışsallaştırılması, sorumluluğun sınırlandırılmasından bağımsız olarak her alacaklı-borçlu ilişkisinde ortaya çıkabilen bir sorundur. Zira sınırsız sorumluluk

204 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 962; Halmer, s. 60. Şirketin sermayesi ne kadar düşükse, sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı risk dışsallaştırma tehlikesinin o kadar yüksek olacağı yönünde bkz. Halmer, s. 137.

205 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 973; Gloger, s. 34; Bainbridge, s. 504.

206 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 953; Halmer, s. 32. Nitekim borç almak isteyen şirketlerin, buna karşılık teminat göstermeleri gerekeceği yönünde bkz. Bozgeyik/Yavaş, s. 302.

207 Benzer yönde bkz. Yanlı, s. 188.

durumunda dahi bir kişinin varlıkları miktar olarak sınırlıdır. Dolayısıyla sınırsız sorumluluk durumunda dahi borçlunun varlıkları alacaklıları tatmin etmek için yeterli olmamakta ve zarar dışsallaştırılmaktadır²⁰⁸. Bu nedenle alacaklıların pay sahiplerine karşı yönelteceği talep başarılı olacak idiyse sorumluluğun sınırlandırılması işletmesel riski alacaklılar üzerine transfer eder. Ortaklara karşı açılacak davadan da bir şey elde etmek mümkün değilse sınırlı sorumluluğun risk dışsallaştırıcı etkisinden bahsetmek mümkün değildir²⁰⁹.

Bu çerçevede sorumluluğun sınırlı veya sınırsız olmasından bağımsız olarak şirket alacaklılarının taşıdığı riskler ile sorumluluk sınırlaması nedeniyle ortaya çıkan riskler arasında ayırım yapılması gerekir. Sınırlı sorumluluk sebebiyle alacaklılar üzerine transfer edilen riskler, sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir şirket ile sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir şirkette ortaya çıkacak risk transferi arasındaki farktan ibarettir. Bu kapsamda sınırlı sorumluluk aracılığıyla alacaklılar üzerine transfer edilen riskler, yalnızca elde edemedikleri alacaklarıyla ölçülemez. Hesaplama yapılırken ortaklar sınırsız sorumlu olsa dahi ortaya çıkacak riskler indirilmelidir²¹⁰. Ancak yine de sınırlı sorumlulukla alacaklılar üzerine transfer edilen risk miktarının az olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü ilk olarak, sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir sistemde alacaklıların tatmin olma oranı, sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir sistemde olduğundan çok daha düşüktür. İkincisi, iflas eden bir şirkete karşı yöneltilen taleplerin büyük çoğunluğu birçok gerçek kişinin özel varlıklarıyla karşılanabilecek düzeydedir. Dolayısıyla ortakların malvarlıkları genellikle alacaklıların tatmini açısından önemli miktardadır. Bankaların, özellikle halka kapalı şirketlere kredi vermeden önce ortaklardan şahsi veya aynı teminat talep etmesi şartıdır. Kuşkusuz sorumluluğun sınırlandırılmasıyla koruma altına alınan özel malvarlığı önemli olmasaydı bankalar bunu yapmazlardı²¹¹.

208 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 956-957; Halmer, s. 32; Trautmann, s. 111; Easterbrook/Fischel, s. 104; Hansmann/Kraakman, s. 1885.

209 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 955, 956; Gloger, s. 44-45.

210 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 956-957; Gloger, s. 34; Halmer, s. 33.

211 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 957; Gloger, s. 34.

1.3.3.4. Alacaklı Gruplarına Göre Riskin/Zararın Dışsallaştırılması

1.3.3.4.1. Genel Olarak

İşletmesel risklerin alacaklılar üzerine transferi söz konusu olduğunda, kişinin kendi iradesiyle alacaklı konumuna gelip gelmediği, karşı tarafla müzakere imkânına sahip olup olmadığı önem arz eder. Sınırlı sorumluluk ilkesi, sadece haksız fiil mağdurları, işçi ve tüketici gibi zayıf alacaklı grupları üzerinde risk transferine neden olur. Özellikle bankalar gibi yüksek müzakere gücü olan alacaklılar, ek teminat imkânları ile sınırlı sorumluluk ilkesinin oluşturacağı olumsuzluklara karşı kendilerini güvence altına alabilir²¹². Aşağıda, hangi alacaklı gruplarının teminat veya risk primi konusunda müzakere edecek konumda olmadığı ve bu nedenle risk dışsallaştırmasından etkileneceği konusu incelenecektir.

1.3.3.4.2. İradi ve İrade Dışı Alacaklı Ayrımı

1.3.3.4.2.1. Genel Olarak

Öğretide alacaklılar arasında şirketin iflas riskini kendi iradesiyle üstlenen alacaklı-kendi iradesi dışında üstlenen alacaklı ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım genel anlamda, sözleşmesel alacaklı haksız fiil mağduru ayrımına tekabül etmektedir²¹³.

İradenin varlığına dayalı olarak yapılan bu ayrım, işletmesel risklerin dışsallaştırılması açısından son derece önemlidir. Zira sözleşmesel ilişkilerde risk dağılımı hakkında müzakere edilebildiğinden, bu tür ilişkilerde risk dışsallaştırmasından bahsetmek mümkün değildir. Eğer bir taraf sözleşme ilişkisinin bir sonucu olarak zarara uğrarsa, bu durum kural olarak müzakere imkânını kendi aleyhine kullandığının bir göstergesidir²¹⁴. Sözleşmesel alacaklılar açısından risk dışsallaştırma ancak zayıf konumda olmaları,

212 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 964; Halmer, s. 54; Peterson, s. 65, 79.

213 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 969; Vandekerckhove, s. 8; Easterbrook/Fischel, s. 104 vd.

214 Trautmann, s. 111; Millon, s. 1318.

yetersiz bilgilendirilmeleri veya daha az müzakere gücüne sahip olmaları durumunda söz konusu olur²¹⁵. Dolayısıyla sözleşmesel alacaklılar bakımından sadece bu tür durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumluluğuna başvurulabilir²¹⁶.

1.3.3.4.2.2. İradi Alacaklılar

Teminat veya risk primi talep etmek suretiyle sınırlı sorumluluk ilkesinin neden olduğu risk transferine karşı kendilerini koruyabilen iradi alacaklıların başında bankalar gelmektedir. Bankalar, çoğunlukla kredi verdiği girişimcinin ödeme gücü ve yatırım yapılacak konu hakkında yeterli bilgiye sahiptir. Hatta bazen bankalar, yatırım yapılacak konu hakkında girişimciden daha bilgilidir ve yatırımcıya birçok konuda tavsiye verir. Dolayısıyla böyle bir alacaklı, riskini aynı veya şahsi teminat talep ederek veya bir tür risk primi içeren daha yüksek faiz oranı talep ederek yönetebilir²¹⁷. Aynı şekilde sağladıkları ürünlerin mülkiyetini elinde tutarak kendilerini güvence altına alabilen ve özel sektör bilgisi nedeniyle borçlunun ödeme gücünü değerlendirebilen yüklenici ve mal tedarikçileri de risklerini yönetme kabiliyetine sahiptirler²¹⁸. Buna karşılık ifa ettikleri edim için genellikle teminat kararlaştıramayan hizmet sağlayıcılarının alacaklı pozisyonu zayıftır²¹⁹.

Bir şirketle işlem yapıp yapmama ve kredi açmadan önce şirketin mali durumunu tespit etme imkânına sahip olan iradi alacaklılar, muhatabının ödeme gücü konusunda araştırma yapmakla yükümlüdür. Aksi takdirde kendi ihmallerinden kaynaklanan cehaletinin sonuçlarını üstlenmelidir²²⁰. Zira bu konuda, ortakların malvarlığının aynı zamanda kendi şahsi alacaklılarına güvence oluşturduğu unutulmamalı, bu nedenle muhatabı şirketi seçerken özensiz davranan sözleşmesel alacaklı bunun sonucuna katlanmalıdır²²¹.

215 Trautmann, s. 112; Peterson, s. 79; Millon, s. 1326.

216 Millon, s. 1326.

217 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 970; Gloger, s. 37; Roth, s. 376; Easterbrook/Fischel, s. 100; Maizes, s. 601; Hansmann/Kraakman, s. 1919.

218 Gloger, s. 37.

219 Gloger, s. 38.

220 Millon, s. 1344; Hackney/Benson, s. 862; Kütükçü, Doğan: Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, BÜHFKHD, 2009, Sa. 63-64, s. 110.

221 Cataldo, s. 476; Calise, s. 64.

Müzakere gücü bulunan bu kişiler, teminat ve risk primi talep etmek suretiyle işletmesel risklere karşı önlem almazlarsa, risk dışsallaştırmasını iradi olarak kabul ettikleri varsayılmalı, sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir şirketle gerekli önlemleri almadan iş yapan kişi bunun sonuçlarına da katlanmalıdır²²². Aksinin kabulü çelişkili davranış yasağının ihlali anlamına gelir²²³. Bu konuda müstakbel alacaklılara, şirket ve ortaklarının kredi itibarı önemli bir gösterge sağlayabilir. Yine elde edilmesi daha zor olsa da, mahkeme kayıtları veya diğer borç verenlerin deneyimleri de kredi verilecek şirketin ödeme gücü konusunda bir gösterge sağlayabilir. Ancak yeni kurulan şirketlerde şirket ve ortakların kredi geçmişi olmayabilir. Ayrıca şirket ve ortakların kredi sicili temiz olsa dahi bazen bu temiz sicili kötüye kullanmak isteyebilirler. Bu nedenle mevcut itibar verileri, tek başına alacaklılara yeterli bir gösterge sağlamaz²²⁴. Dolayısıyla kredi verenlerin borçlunun ödeme gücü ve niyetini yeterince tespit etmesi her zaman mümkün olmaz. Nitekim kredi fiyatlandırması yapılırken bu durum göz önünde bulundurulur²²⁵. Bu durum esasında iyi niyetli borçlular açısından olumsuz bir sonuç doğurur. Zira kredi verenler, muhatabının ödeme gücünü tam olarak tespit edemediklerinden iyiniyetli borçlulardan normalde talep edeceklerinden daha yüksek faiz talep eder²²⁶. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk, işletme sahiplerini sübvansе etmekten daha fazlasına yol açarak aynı zamanda iyi niyetli alacaklıların kötü niyetli alacaklıları sübvansе etmesi sonucunu doğurur²²⁷.

222 Gloger, s. 39; Halmer, s. 204; Macey, s. 448-449; Peterson, s. 80; Bainbridge, s. 501; Hackney/Benson, s. 861; Kütükçü, s. 110.

223 Benzer yönde bkz. Calise, s. 63.

224 Millon, s. 1350.

225 Millon, s. 1353.

226 Örneğin, kredibilitesi yüksek bir borçlu için %10, kredibilitesi düşük bir borçlu için %16 oranında faiz uygulayan bir banka, borçlunun kredibilitesini kesinleştiremediğinde, ortalama yolu uygulayarak iyi niyetli alacaklı açısından %13 oranında faiz uygulayacaktır. Hatta kendini daha güvencede hissetmek için bu miktarı %14'e çıkaracaktır. Dolayısıyla normal şartlarda %10 faiz oranıyla kredi alabilecek bir kişi, bankanın yeterince bilgi elde edememesi sebebiyle daha yüksek faiz ödemek zorunda kalacaktır. Aksi durumda kötü niyetli bir alacaklı, %16 faiz oranıyla kredi alabilecekken bankanın kendisi hakkında yeterli bilgi sahibi olmaması ve kendisinin iyi niyetli alacaklı olabileceği varsayımıyla hareket etmesi sonucunda %14 faiz oranıyla kredi alabilecektir. Dolayısıyla borçlunun ödeme gücüne ilişkin belirsizlik, iyi niyetli alacaklının kötü niyetli alacaklıları sübvansе etmesi sonucunu doğuracaktır. Örnek için bkz. Millon, s. 1354, dn. 136.

227 Millon, s. 1354.

Teminat ve risk primi talep ederek kaybını önleyebilecek olan ancak bunu yapmayan bir sözleşmesel alacaklı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinde bulunamamalı, deyim yerindeyse müzakere imkânı olan alacaklılara elmadan ikinci bir ısırık alma şansı verilmemelidir²²⁸. İstisnai durumlarda bunlar açısından da tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilse dahi, bir haksız fiil mağduruna veya işçiye kıyasla daha ağır şartlar aranmalıdır. Zira aksinin kabulü sözleşmenin diğer tarafı seçilirken ihmale neden olur²²⁹. Nitekim özellikle ABD hukukunda, sözleşmesel alacaklıların taleplerinde daha zor şartların aranması gerektiği sıklıkla vurgulanmaktadır²³⁰. Bu bağlamda sınırlı sorumluluk, sözleşmesel alacaklıları pazarlığa zorlayan bir rol üstlenir. Alacaklı, gerekli olmasına rağmen şirket ortaklarından şahsi teminat alarak kendini korumaz ise talep hakları şirket malvarlığı ile sınırlı tutularak cezalandırılır²³¹. Nitekim mahkemeler de, sözleşmesel alacaklıları genellikle yaptıkları pazarlığa havale etmektedir²³². Bu yaklaşımın temelinde sözleşmesel alacaklıların en ucuz maliyetten kaçınan olmasıdır. Zira işletmesel risklere karşı alacaklılar ortaklara nazaran daha kolay tedbir alabilir²³³.

Ancak bazı durumlarda sözleşmesel alacaklılar da bir şirketle iş yapmanın risklerini, söz konusu şirket tarafından yapılan yanlış beyanlar nedeniyle veya şirket hakkındaki kredi raporlarına ve diğer bilgilere erişim eksikliği nedeniyle doğru bir şekilde ölçemeyebilir²³⁴. Bu durumda alacaklının, aynı veya şahsi teminat talep etmek suretiyle riskini azaltma imkânı da olmaz. Sözleşmesel alacaklı konumunda olmasına rağmen bu tür alacaklılar üzerine risk transferi söz konusu olabilir²³⁵. Dolayısıyla FDIC - Sea Pines

228 Bainbridge, s. 517.

229 Gloger, s. 38; Smith, s. 1171; Bainbridge, s. 501.

230 Alting, Carsten: Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities: A Comparative View, TJCIL, 1995, Vol. 2, Issue 2, s. 210, 219.

231 Bainbridge, s. 502.

232 Michael, s. 48.

233 Nitekim sınırlı sorumluluk nedeniyle işletmesel riskin bir kısmının alacaklılar üzerine transferi temellendirilirken, özellikle banka gibi sofistike alacaklıların, halka kapalı şirket ortalarına oranla risklerini daha iyi değerlendirebileceği, bu yüzden işletmesel riskin bir kısmının alacaklılar üzerine transfer edilmesinin sorun teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Halmer, s. 12.

234 Bu hususta özellikle bkz. Halmer, s. 54-56, 65. Bu konuda ispat yükünün ortaklarda olduğu yönünde bkz. Halmer, s. 204.

235 Peterson, s. 64, 77; Alting, s. 233. Nitekim bu nedenledir ki, ABD’de yapılan bir araştırmada, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinde bulunan kişinin sözleşme esnasında yanlış bilgilendirildiği davaların %94’ünde tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı, ancak yanlış beyan olmayan davaların

Co. kararında olduğu gibi²³⁶, istisnai durumlarda alacaklı banka gibi basiretli davranmakla yükümlü bir kişi olsa dahi, sözleşmesel alacaklıları da korumak gerekir. Eğer hissedar, bir şekilde alacaklıyı, şirketin yükümlülüklerini karşılayacak yeterli malvarlığına sahip olduğuna inandırarak kandırırsa ve alacaklı bu yanlış beyana dayanarak teminat talep etmezse ortaklar sorumlu tutulabilir²³⁷. Nitekim ABD yargı uygulamasında sözleşmesel alacaklılar açısından haksız fiil alacaklılarına nazaran tüzel kişilik perdesinin daha çok kaldırıldığı, yanlış beyan sebebiyle sözleşmesel alacaklıların yaptığı anlaşmaların genellikle geçersiz sayıldığı ifade edilmektedir²³⁸.

Ayrıca sözleşmesel alacaklılar, şirketin ekonomik durumu hakkında doğru bilgi edinseler ve gerekli teminatları ve faiz oranını buna göre ayarlasalar dahi, şirketin ekonomik durumunda daha sonradan meydana gelebilecek beklenmedik olumsuzluklara karşı tedbir alamazlar. Bu gibi sonradan meydana gelen değişiklikler açısından da sözleşmesel alacaklılara koruma sağlanabilir²³⁹. Nitekim bu nedenledir ki, öğretide başlangıçta meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle sözleşmesel alacaklılar lehine tüzel kişilik perdesinin kaldırılamayacağı kabul edilirken, sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle sözleşmesel alacaklılar lehine de tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmektedir.

1.3.3.4.2.3. Kendi İradeleri Dışında Alacaklı Olan Kişiler

1.3.3.4.2.3.1. Haksız Fiil Mağdurları

Alacağın ortaya çıkması ve içeriği üzerinde etkisi olmayan ve muhatabının iflas riskine karşı teminat veya risk primi talep etmek suretiyle kendisini koruyamayan kişiler, irade dışı alacaklı olarak nitelendirilmektedir. Özellikle haksız fiil sebebiyle alacaklı konumuna

²³⁶ %92'sinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin reddedildiği yönünde bkz. Bainbridge, s. 505.

²³⁶ 692 F.2d 973 (4th Cir. 1982).

²³⁷ Halmer, s. 138; Bainbridge, s. 503; Altling, s. 233.

²³⁸ Millon, s. 1327.

²³⁹ Millon, s. 1368-1369.

gelen kişiler bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁴⁰. Örneğin; sigortası bulunmayan ve iflas etmiş bir şirkete ait fabrikada gerçekleşen patlama veya bu fabrikadan çıkan zehirli atık sonucu zarara uğrayan alacaklılar irade dışı alacaklı grubuna dâhildir²⁴¹. Söz konusu kişiler, ne kazaya sebep olan fabrikanın güvenlik koşulları ne de fabrikanın hangi yasal formda işletildiği hakkında bilgi sahibi değildir. Ayrıca şirketin ekonomik durumu hakkında bir bilgileri bulunmadığı gibi, haksız fiil sonucu uğradığı maddi ve manevi zararının tazmin edilmemesi riskine karşı önceden herhangi bir teminat veya risk primi talep etmeleri de söz konusu değildir²⁴². Kendi iradeleri dışında alacaklı konumuna gelen bu kişilerin şirketin iflas riskine karşı özel olarak korunmaları gerekmektedir²⁴³. Nitekim bu nedenledir ki, bu tür alacaklılar tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin taleplere daha esnek yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Hatta haksız fiil alacaklıları açısından sınırlı sorumluluğun haklı bir gerekçeye dayandırılmayacağı²⁴⁴, dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan borçlar bakımından sınırlı sorumluluğun tamamen terk edilmesi gerektiği dahi savunulmaktadır²⁴⁵.

1.3.3.4.2.3.2. İşçiler

Her ne kadar bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde alacaklı konumuna gelseler de, müzakere gücü bulunmadığından işçiler de irade dışı alacaklı kapsamında değerlendirilmelidir²⁴⁶.

240 Gloger, s. 39; Halmer, s. 56; Maizes, s. 601; Peterson, s. 66; Imanalin, s. 89.

241 Sınırlı sorumluluğun, pasif sigara dumanının solunması durumunda olduğu gibi, çevre kirliliği ve trafik kazaları bağlamında kullanıcı olmayan (şirkete herhangi bir sözleşmesel ilişki içinde bulunmayan) kişiler/haksız fiil mağdurları üzerinde de zararlı etkileri olabileceği yönünde bkz. Millon, s. 1355.

242 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 970; Maizes, s. 601; Vandekerckhove, s. 8; Peterson, s. 65; Imanalin, s. 89, 95; Millon, s. 1324, 1346; Hackney/Benson, s. 867; Hansmann/Kraakman, s. 1920.

243 Özellikle şirketin faaliyeti sonucunda petrol ve zehirli madde sızıntısı gibi yüksek miktarda zarara sebep olan durumlarda, risk dışsallaştırması çok yüksektir. Bu durumda riskli işlemler bir bağlı şirket bünyesinde organize edilerek sorumluluktan kaçınılmaktadır. Nitekim ABD’de yapılan bir araştırma, son yirmi beş yıl içinde, tüm tehlikeli endüstrilere giren küçük firmaların çok büyük bir kısmının, tüketiciler, çalışanlar ve çevresel zararlar için sorumluluktan kaçınma arzusuyla motive edildiğini ortaya koymuştur. Bkz. Hansmann/Kraakman, s. 1880-1881

244 Hansmann/Kraakman, s. 1880, 1916.

245 Millon, s. 1308. Benzer yönde bkz. Muchlinski, s. 920 vd.

246 Hackney/Benson, s. 863; Altıng, s. 205. Bir sözleşme ilişkisi kapsamında alacaklı olmalarına rağmen müzakere gücü bulunmayan bu tür alacaklıların irade ve irade dışı alacaklılar arasında bir konuma sahip oldukları, bu tür alacaklıların taleplerinin genellikle kısa vadeli ve düşük miktarda olduğu, dolayısıyla sınırlı sorumluluğun risk transferi açısından çok fazla bir önem arz etmediği yönünde bkz. Halmer, s. 59-60.

Zira işçilerin, şirketin iflası riskine karşı teminat veya risk primi talep etmeleri kural olarak mümkün değildir. Gerçekten de, bir işçinin işe alım sırasında alacaklarının ödeneceğine dair garanti istemesi işe alım fırsatı üzerinde pek olumlu etki doğurmaz. Kaldı ki, sendikalar tarafından müzakere edilen ücretler dahi bir risk primi içermemektedir²⁴⁷. Çalışanlar tüm işgücünü düzenli olarak yalnızca bir şirkete sundukları için iflas riskini üstlenmeleri oldukça zordur. Nitekim işçinin zayıf konumu nedeniyle işçi alacakları açısından iflas sırasında öncelik tanınmıştır²⁴⁸. Bu nedenle çalışanlar tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha esnek yaklaşılmalıdır²⁴⁹. Nitekim Yargıtay uygulamasına bakıldığında, işçi alacağı söz konusu olduğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha esnek yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak bu noktada işçi statüsünde olmasına rağmen bazı çalışan gruplarının yüksek müzakere gücüne sahip oldukları unutulmamalıdır. Nitekim özellikle teknik konularda çalışan profesyonel yöneticiler, her ne kadar işçi statüsünde olsalar da, iş görüşmesi sırasında yüksek müzakere gücüne sahiptirler. Dolayısıyla işçi statüsünde çalışan bu tür kişiler tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine de mesafeli yaklaşılmalıdır²⁵⁰.

1.3.3.4.2.3.3. Tüketiciler

Sınırlı sorumluluğun neden olduğu, riskin dışsallaştırılması tehlikesine maruz kalan zayıf konumdaki alacaklı grubuna tüketiciler de dâhildir²⁵¹. Ancak bu noktada sözleşme ortağına karşı önemli pazarlık gücüne sahip tüketicilerin de var olacağı unutulmamalıdır. Zira tüketici kavramı her hukuk sisteminde farklı tanımlanmaktadır. Ekonomik anlamda güçlü konumda olan kişilerin de tüketici sıfatını taşıması söz konusu olabilir. Ayrıca sorumluluğun sınırlandırılmasının tüm tüketiciler üzerinde olumlu bir etkisi vardır. Şöyle ki, satıcı risk dışsallaştırması yoluyla elde edilen maliyet tasarrufunu daha uygun bir ürün

247 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 971; Gloger, s. 40; Roth, s. 376-377; Vandekerckhove, s. 8; Peterson, s. 65.

248 Bainbridge, s. 525.

249 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 971; Gloger, s. 40; Roth, s. 376-377; Vandekerckhove, s. 8; Hackney/Benson, s. 868.

250 İşçinin çalışacağı şirketteki risklerin farkında olarak işe başlaması durumunda, iradi alacaklı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Hansmann/Kraakman, s. 1921.

251 Gloger, s. 41.

fiyatı olarak tüketicilere yansıtır. Bu nedenle sözleşme ortağını bilinçli olarak seçen ve iflas riskini uygun bir fiyatla telafi eden tüketiciler tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine mesafeli yaklaşılmalıdır²⁵². Ancak bunun söz konusu olmadığı haksız fiile benzeyen tüketim kazaları durumlarında taleplere daha esnek yaklaşılabilir²⁵³. Zira tüketim kazaları sonucunda zarar gören kişilerle ilgili olarak iflas riskinin uygun fiyatlarla telafi edildiği söylenemez²⁵⁴.

1.3.3.5. Riskin Alacaklılar Üzerine Transfer Edilmesine Karşı Alınabilecek Önlemler

1.3.3.5.1. Genel Olarak

Sorumluluğun sınırlandırılması, şirketin ödeme gücü dışında kalan riskleri şirket alacaklıları üzerine transfer etmekle birlikte bu risk dışşallaştırmasının önüne geçmek mümkündür. Öncelikle banka gibi sözleşmesel alacaklılar, muhatabını seçme ve bu kişinin ödeme gücü hakkında bilgi talep etme imkânına sahip olduklarından riskli gördükleri kişilere borç vermeyebilirler. Bu nedenledir ki, güvenilir gözükmeyen kişiler kolay kredi alamazlar²⁵⁵. Ayrıca bu tür alacaklılar özellikle riskli işlemlerde daha yüksek faiz oranı talep edebilir. Nitekim örneğin birinci derece ipotekle güvence altına alınan kredilerde, ikinci derecede ipotekle güvence altına alınan kredilere oranla risk düşük olduğundan kredi faiz oranları daha düşük belirlenmektedir. Genel bir ifadeyle güvensiz kişiler daha pahalı kredi alırlar²⁵⁶.

Ayrıca özellikle bankacılık uygulamasında bankalar, genellikle kredi verdikleri şirketlerin risk politikası üzerinde belirli bir etkiye sahip olmak isterler. Örneğin banka üyeleri, kredi verilen şirketlerin yönetim, denetim veya danışma kurulunda görevlendirilir. Ayrıca şirket defterlerinin düzenli olarak kredi veren bankanın denetimine

252 Gloger, s. 41.

253 Gloger, s. 41.

254 Gloger, s. 41-42.

255 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 959, 960; Peterson, s. 79; Millon, s. 1350.

256 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 960, 972; Trautmann, s. 113; Millon, s. 1350.

sunulması öngörülebildiği gibi daha fazla borçlanma veya belirli yatırımların yapılması gibi yönetsel bazı kararların bankanın onayına sunulması öngörülebilir²⁵⁷²⁵⁸.

Bu noktada kozer sorumluluğu, fiili organ sıfatını taşıyan ortakların sorumluluğu ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumları da risk dışsallaştırma ihtimaline karşı önemli bir rol üstlenmektedir. Bu gibi durumlarda normalde alacaklılar üzerine transfer edilecek riskler ortaklar üzerine kaydırılmaktadır²⁵⁹.Yine devlet denetimi yoluyla alacaklılar üzerine risk transferinin henüz gerçekleşmeden önlenmesi de mümkündür²⁶⁰. Özellikle bankacılık, sigortacılık ve enerji hukuku gibi devlet denetiminin yoğun olduğu düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde alacaklıların zararına yol açması muhtemel hareketler henüz gerçekleşmeden önlenmektedir. Nitekim bu nedenledir ki, düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir²⁶¹.

1.3.3.5.2. Alacaklıların Teminat Yoluyla Korunması

Zararın dışsallaştırması ihtimaline karşı alınabilecek en önemli önlemlerden birisi alacak için teminat talep edilmesidir. Alacağını ipotekle güvence altına alan bir banka açısından kredi verdiği şirkette sınırlı sorumluluğun mu yoksa sınırsız sorumluluğun mu geçerli olduğu önem arz etmez. Zira bu durumda her şeyden önce aynı teminat banka için

257 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 960; Trautmann, s. 113. Alacaklı ve borçluların böylesine maliyetli bir rejimi taahhüt etmeye istekli olmasının pek olası görünmediği, zira bu tür anlaşmaların şirketin her türlü faaliyetini izleme gerektireceği, ayrıca böyle bir taviz veren borçlunun daha az faiz ödemek isteyeceği yönünde bkz. Millon, s. 1369.

258 Nitekim şirket yönetimi üzerinde bu denli etkiye sahip olan bankaların, istisnai de olsa fiili organ kapsamında değerlendirilebileceği, dolayısıyla şirket yöneticilerinin sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Isler, Peter R.: Die kreditgebende Bank-ein faktisches Organ des Schuldners?, Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2013, s. 287 vd.; Gürel, Murat: Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2022, s. 213 vd.; Eminoğlu, Cafer: Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı, Ankara 2022, s. 208; BGE 107 II 349.

259 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 959; Halmer, s. 58; Peterson, s. 65, 82.

260 Halmer, s. 58.

261 Bu hususta bkz. II. bölüm 2.5.11 numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

güvence oluşturur²⁶². Bu noktada alacağın ortaklar tarafından sağlanan aynı veya şahsi teminatla güvence altına alınması mümkün olduğu gibi güvencenin şirket varlıklarıyla sağlanması da mümkündür. Ancak teminat şirket varlıklarından edinildiğinde, güvence sağlayan malvarlığı ile alacağın tahsil edileceği malvarlığı aynı olduğundan risk transferinin kapsamı da aynı kalacaktır. Dolayısıyla teminat ortaklar tarafından gösterildiği takdirde riskin ortaklar üzerine geri transferinden söz edilebilecektir²⁶³. Özellikle tüm ortakların sınırsız ölçüde şirket borçlarına katılmaları, borçlar için kefil olmaları, garanti veya patronaj beyanı vermeleri durumunda işletmesel riskin tamamı ortaklar üzerine geri transfer edilir. Böylece sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir şirkette taraflar kendi iradeleriyle sınırsız sorumluluk yaratmış olur²⁶⁴. Dolayısıyla aynı veya şahsi teminat yoluyla kanun tarafından öngörülen sınırlı sorumluluk sisteminin ihtiyaçlara göre ayarlanması pekâlâ mümkündür²⁶⁵. Bu gibi durumlarda ortaklar şirketin başarısına odaklanacağından alacaklılar üzerine risk dışsallaştırması, hem ek teminat hem de şirketin menfaatine hareket yoluyla engellenir²⁶⁶. Ancak şahsi teminatlar aynı teminatlara nazaran daha maliyetlidir. Nitekim şahsi teminat, güvence veren kişinin malvarlığının sürekli takip edilmesini gerektirir. Ayrıca devam eden süreçte şahsi teminat veren kişinin mal kaçırmaması da olasıdır. Bu nedenle aynı teminat alınması daha güvencelidir²⁶⁷.

İşletmesel risklerin teminatla güvence altına alınması imkânı iradi ve irade dışı alacaklı ayrımı açısından önem arz eder. Zira irade dışı alacaklı konumuna gelen kişilerin genellikle kendilerini teminat talep etmek suretiyle güvence altına alma şansları yoktur. Bu imkân sözleşmesel alacaklılar için söz konusudur. Dolayısıyla kredi verirken teminat almayan bankanın gönüllü olarak iflas riskini üstlendiği söylenebilir²⁶⁸. Ancak aynı

262 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 973.

263 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 960; Halmer, s. 79.

264 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 960.

265 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 961; Millon, s. 1351.

266 Millon, s. 1351; Halmer, s. 78. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, teminat üçüncü kişiler tarafından verildiğinde teminatın riskli davranışı önleme etkisi daha düşük olacaktır.

267 Millon, s. 1352.

268 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 972. Bu noktada teminat alındığı takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulamayacağını belirtmek gerekir. Nitekim Yargıtay uygulamasında aynı veya şahsi teminat söz konusu olduğu takdirde öncelikle teminatın paraya çevrilmesi şartı aranmaktadır. Bu hususta bkz. Şahin, s. 1634-1635.

şeyleri, haksız fiil mağdurları, işçiler ve tüketiciler bakımından söylemek mümkün değildir. Zayıf konumdaki bu tür alacaklıların teminat talep etmek suretiyle sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı riskin dışsallaştırılması tehlikesine karşı kendilerini koruma altına almaları mümkün değildir²⁶⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, sınırlı sorumluluk ilkesi, işletmesel riskleri bütün alacaklılara değil, teminatsız olanlar üzerine transfer eder²⁷⁰. Nitekim bu nedenledir ki öğretide sınırlı sorumluluk ilkesi zayıf konumdaki alacaklılar, özellikle de haksız fiil mağdurları aleyhine girişimcilik faaliyeti için bir devlet sübvansiyonu olarak tanımlanmaktadır²⁷¹.

1.3.3.5.3. Alacaklıların Sigorta Yoluyla Korunması

İşletmesel risklerin alacaklılar üzerine transferi kural olarak şirketin iflası halinde gündeme gelmektedir. Şirketin iflası riskine karşı sigorta yapılarak riskin alacaklılar üzerine transferinin önüne geçilmesi teorik açıdan mümkündür. Ancak bu imkân pratik açıdan işlevsel değildir. Zira bu durum, her şeyden önce riskli teşebbüslerin sayısının artmasına neden olur. Ayrıca alacaklılar, riskleri sigorta edilen şirketin iflas riskine karşı kendilerini korumaktan kaçınır. Dolayısıyla sigorta şirketleri bu kadar riskli bir işi sigortalamak için oldukça yüksek miktarda prim talep eder, dolayısıyla bunun uygulaması pek mümkün olmaz. Ayrıca genel iflas riskini üstlenmek için gerekli olan sigorta priminin hesaplanmasının zorluğu da buna engel teşkil eder²⁷².

269 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 972.

270 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 972.

271 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 973; Millon, s. 1307, 1325; Hansmann/Kraakman, s. 1888. Sorumluluğun sınırlandırılmasının şirket kuruluşu için sübvansiyon oluşturduğu yönündeki iddianın ancak alacaklılar için bunun karşılığında bir kazanç söz konusuysa reddedilebileceği yönünde bkz. Gloger, s. 25. Sınırlı sorumluluğun şirket kuruluşu için bir sübvansiyon olduğu yönündeki algının önüne geçebilmek için zayıf konumdaki alacaklılar lehine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun geliştirildiği yönünde bkz. Peterson, s. 79. Sınırlı sorumluluğun yatırımı teşvik etmek adına bir sübvansiyon olduğu yönündeki görüşün yerinde olmadığı, zira genel olarak toplumun da bundan yararlandığı yönünde bkz. Bainbridge, s. 495.

272 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1037, 1038; Gloger, s. 43; Trautmann, s. 116; Halmer, s. 57.

Bu nedenle, sigorta çözümü yalnızca haksız fiil alacaklıları için anlamlı bir çözüm modeli olabilir²⁷³. Zira sözleşmesel alacaklıların aksine haksız fiil alacaklılarının sigorta kurumunu kötüye kullanmaları mümkün olmaz²⁷⁴. Dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanması muhtemel zararlara karşı sigorta yapılması mümkün ve hatta gereklidir. Nitekim şirketin yeterli sermayeye sahip olup olmadığı değerlendirilirken haksız fiilden kaynaklanacak sorumluluk risklerine karşı sigorta yapılıp yapılmadığının da dikkate alınması gerektiği, haksız fiil alacaklıları için sigorta yapılmamışsa bu durumda, yetersiz sermayelendirme sebebiyle ortakların sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir²⁷⁵.

1.3.3.6. Sorumluluğun Sınırlandırılması Açısından Girişimci Ortak ve Yatırımcı Ortak Ayrımı

Sınırlı sorumluluğun işletmesel riski alacaklılar üzerine dışsallaştırılması konusunda önem arz eden diğer bir konu girişimci ortak-yatırımcı ortak ayrımıdır. Bu ayrım, yatırımcının şirket yönetimi üzerinde söz sahibi olup olmamasına dayanmaktadır. Bu kapsamda şirket yönetimi üzerinde etkisi olan ortaklar girişimci ortak, şirket yönetimi üzerinde herhangi bir etkisi olmayan ortaklar ise yatırımcı ortak olarak nitelendirilmektedir. Buna benzer açık bir ayrımı, komandit şirketlerde görmek mümkündür. Nitekim şirket yönetiminde söz sahibi olan ve şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumluluk üstlenen komandite ortaklar, tipik olarak girişimci ortak özelliği gösterirken; sınırlı sorumlu olan ve şirketin yönetimi ve temsilinden dışlanan komanditer ortaklar tipik olarak yatırımcı ortak özelliği göstermektedir²⁷⁶.

Yatırımcı ortakların şirketin risk politikası üzerinde neredeyse hiçbir etkisi bulunmamakta, girişimci riskine katkıları, sadece şirkete finansman sağlamalarından kaynaklanmakta, bu tür ortakların şirkete borç veren üçüncü kişilerden pek bir farkı bulunmamaktadır²⁷⁷. Bu tür ortaklar, risklerini yatırım yaptıkları az sayıda şirketin

273 Gloger, s. 43; Halmer, s. 57.

274 Gloger, s. 44; Trautmann, s. 116.

275 Kütükçü, s. 110. Bu hususta aşağıda 5.5.4.2.2 başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

276 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 967.

277 Hackney/Benson, s. 877; Peterson, s. 68.

yönetimine müdahil olarak değil, yönetimleriyle ilgilenmedikleri çok sayıda şirkete yatırım yaparak yönetirler²⁷⁸. Bu tür ortakların oy hakkı sayesinde yönetim organının seçilmesi konusunda sahip oldukları etki de, yatırdıkları sermayeyi kaybetme riskiyle dengelenmektedir²⁷⁹. Bu nedenle saf yatırım amacı güden halka açık şirket ortakları açısından sorumluluğun sınırlandırılması haklı gerekçelere dayanmakta, bu tür ortaklar bakımından kişisel sorumluluklarını gerektirecek bir durum ortaya çıkmamaktadır²⁸⁰. Bu tür halka açık şirketlerde, girişimsel kararları profesyonel yöneticiler aldığından, alacaklıların korunması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine yöneticilerin sorumluluğu yoluyla sağlanmaktadır²⁸¹. Nitekim bu nedendir ki, 1985 ve 1991 yılları arasında ABD mahkemelerinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vermiş olduğu toplam 1.583 kararın hiç birisinde, halka açık bir şirkette ortaklar aleyhine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmedilmediği, yine Alman ve Kanada²⁸² hukuku açısından da benzer durumun söz konusu olduğu ifade edilmektedir²⁸³. Sonuç olarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, genellikle şirket ortaklarının yönetim üzerinde etkide bulunduğu halka kapalı şirketler açısından gündeme gelmektedir²⁸⁴.

278 Peterson, s. 68; Bainbridge, s. 501; Millon, s. 1314. Oysa halka kapalı şirketlerde ortaklar, risk çeşitlendirmesi yerine genellikle varlıklarının tamamını tek bir şirkete yatırırlar. Bkz. Halmer, s. 46.

279 Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1034.

280 Yanlı, s. 78; Meyer, Haftungsbeschränkung, s. 1033; Schall, Glaubigerschutz, s. 293; Gloger, s. 20; Peterson, s. 68; Bainbridge, s. 501; Hackney/Benson, s. 876; Alting, s. 200.

281 Schall, Glaubigerschutz, s. 293; Bainbridge, s. 501.

282 Khimji, Mohamed F./Nicholls, Christopher C.: Piercing the Corporate Veil in the Canadian Common Law Courts: An Empirical Study, Queen's L, 2015, Vol. 41, Issue 1, s. 232.

283 Gloger, s. 24. Benzer yönde bkz. Alting, s. 200, 219; Thompson, s. 1047. Mahkemelerin, alacaklının sözleşmesel veya haksız fiilden kaynaklı alacaklı olup olmamasına bakılmaksızın halka açık şirket ortakları aleyhine tüzel kişilik perdesini kaldırmadığı yönünde bkz. Millon, s. 1326. Halka açık şirket ortaklarının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumluluktan muaf olduğu, şirketler topluluğu dışında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun halka kapalı şirketlere özgü bir kurum olduğu yönünde bkz. Bainbridge, s. 482, 523.

284 Peterson, s. 68; Kütükçü, s. 105. Halka açık şirketlerde de yatırımcılar tarafından olmasa dahi, spekülörler tarafından tüzel kişiliğin hukukun dolanılması için bir araç olarak kullanılabilmesi, bu nedenle halka açık şirketlerde de gerek çapraz, gerekse düz perdenin kaldırılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Y.23.HD, T.27.2.2019, E.2016/3472, K.2019/745 (Karşı oy).

1.3.4. Şirketler Topluluğunda Sınırlı Sorumluluk İlkesi

1.3.4.1. Sınırlı Sorumluluğun Şirketler Topluluğunda da Geçerli Olması

Bir şirkete gerçek kişinin ortak olması ile tüzel kişinin ortak olması arasında hukuki açıdan herhangi bir fark söz konusu değildir. Bu nedenle tıpkı topluluk dışı şirketlerde olduğu gibi, bir şirketin başka bir şirkette ortak olması yoluyla ortaya çıkan şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir²⁸⁵. Topluluk ilişkisinde her şirket, diğer tüm grup şirketlerinden izole edilmiş bağımsız bir sorumluluk ve risk birimi oluşturur. Dolayısıyla bir bağlı şirketin borcu için diğer bağlı şirketleri ve özellikle de ana şirketi sorumlu tutmak mümkün değildir²⁸⁶.

Ancak topluluk dışı şirketlerde olduğu gibi şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluk ilkesi bünyesinde önemli bir meşruiyet sorunu barındırmakta, hatta bu sorun şirketler topluluğunda bir kat daha artmaktadır. Nitekim topluluğa dâhil olan şirketlerin, özellikle de hâkim şirketin ortakları sınırlı sorumluluk sayesinde zaten korunduklarından bir de topluluk hukuku sayesinde kendilerine tanınan ikinci sınırlama onları âdeta çifte zırhla korumakta, bu çifte zırh işletmesel risklerin alacaklılar üzerine transfer ihtimalini artırmaktadır. Bu nedenle şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluğun meşru bir gerekçeye dayandırılması gerekmektedir²⁸⁷.

Her ne kadar birebir aktarılabilir olmasa da, topluluk dışı şirketlerde sınırlı sorumluluğu temellendirmek için dile getirilerin gerekçelerin birçoğu şirketler topluluğu açısından da ileri sürülmektedir²⁸⁸. Bunlardan ilki, topluluğa dâhil olan her şirketin bağımsız kişiliğini devam ettirmesidir. Topluluğa dâhil şirketler bir grupla bütünleşerek kendi tüzel kişiliğini kaybetmediği için her şirket sadece kendisinin taraf olduğu borçlardan sorumludur. Bu

285 Hommelhoff, Peter: Konzernorganisation und Haftungsbeschränkung – zur Legitimität des faktischen Konzerns, ZGR, 2019, Vol. 48, Issue 3, s. 400; Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss Susanne: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 1 §§ 1-75, Aufl. 5, München 2019, s. 148, Nr. 65; Hackney/Benson, s. 871; Muchlinski, s. 918.

286 Hommelhoff, s. 400; Bozgeyik/Yavaş, s. 305.

287 Trautmann, s. 222. Benzer yönde bkz. Küçük, s. 293.

288 Trautmann, s. 224; Halmer, s. 51.

nedenle bir grup şirketinin alacaklıları yalnızca yasal ilişkiye girdikleri ilgili şirketin varlıklarına başvurabilir²⁸⁹.

Şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluğu temellendirmek için dile getirilen gerekçelerden bir diğeri, izleme maliyetlerinin azalması ile ilgilidir. Her şirketin sorumluluğu kendi borçları ile sınırlı olduğu için alacaklıların topluluğa dâhil tüm şirketlerin iflas riski hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmez. Aynı gerekçeyle bir bağlı şirketin diğer bağlı şirketin malvarlığını takip etmesi söz konusu olmadığı gibi, bağlı şirket ortak ve alacaklıları şirket yönetimlerini izlemek konusunda da daha az isteklidirler. Hatta topluluk ilişkisinde çifte sorumluluk sınırlaması olduğu dikkate alındığında bu ihtiyaç daha da azalır²⁹⁰. Kısacası sorumluluğun sınırlandırılması asıl vekil çatışmasını ve buna bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel izleme/acente maliyetlerini azaltır²⁹¹. Ancak topluluk dışı şirketlerde olduğu gibi topluluk içi şirketlerde de bilgi alma maliyetinin azalacağı yönündeki argümanın sınırlı sorumluluğun gerekçelendirilebilmesi için yeterli olmayacağı, zira alacaklıların genellikle bilgi alma çabası içerisine girmeyeceği ifade edilmektedir²⁹². Ayrıca topluluk ilişkisinde hâkim şirket genellikle tek ortak ve yönetici konumunda olacağından ortağın yönetimi izlemesi söz konusu olmayacaktır²⁹³.

Şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluğu gerekçelendirmek için dile getirilen üçüncü gerekçe, topluluk dışı şirketlerle topluluğa dâhil şirketler arasında eşgüdümü sağlamaktır. Şöyle ki, eğer sadece topluluk dışı şirketler için sınırlı sorumluluk söz konusu olursa bu durum, topluluk ilişkisinde bulunan şirketlerin topluluk dışı şirketlere kıyasla rekabet konusunda dezavantajlı konuma gelmesine neden olur. Ancak topluluk ilişkisinin topluluğa dâhil şirketlere sağladığı avantajlar dikkate alındığında bu argümanın tatmin edici olmadığı ifade edilmektedir. Zira topluluk ilişkisine dâhil olan şirketler, topluluk

289 Trautmann, s. 230.

290 Bu hususta bkz. Trautmann, s. 236, 238; Gloger, s. 28; Imanalin, s. 94. Ancak bu noktada bağlı şirketin ana şirketi izleme isteğinin azalmayacağını belirtmek gerekir. Zira ana şirketin bağlı şirket aleyhine işlem yapma olasılığı yüksek olduğundan, bağlı şirket ana şirketi sürekli izlemek ister.

291 Trautmann, s. 239.

292 Gloger, s. 29. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 52.

293 Küçük, s. 293.

ilişkinde dâhil olmaları nedeniyle topluluk dışı şirketlere göre önemli rekabet avantajlarına sahiptirler²⁹⁴.

Şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluğu temellendirmek için dile getirilen ana gerekçe, yatırımcıların risk direncini kırarak ekonomik anlamda pozitif beklenen değere sahip projelerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan sermayeyi toplamaktır²⁹⁵. Sınırlı sorumluluk sayesinde şirketler topluluğunda da finansmana erişim kolaylaşır²⁹⁶. Ancak öğretilerde bu gerekçenin şirketler topluluğunda geçerli olmadığı yönünde görüş de ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, ana şirket ortaklarının malvarlığı mevcut sorumluluk sınırlaması ile korunduğu için, ana şirket ortaklarının dolayısıyla ana şirketin riskten kaçınma eğiliminin ortadan kalktığını, bu nedenle şirketler topluluğunda sermayeye ulaşmak için ayrıca sınırlı sorumluluk öngörülmesine gerek olmadığını ifade etmektedir²⁹⁷. Ayrıca sınırlı sorumluluk genellikle yatırımcı ortakların yer aldığı halka açık şirketler esas alınarak öngörüldüğünden şirketler topluluğuna pek uygun değildir. Zira hâkim şirket genellikle şirket yönetimine müdahil olan girişimci ortak niteliği taşımaktadır²⁹⁸. Bizim de taraftarı olduğumuz aksi görüşteki yazarlar ise, hâkim şirketin riskten bağımsız hareket edeceğini varsaymanın yanlış olacağını, hâkim şirketin de riskten kaçınabileceğini, dolayısıyla sınırlı sorumluluk öngörülmediği takdirde ana şirketin de yatırım yapmaktan kaçınacağını ifade etmektedir. Zira ana şirketin sorumluluğunun sınırlandırılması, ortakların riskten kaçınma eğilimini tamamen ortadan kaldırmaz, onları sadece riskten kaçınan konumundan risk tarafsızlığı durumuna yaklaştırır. Çünkü özellikle limited şirketlerden oluşan küçük topluluklarda, gerek ana gerekse bağlı şirket ortakları neredeyse tüm özel varlıklarını şirkete yatırırlar. Dolayısıyla topluluk varlıklarının sorumluluğu, ortakların sorumluluğu anlamına gelir. Ortakların ekonomik geleceği ve sosyal konumu topluluğun geleceği ile yakından bağlantılıdır. Bu nedenle ana şirketin ortakları da ana şirket aracılığıyla sorumlulukları sınırlandırılmasına

294 Bu hususta bkz. Gloger, s. 28, 29; Halmer, s. 52.

295 Ancak ana şirketin bağlı şirketin zararlarını tazmin etme yükümlülüğü göz önüne alındığında, sınırlı sorumluluğun şirketler topluluğunda girişimciliği teşvik etkisinin topluluk dışı şirketlere nazaran daha az önemli olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Trautmann, s. 227.

296 Gloger, s. 31.

297 Bu hususta bkz. Gloger, s. 28; Halmer, s. 51; Imanalin, s. 93; Hackney/Benson, s. 872.

298 Bu hususta bkz. Küçük, s. 293.

rağmen riskten kaçınırlar²⁹⁹. Ayrıca hâkim şirket, genellikle kendi çıkarına hareket edeceğinden bağlı şirketler açısından sorumluluklarının sınırlı olması önemlidir. Aksi takdirde bağlı şirkete yatırımcı bulmak mümkün olmayacaktır³⁰⁰.

1.3.4.2. Sınırlı Sorumluluğun Şirketler Topluluğunda Risk Çeşitlendirmesine İmkân Tanınması

Sınırlı sorumluluk ilkesi, şirketler topluluğunda da risk çeşitlendirmesi yoluyla uğranılması muhtemel zarar miktarının azaltılmasına imkân verir. Sınırlı sorumluluk sayesinde yatırımcılar, her biri farklı fırsat ve risklere sahip farklı pazarlara erişebilir³⁰¹. Böylece sadece tek bir yatırım alanını etkileyen yapısal bir krizin, şirketin varlığını tehdit etmesi önlenebilir. Farklı bir deyişle, risk çeşitlendirmesi sayesinde, bir evde çıkan yangının bütün bir şehri yakmasının önüne geçilebilir³⁰².

1.3.4.3. Şirketler Topluluğunda Sınırlı Sorumluluğun Riskli Davranışa Teşvik Etkisi

Sınırlı sorumluluğun yatırımcıları riskli davranmaya teşvike yönelik olumsuz etkisi, topluluk ilişkisinde de gündeme gelebilir. Hatta topluluk ilişkisinde bu riskin ikiye katlandığını söylemek mümkündür. Zira topluluğa dâhil bir şirketin ortakları öncelikle ortak oldukları şirket aracılığıyla ve sonrasında topluluk ilişkisi aracılığıyla korunduklarından risk almaya daha eğilimli olurlar³⁰³. Hâkim şirketin, karşılaşması muhtemel risklerden kaçınmak için faaliyetlerini bağlı şirketler aracılığıyla yürütme eğilimi şirketler topluluğunda oldukça yaygındır. Bu durum özellikle haksız fiil mağdurlarının zararlarını tazmin edememelerine neden olmaktadır³⁰⁴. Ancak gerek Alman gerekse Türk hukukunda ana şirketin hâkimiyeti kötüye kullanması sebebiyle

299 Gloger, s. 29; Trautmann, s. 225.

300 Trautmann, s. 225.

301 Trautmann, s. 231; Halmer, s. 52; Bainbridge, s. 532. Bağlı şirketin borçlarından dolayı ana şirketi sorumlu tutmanın, yatırım çeşitlendirmesini engellemeyeceği yönünde bkz. Hackney/Benson, s. 872.

302 Trautmann, s. 230; Gloger, s. 30-31.

303 Trautmann, s. 228-229; Halmer, s. 51; Imanalin, s. 93; Küçük, s. 294.

304 Muchlinski, s. 918; Küçük, s. 294.

sorumluluğu açıkça düzenlendiğinden ve ana şirket itibarını korumak isteyeceğinden bu riskin azalacağını söylemek mümkündür³⁰⁵.

1.3.5. Olumlu ve Olumsuz Yönleri Çerçevesinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Değerlendirilmesi

Sınırlı sorumluluğun nihai bir fayda-maliyet analizi yapıldığında, konunun ekonomik açıdan olumlu beklenen değere sahip yatırımları teşvik etme arzusu ile işletmesel risklerin alacaklılar üzerine transfer edilmesi kaygısı arasındaki çıkar çatışması çerçevesinde cereyan ettiği söylenebilir³⁰⁶. Nitekim sınırlı sorumluluk, yatırımcıların riskten kaçınmaları sebebiyle gerçekleşmesi mümkün olmayan ekonomik anlamda olumlu beklenen değere sahip projelerin gerçekleşmesine olanak sağlarken; yatırımcılar tarafından üstlenilmesi gereken risklerin şirket varlığını aşan kısmını alacaklılar üzerine transfer etmektedir³⁰⁷.

Kesin olarak ölçülmesi zor olsa da, sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı olumlu sonuçların olumsuz sonuçlara nazaran ağır bastığını, genel olarak toplumun sınırlı sorumluluktan elde ettiği faydanın, alacaklılara verilen zarardan daha fazla olduğunu söylemek mümkündür³⁰⁸. Bu nedenle işletmesel riskin bir kısmının alacaklılar üzerine transferi haklı görülebilir³⁰⁹.

305 Trautmann, s. 226, 229; Imanalin, s. 99.

306 Gloger, s. 42. Benzer yönde bkz. Hermes, s. 23.

307 Gloger, s. 42; Kuş, s. 37.

308 Bainbridge, s. 499; Halmer, s. 33, 45. Sınırlı sorumluluk yerine sınırsız sorumluluk kabul edilirse, belirli türdeki projelere yapılan yatırımın azalmasından kaynaklanan sosyal kaybın, zararın alacaklılar üzerine transfer edilmesinden kaynaklanan ahlaki tehlikeyi ortadan kaldırmanın kazanımlarından çok daha fazla olabileceği yönünde bkz. Easterbrook/Fischel, s. 104. Sınırlı sorumluluğun doğurduğu olumlu sonuçların olumsuz sonuçlara nazaran fazla olduğuna ilişkin görüşün sorgusuz sualsiz kabul gören bir varsayımdan ibaret olduğu yönünde farklı görüş için bkz. Millon, s. 1311.

309 Benzer yönde bkz. Maizes, s. 601. Sınırlı sorumluluğun faydaları sakıncalarından daha çok olduğundan, sınırlı sorumluluğun ihlali anlamına gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplere de mesafeli yaklaşılmalıdır.

Esasen bireysel varlıkların doğal sınırı ve sınırlı sorumluluğun şirket varlıklarının artmasına önemli bir katkı sağladığı göz önüne alındığında, sınırlı sorumluluğun alacaklılar açısından avantaj sağladığı dahi söylenebilir³¹⁰. Zira sınırsız sorumluluk durumunda dahi ortakların malvarlığı yetersiz olduğundan riskin alacaklılar üzerine transferi tehlikesi söz konusudur. Sınırlı sorumluluk sayesinde alacaklıların güvencesini oluşturan sermaye miktarı artacağından, sınırlı sorumluluğun alacaklılar açısından avantaj sağladığı dahi söylenebilir.

Ayrıca sorumluluğun sınırlandırılması risk dağılımı açısından belirleyici tek faktör değildir. Özellikle banka gibi müzakere gücüne sahip olan alacaklılar, iflas riskine karşı aynı veya şahsi teminat talep edebilir veya risk primi içeren daha yüksek bir faiz oranı belirleyebilir. Dolayısıyla yüksek müzakere gücü bulunan alacaklılar açısından sınırlı sorumluluğun meşruiyetine ilişkin bir sorun bulunmamaktadır. Sınırlı sorumluluğun meşruiyeti sorunu sadece; işçi, tüketici ve haksız fiil mağdurları gibi işletmesel risklere karşı güvence talep etmeleri mümkün olmayan alacaklılar açısından ortaya çıkar³¹¹. Bu tür alacaklılar açısından, topluluk ilişkisinde konzern sorumluluğu, topluluk dışında ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu önemli bir rol üstlenebilir³¹². Sınırlı sorumluluk ilkesi kötüye kullanılarak bu tür alacaklıların zararına hareket edilirse, sınırlı sorumluluk göz ardı edilerek işletmesel risk ortaklar üzerine geri transfer edilir. Böylece sınırlı sorumluluğun meşruiyeti sorunu ortadan kalkar. Nitekim ikinci bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun sınırlı sorumluluğun faydaları ile zayıf konumdaki alacaklılar açısından ortaya çıkardığı olumsuzluklar arasındaki dengesizliği gidermek amacıyla ortaya çıkan bir kurum olduğu kabul edilmektedir³¹³.

310 Benzer yönde bkz. Trautmann, s. 111; Bainbridge, s. 497.

311 Trautmann, s. 104; Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 973.

312 Meyer, *Haftungsbeschränkung*, s. 974; Trautmann, s. 112; Tan/Wang/Hofmann, s. 150; Şahin, s. 1607.

313 Vandekerckhove, s. 8; Peterson, s. 65; Millon, s. 1326; Halmer, s. 141; Hermes, s. 23. Bu denge gözetilirken sınırlı sorumluluğun fayda ve maliyetlerinin tartılması; zarar gören ile davalının ve toplum menfaatlerinin karşılaştırılması gerektiği yönünde bkz. Peterson, s. 77. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun sınırlı sorumluluğun doğurabileceği olumsuz sonuçlara karşı bir emniyet sübabı işlevi gördüğü; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna, sermaye oluşumunu ve ekonomik büyümeyi caydırmadan hissedarların riski en iyi şekilde üstlenmelerine öncülük etmek gibi yüce bir görev yüklediği yönünde bkz. Bainbridge, s. 533. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

2. BÖLÜM

SINIRLI SORUMLULUK İLKESİNİN GÖZ ARDI EDİLMESİ

2.1. GENEL OLARAK

İlk bölümde ayrıntılı olarak incelendiği üzere, sermaye şirketlerinde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi gereği şirketin borçları için ortaklara başvurulması mümkün değildir. Bu durum, girişimciliği teşvik etmek adına sermaye şirketi ortaklarına tanınmış önemli bir imtiyazdır. Ancak bu imtiyazın alacaklılara zarar vermek kastıyla kötüye kullanılması mümkündür. Bu tür kötüye kullanımların önüne geçebilmek, sınırlı sorumluluğun ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçları dengeleyebilmek adına, öğreti³¹⁴ ve uygulamanın katkısıyla³¹⁵ tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu geliştirilmiş, alacağın niteliği fark etmeksizin³¹⁶ istisnai bazı durumlarda şirketin borçları için ortaklara başvurulabileceği kabul edilmiştir³¹⁷. Ancak bunun hangi şartlar altında mümkün olacağı

kurumunun çok zor bir görevi olduğu, hissedarların içselleştirmeleri gereken riskleri dışsallaştırmalarına izin verilen risklerden ayırt etmesi gerektiği yönünde bkz. Bainbridge, s. 506. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 198. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun, tüzel kişilik kurumu ile alacaklıların meşru haklarının korunması arasındaki mücadelenin hikâyesi olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, Ersin: Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması, BATİDER, 2016, C. 32, Sa. 2, s. 6.

- 314 Genel olarak toplum için faydalı olsa da, sınırlı sorumluluğun gayri meşru davranışlara cevaz vermemesi gerektiği, özellikle ortakların şirket alacaklılarına karşı fırsatçı davranışlarını meşrulaştırmaması gerektiği yönünde bkz. Millon, s. 1382. Sınırlı sorumluluk ilkesinin kutsal bir imtiyaz olmadığı, bu nedenle bazı durumlarda göz ardı edilebileceği yönünde bkz. Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus: Aktiengesetz, Kommentar, Aufl. 4, Köln 2020, s. 45, Nr. 14. Sınırlı sorumluluğun ortaklara tanınmış bir hak olduğu, dolayısıyla her hakta olduğu gibi dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiği yönünde bkz. Arkan, Sabih: Lifting the Corporate Veil in Turkish Company Law (An Overview), Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Ankara 2020, s. 140. Benzer yönde bkz. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, B. 4, Ankara 2022, s. 184.
- 315 Nitekim ABD mahkemeleri 1583 davadan 636 (%40.18)'sında (bkz. Thompson, s. 1048), Kanada mahkemeleri ise 619 davadan 223 (%36.03)'ünde (bkz. Khimji/Nicholls, s. 232) tüzel kişilik perdesini kaldırarak ortakların sorumluluğuna hükmetmiştir.
- 316 İfade etmek gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu sadece şirketler hukukuna hasretmek mümkün değildir. Tüzel kişiliğin kötüye kullanılması şartıyla, idare, borçlar, icra iflas, vergi ve özellikle iş hukuku gibi bütün hukuk dallarında bu kuruma başvurmak mümkündür. Bkz. Yavaş, Murat: İcra İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması, THD, 2008, Sa. 24, s. 22; Yılmaz, Gülşah: Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması, TFM, 2021, C. 7, Sa. 2, s. 352; Uyar, Talih: Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi, ABD, 2016/2, s. 374; Kuş, s. 53.
- 317 Yanlı, s. 13 vd.; Arkan, s. 140; Esen, s. 10; Kervankıran, s. 458; Kuş, s. 55; Neher, Florian: Innergesellschaftliche Haftung für die Verletzung von Sorgfaltspflichten und Durchgriffshaftung bei

ve hangi sonuçlara yol açacağı konusunda geçmişten günümüze henüz yeknesak bir uygulama oluşturulamamıştır³¹⁸.

Nitekim yargı kararlarında³¹⁹, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda tek tip bir uygulama oluşturmaktan ziyade, her bir olayda sınırlı sorumluluk ilkesine dayanılmasının ne ölçüde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Öğretide de bu görüş benimsenmiş, sınırlı sorumluluk ilkesini ihlal etmeyi gerekli kılacak ilgili menfaatlerin her olayda farklılık arz edebileceği, bu yüzden tüm vakaları kapsayacak tek tip uygulama oluşturma çabasının, daha baştan başarısızlığa mahkûm olacağı ifade edilmiştir³²⁰. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetlidir. Zira çoğu hukuk sisteminde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu bilinçli olarak düzenlenmemekte, konu öğreti ve yargı uygulamasına bırakılmaktadır. Kanun koyucunun kesin sınır çizmekten kaçındığı bir konunun öğreti tarafından istisnalara kapalı bir şekilde ele alınması, hukuki uyumsuzlukların doğasında var olan çeşitliliğin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Bu noktada -her ne kadar hukuki güvenilirlik ve öngörülebilirlik açısından eleştirilse de³²¹ - bünyesinde çok çeşitli menfaat ve dinamikleri

Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 2011, s. 176; Hüffer, Uwe/Koch, Jens: Aktiengesetz, Aufl. 15, München 2021, s. 6; Millon, s. 1339.

- 318 Yanlı, s 2; Goette/Habersack/Kalss, s. 141; Moeremans, s. 57; Millon, s. 1339; Monsch, Martin/von der Crone, Hans Caspar: Durchgriff und wirtschaftliche Einheit Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW/RSDA, 5/2013, s. 449; Heintzman, Thomas G./Kain, Brandon: Through the Looking Glass: Recent Developments in Piercing the Corporate Veil, BFLR, 2013, Vol. 28, Issue 3, s. 525. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği bir durumun varlığı için, kabul edilebilecek genel olarak geçerli şartlar ve unsurlar tesbit edilemediğinden, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir kurum (institution) olup olmadığının doktrinde tartışıldığı yönünde bkz. Kervankıran, s. 459. Şartları net bir şekilde ortaya konulamadığından, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının şirketler hukukunun en büyük gizemlerinden birisi olduğu yönünde bkz. Solak, Ekrem: İngiliz Şirketler Hukukunda Prest V Petrodel Resources LTD [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Tüzel Kişilik Penceresinde Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, s. 652.
- 319 BGHZ 22, 226, 230; BGHZ 54, 222, 224; BGHZ 68, 312, 315; BGHZ 78, 318, 333; Y.9.HD, T.13.6.2022, E.2022/6274, K.2022/7556.
- 320 Kaplan, İbrahim: Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, BATİDER, 2009, C. 35, Sa. 4, s. 41; Akıncı, Şahin: Alacaklılardan Mal Kaçırarak için Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları, SÜHFD, 2019, C. 27, Sa. 3, s. 662; Yavaş, s. 33; Kaşak, s. 1254; Uyanık, s. 144-145; Uyar, s. 373; Goette/Habersack/Kalss, s. 143; Bainbridge, s. 507.
- 321 6102 sayılı TTK ile hâkime tanınan geniş takdir yetkisinin genel eleştirisi için bkz. Yasaman, Hamdi: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü, BATİDER, 2009, C. 25, Sa. 4, s. 73-94, 86-87.

barındıran tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü, somut olay adaletinin sağlanması adına hâkimin takdirine bırakmak en doğru yoldur³²²³²³. Esasen hukukçuların cevaplamakta zorluk çektiği sorular karşısında sıklıkla güvenli bir liman olarak sığındığı, “*somut olayın şartlarına bakmak gerekir*” ifadesinin tam olarak uyduğu durumun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması vakaları olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla ne zaman şirket tüzel kişiliğini göz ardı ederek ortakların sorumlu tutulabileceği sorusuna verilebilecek en doğru cevap, “*somut olayın şartlarına bakmak gerekir*” ifadesidir. Zira yargı uygulamasının konuya yaklaşımı da bu söylemi haklı kılar niteliktedir. Nitekim Yargıtay, zayıf konumdaki işçileri ilgilendiren uyuşmazlıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha esnek yaklaşırken ticari alacaklarla ilgili taleplere karşı daha katı tutum sergilemektedir³²⁴. Benzer şekilde, özellikle ABD uygulamasında mahkemeler, haksız fiil alacaklılarının taleplerinde daha esnek bir tutum sergilerken sözleşmesel alacaklıların taleplerinde daha katı bir tutum sergilemektedir.

Bu nedenle çalışmamızda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin her olaya uygun, doğru sonuca ulaşmaya imkân tanıyan tek tip kriterler öngörmekten ziyade, değerlendirme yapılırken hangi kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiği üzerinde durma gayreti içerisinde olacağız. Ancak yol göstermesi açısından yine de genel bir ölçüt belirtmek gerekirse, şirket ile ortaklar arasındaki mal ve şahıs ayrılığına dayanılmasının

322 Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu, bir nevi hâkimin hukuku olarak nitelendirmek mümkündür.

323 Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin davalarda mahkemelerin takdir yetkisinin önemini somut bir uyuşmazlık üzerinden örneklendirmek mümkündür. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı, iki şirket arasında organik bağın var olduğu gerekçesiyle bir şirketin borcu için diğer şirketin sorumlu tutulmasını talep etmiş, mahkeme organik bağın var olup olmadığının tespiti için bilirkişi görevlendirmiştir. Bilirkişi, raporunda iki şirket arasında organik bağın var olduğunu, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliğini belirtmiştir. Ancak ilk bilirkişi raporuna itiraz edilmesi üzerine ikinci defa bilirkişiye başvurulmuş, ikinci bilirkişi organik bağın var olduğunu ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla hareket söz konusu olmadığı için tüzel kişilik perdesinin kaldırılamayacağını belirtmiştir. Mahkeme her iki bilirkişi raporunda da bir maddi vakıa olarak organik bağın varlığının tespit edildiğini, hukuki değerlendirmenin mahkemeye ait olduğunu belirterek tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, kararı onamıştır. Ancak bu karar oy çokluğuyla alındığından, karşı oy yazısında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının şartlarının oluşmadığı belirtilmiştir. Bkz. Y.19.HD, T.24.03.2015, E.2014/7187, K. 2015/4144.

324 Kaya, Barış: Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri, HÜHFD, Özel Sayı, 2022, s. 490.

hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurduğu, iyiniyetle bağdaşmayan sonuçlara yol açtığı istisnai durumlarda, tüzel kişilik perdesini kaldırarak şirket borçları için ortakların sorumlu tutulabileceğini belirtmek mümkündür³²⁵.

2.2. TARİHSEL SÜREÇ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun kökenleri, ortaklar ile şirketin mal ve şahıs varlığının ayrıldığı 19. yüzyıla kadar dayanmakla birlikte, tüzel kişiliği göz ardı ederek ortakları sorumlu tutmak anlamına gelen Haftungsdurchgriff kavramı hukuk camiasında nispeten daha yeni yeni tartışılmaktadır. Nitekim Zurechnungsdurchgriff olarak nitelendirilen, tüzel kişinin vasıfları ile ortakların vasıflarının özdeş kabul edilip edilmeyeceğine yönelik kötü niyet ve milliyete ilişkin hususlar, şirketler ortaya çıktıktan hemen sonra tartışma konusu olurken, şirketin borçlarından dolayı ortakları sorumlu tutmak anlamına gelen Haftungsdurchgriff kavramı, ancak 20. yüzyılın başlarında halka kapalı şirketlerin ortaya çıkmasıyla birlikte tartışma konusu haline gelmiştir³²⁶³²⁷.

Bunun temelinde 19. yüzyılın başlarında kurulan şirketlerin, demiryolları, kanallar ve üretim tesisleri gibi faaliyetleri finansa etmek için borsada para toplayan büyük halka açık şirket niteliği taşıması yatmaktadır³²⁸. 19. yüzyılın başında kurulan bu şirketler sermaye olarak çok güçlü konumda olduklarından şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil

325 Yanlı, s. 21; Kendigelen, s. 30; Esen, s. 10-11; Tan/Wang/Hofmann, s. 153. Bu geniş dilin yatırımcıların risklerini değerlendirmelerini zorlaştırdığı, hukuki belirliliğin kaybı pahasına somut olay adaletine ulaşmak adına mahkemelerin bu tür gerekçelere dayandığı yönünde bkz. Schiessl, Maximilian: The Liability of Corporations and Shareholders for the Capitalization and Obligations of Subsidiaries under German Law, NJILB, 1986, Vol. 7, Issue 3, s. 481. Benzer yönde eleştiri için bkz. Gelb, Harvey: Piercing the Corporate Veil-The Undercapitalization Factor, CKLR, 1982, Vol. 59, Nr. 1, s. 2; Thompson, s. 1037.

326 Bu hususta bkz. Schall, Alexander: "Durchgriffshaftung" im Aktienrecht –haften Aktionäre für existenzvernichtende Eingriffe, qualifiziert faktische Konzernierung oder materielle Unterkapitalisierung?, Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag, München 2014, s. 537-538. Belirtmek isteriz ki, tarihsel süreç başlığı altında ifade edilenler, Alexander Schall tarafından kaleme alınan bu makalenin ilgili kısmının tercümesi niteliğindedir. Tarihsel süreci oldukça iyi açıkladığı düşünüldüğünden anlaşılabilirliği sağlamak amacıyla sadece ufak değişiklikler yapılarak eserin ilgili kısmı aktarılmıştır.

327 Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun geçmişinin eski olmadığı, 20. yüzyılın son çeyreğinde sermaye piyasası ve bankacılık sektöründeki ülke ekonomilerini sarsan çaptaki yolsuzlukların açtığı yaraları kısmen dahi olsa sarma amacıyla ortaya çıktığı yönünde bkz. Çamoğlu, s. 6.

328 Bu hususta bkz. Schall, Durchgriffshaftung, s. 538.

konusunda bir sorun gündeme gelmemekte, dolayısıyla tüzel kişilik perdesini kaldırarak şirketin borçları için ortakları sorumlu tutmak anlamına gelen Haftungsdurchgriff kavramına da ihtiyaç duyulmamaktaydı³²⁹. Hatta bu tür yatırımlar başarısız olsa dahi bu durum, şirket alacaklıları tarafından tüzel kişilik perdesini kaldırarak ortaklara başvurmak için bir gerekçe (dürüstlük kuralına aykırı bir davranış) olarak değil, aksine ticari hayatın içerdiği risklerden kaynaklanan olağan bir şanssızlık olarak algılanmaktaydı³³⁰. Nitekim mülkiyet-kontrol ayrımının sağlandığı bu tür halka açık şirketlerde ortaklar, şirket yönetimine müdahil olmayıp sadece elde edecekleri kara odaklandıklarından sorumluluklarını gerektirecek haklı bir gerekçe de bulunmamaktaydı. Bu tür şirketlerde alacaklılar, girişimci kararları almaya yetkili olan yöneticilerin sorumluluğu yoluyla korunmaktaydı.

Ancak 20. yüzyılın başlarında halka kapalı şirketlerin ortaya çıkmasıyla birlikte durum değişti, artık ortaklar şirket yönetimine müdahil olmaya başladı. Bunun sonucunda mülkiyet-kontrol ayrımı, dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin temelinde yatan ana gerekçe ortadan kalktı. Ayrıca düşük sermayeli şirket kurup riskli işler yaparak alacaklılara zarar verme vakalarının artması üzerine alacaklılar, ortaya çıkan zararları ticari hayatın içerdiği risklerden kaynaklanan olağan bir şanssızlıktan ziyade bir dolandırıcılık olarak algılamaya başladı. Bunun sonucunda sermaye şirketi ortaklarına tanınan sınırlı sorumluluk imtiyazı sorgulandı ve şirketin kişiliğini göz ardı ederek ortakları sorumlu tutmak anlamına gelen Haftungsdurchgriff kurumu ortaya çıktı³³¹. Ancak bu konuda açık kanuni düzenleme yapılmaktan ziyade³³², konu geleneksel olarak öğreti ve yargı uygulamasına bırakıldı³³³.

329 Bu hususta bkz. Schall, Durchgriffshaftung, s. 538.

330 Bu hususta bkz. Schall, Durchgriffshaftung, s. 539.

331 Bu hususta bkz. Schall, Durchgriffshaftung, s. 539-540; Hackney/Benson, s. 857.

332 Özellikle haksız fiil mağdurları ve işçi gibi, zayıf konumda olmaları sebebiyle sınırlı sorumluluk ilkesinin yol açtığı zararın dışsallaştırılması tehlikesine karşı müzakere etme imkânları olmayan alacaklılar lehine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vaka gruplarının öngörülmesinin faydalı olacağı yönünde bkz. Gloger, s. 42. Yasal düzenleme yapılmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Yavaş, s. 45.

333 Bu yönde bkz. Schall, Glaubigerschutz, s. 214; Monsch/von der Crone, s. 449; Bremm, s. 79; Çamoğlu, s. 15; Kaşak, s. 1253.

Bu bağlamda ABD mahkemeleri 1900'li yılların; Alman mahkemeleri ise 1920'li yılların başından itibaren şirket borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulabileceği yönünde kararlar vermiştir. Alman mahkemeleri, özellikle 1980 ile 2000 yılları arasında, borçlarını ödemediği iflas eden limited şirketlerin hâkim ortaklarını nitelikli fiili konzern kapsamında -sözleşmesel konzerne ilişkin anonim şirket hükümlerini (Alm POK m. 302, 303) kıyasen uygulamak suretiyle- sorumlu tutmuştur. İlk ortaya çıktığı günden günümüze kadar gelen süreçte ABD mahkemeleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerinde nispeten esnek bir tutum sergilemiştir. Ancak Alman mahkemeleri konuya oldukça temkinli yaklaşmış, özellikle 2007 tarihli Trihotel³³⁴ ve 2008 tarihli Gamma³³⁵ kararlarıyla birlikte sınırlı sorumluluk ilkesini güçlendirecek yönde adımlar atmış, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıkları haksız fiil kapsamında iç sorumluluk olarak çözüme kavuşturmuştur³³⁶. Türk yargı uygulamasında ise, 2000'li yılların başından itibaren tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumlu tutulması yönünde kararlar verilmiş, özellikle 2001 ve 2008 krizinin etkisiyle bu sayı günden güne artmıştır.

2.3. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

2.3.1. Genel Olarak

Gerek Türk gerekse yabancı öğretisi ve yargı uygulamasına bakıldığında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar terminolojik soruların maddi problemlerin çözümünde bir etkisi olmasa da, konunun daha anlaşılabilir hale gelmesi adına bu terimlerin tanıtılmasında fayda vardır³³⁷.

Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili üst kavram olarak "*Durgriff*" terimi kullanılmakta, bu terim iki alt başlığa ayrılarak, ortakları sorumlu

334 BGHZ 173, 246.

335 BGH, DB 2008, 1423.

336 Schmidt/Lutter, s. 47, Nr. 19; Tan/Wang/Hofmann, s. 175.

337 Mühlens, s. 6.

tutmak için “*Durchgriffshaftung/Haftungsdurchgriff*” ifadesi; ortak ve şirketin özelliklerinin birbirlerine atfedilmesi için *Zurechnungsdurchgriff* ifadesi kullanılmaktadır. Ancak uygulamada geleneksel olarak *Durchgriff* terimi bir üst kavram olarak değil, *Durchgriffshaftung/Haftungsdurchgriff* olarak algılanmaktadır³³⁸. ABD ve İngiliz hukukunda³³⁹ ikili bir ayrıma gidilmeksizin gerek ortakları sorumlu tutmak gerekse ortaklar ile şirketin özelliklerini birbirlerine atfetmek için “*lifting the corporate veil*” ya da “*piercing the corporate veil*” kavramları kullanılmaktadır³⁴⁰. Türk hukukunda da farklı kavramlar dile getirilmekle birlikte, genel olarak her iki tür için “*tüzel kişilik perdesinin kaldırılması/aralanması*” kavramı tercih edilmektedir³⁴¹.

Alman öğretisinde *Haftungsdurchgriff* kavramı geniş ve dar olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Konuyu geniş anlamda ele alan görüş (kötüye kullanma teorisi), tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ayrılık ilkesine uyulmamasının, tüzel kişinin şahıs ve malvarlığı açısından bağımsızlığının ihlal edilmesinin anlaşılması gerektiğini ileri sürerken, dar anlamda ele alan görüş (normun koruma amacı teorisi) ise, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda sadece sorumluluk ayrıcalığının göz ardı edildiğini şirket ve ortaklar arasındaki şahıs ve malvarlığı ayrılığının devam ettiğini ifade etmektedir³⁴².

2.3.2. Gerçek-Gerçek Olmayan Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında ortaya çıkan ayrımlardan birisi gerçek-gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya genellikle birbirleri yerine eş anlamlı olarak kullanılan dar ve geniş anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır³⁴³. Bu ayrımın temelinde ortakların sorumluluğunun özel bir düzenlemeden kaynaklanıp

338 Bork, Reinhard: *Zurechnung im Konzern*, ZGR, 1994, Vol. 23, Issue 2, s. 241.

339 Böyle bir ayrımın İngiliz hukukunda bulunmadığı, ancak çok sayıda kararın *Zurechnungsdurchgriff* kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Mühlens, s. 56.

340 Matschernus, Gunnar: *Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH*, Nomos 2007, s. 66; Mühlens, s. 8.

341 Yanlı, s. 16; Çamoğlu, s. 7; Pulaşlı, Şerh, s. 176; Bozgeyik/Yavaş, s. 303; Antalya, s. 143-144; Esen, s. 15, Kuş, s. 17; Göger, s. 77.

342 Bu hususta bkz. Mühlens, s. 7; Matschernus, s. 65.

343 Yanlı, s. 20; Göger, s. 74; Mühlens, s. 7.

kaynaklanmaması yatmaktadır. Eğer ortakların sorumluluğu için özel bir düzenleme mevcut değilse, gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması; özel bir düzenleme mevcutsa, gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsedilmektedir³⁴⁴. Gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını dışlayacağından bu iki türün aynı anda var olması mümkün değildir³⁴⁵. Zira tüzel kişilik perdesini kaldırarak ortakları sorumlu tutmak ikincil nitelikte bir imkândır, özel bir sorumluluk sebebi bulunduğu takdirde bu yola başvurulması mümkün değildir.

Gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, genellikle sorumluluk için özel bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen malvarlıklarının karışması veya yetersiz sermaye nedeniyle ortakların kişisel sorumluluğuna gidilmesi durumunda söz konusu olmaktadır³⁴⁶. Kanun, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya güven temelli özel bir sorumluluk nedeni varsa, gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelmektedir³⁴⁷³⁴⁸.

Gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda en bilinen örnek, limited şirket ortaklarının kamu borçlarından sorumluluğu ile ilgilidir. Şöyle ki, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun³⁴⁹ m. 35 hükmü gereği, limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye payları oranında doğrudan sorumludur. Burada ortakların sorumluluğu açık kanun hükmüne dayandığından gerçek anlamda tüzel kişilik

344 Dural, Mustafa: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 101; Yanlı, s. 4; Arkan, s. 140; Topalaoğlu, s. 2084; Kaşak, s. 1252; Kütükçü, s. 109; Matschernus, s.68; Mühlens, s. 7; Bremm, s. 63; Moeremans, s. 23.

345 BGHZ 31, 258, 271. Bu iki türün bir arada bulunabileceğine ilişkin farklı yönde görüş için bkz. Matschernus, s. 68.

346 Mühlens, s. 8.

347 Yanlı, s. 20; Bitter, Georg: Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz Ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO, 2010, Vol. 13, Issue 35, s. 1578; Frodermann, Jürgen/Jannott, Dirk: Handbuch des Aktienrechts, Aufl. 9, Heidelberg 2017, s. 23; Mühlens, s. 8; Matschernus, s. 67; Goette/Habersack/Kalss, s. 148; Drygala/Staake/Szalai, s. 178; Moeremans, s. 23.

348 Bunların tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına benzer haller olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, s. 12.

349 RG. T. 28.07.1953, S. 8469.

perdesinin kaldırılmasından bahsetmek mümkün değildir. Yine TTK m. 202 vd.³⁵⁰, TTK m. 236/1³⁵¹, Kamu İhale Kanunu³⁵² m. 58/2, 59³⁵³, Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu³⁵⁴ m. 3/2³⁵⁵, İş Kanunu³⁵⁶ m. 2/6³⁵⁷, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³⁵⁸ m. 3³⁵⁹ ve Elektrik Piyasasında Dağıtım ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği³⁶⁰ m. 8/b³⁶¹ hükümlerini de gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirmek mümkündür³⁶².

Bu bağlamda gündeme gelen ikinci önemli örnek, ortakların kefalet ve garanti gibi sözleşmeler aracılığıyla kendi iradeleriyle şirket borçları için sorumluluk

350 Söz konusu hükümlerde, sınırlı sorumluluğa rağmen hâkim şirketin bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutulabileceği haller düzenlenmektedir.

351 Söz konusu hükme göre, kolektif şirket ortakları, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malvarlığı ile sorumludur.

352 RG, T. 22.01.2002, S. 24648.

353 Anılan düzenlemeler, haklarında kamu ihale yasağı kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortakları hakkında da kamu ihale yasağı kanunu kapsamında yasak kararı verileceğini öngörmektedir.

354 RG. T.07.05.1983, S. 18040.

355 İlgili hüküm, kamu kurum ve kuruluşlarıyla yapılacak olan toplu iş sözleşmelerinin, ilgili kamu kurumlarına bağlı olan müesseseleri de kapsayacak şekilde hüküm ve sonuç doğuracağını öngörmektedir. Bir kamu tüzel kişisi, toplu iş sözleşmesi imzaladığında, ona bağlı müesseselerin tüzel kişilik perdeleri kanunen kaldırılarak, toplu iş sözleşmesinin kapsamına onlar da dâhil edilmektedir.

356 RG, T. 10.06.2003, S. 25134.

357 İlgili düzenlemeye göre, asıl işveren ile alt işveren işçiye karşı yasal ve akdi yükümlülüklerden birlikte sorumlu olacaklarından, asıl işveren bir ticaret şirketi, alt işveren ise onun ortağı olan bir tüzel kişi ise, asıl işveren iş sözleşmesinin alt işverenle yapıldığı gerekçesi ile yükümlülüklerinden kaçınamayacaktır.

358 RG, T. 13.12.1994, S. 22140.

359 İlgili hükme göre, bir teşebbüsün içerisinde yer alan gerçek ve tüzel kişiler, kendilerinin bağımsız birer gerçek veya tüzel kişi olduğunu ileri sürerek, RKHK hükümlerinin uygulanmasından kaçınamazlar. Böylece bir teşebbüsün kontrolünün ele geçirilmesi durumunda, tüzel kişilik perdesi aralanarak kontrol yetkisini ele geçiren, gerçek (veya tüzel) kişi ile özdeş sayılacak ve hâkim durumun tespitinde her ikisinin payı birlikte hesaplanacaktır.

360 RG, 02.07.2023, S. 28726.

361 İlgili düzenlemeye göre, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından tarife kapsamında yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıklarının öncelikle şirketin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilmesine karar verilebilir.

362 Örnekler için bkz. Çamoğlu, s. 10; Ulusoy, Erol: Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 358 vd.; Göger, s. 74.

üstlenmeleridir³⁶³. Nitekim özellikle küçük ve orta ölçekli halka kapalı şirketler söz konusu olduğunda, bankalar verdikleri kredileri güvence altına alabilmek için sıklıkla şirket ortaklarının kefil olmasını veya garanti vermesini talep etmektedir³⁶⁴. Yine şirketler topluluğunda hâkim şirket bağlı şirketlerin kredi itibarını artırmak adına sıklıkla patronaj beyanında bulunmaktadır³⁶⁵. Alacaklıların hissedarlara karşı doğrudan talep hakkına sahip olduğu bu gibi durumlar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira bu durumlarda ortaklar, şirket yönetimi üzerindeki rolü nedeniyle değil akdettikleri sözleşme sebebiyle sorumludur³⁶⁶.

2.3.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz-Tersten Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında gündeme gelen ayrımlardan bir diğeri, tüzel kişilik perdesinin düz ve tersten kaldırılmasıdır. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması durumunda şirketin borçları için ortağın sorumluluğuna başvurulması söz konusudur. Tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması durumunda ise bir ortağın borçları için şirkete başvurulmaktadır³⁶⁷.

Özellikle Alman öğretisinde, şirketin varlıkları sadece kendi alacaklılarına güvence oluşturacağı gerekçesiyle -malvarlığının karışması durumunda dahi³⁶⁸-ortağın borçları için şirketi sorumlu tutmanın, dolayısıyla tüzel kişilik perdesini tersten kaldırmanın mümkün olmayacağı kabul edilmektedir³⁶⁹. Bu durumda ortağın kişisel alacaklısının yapabileceği yegâne şey borçlusunun payını haczettirmek veya şirket iflas durumundaysa

363 Drygala/Staake/Szalai, s. 178; Altıng, s. 197.

364 Bainbridge, s. 501. Nitekim bu nedenle, halka kapalı şirketler açısından sınırlı sorumluluk ilkesinin fiilen önemini yitirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Millon, s. 1315.

365 Matschernus, s. 67; Bork, s. 257.

366 Yanlı, s. 19; Tan/Wang/Hofmann, s. 184; Bork, s. 257.

367 Yanlı, s. 37-38; Kendigelen, s. 30; Esen, s. 16-17; Uyanık, s. 38; Göger, s. 98; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal: Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 398; Topaloğlu, s. 2087; Şahin, s. 1616; Moeremans, s. 51; Brass, Miphael: Der umgekehrte Haftungsdurchgriff im Deutschen und US-Amerikanischen Recht, Frankfurt 2001, s. 34 vd.

368 Hüffer/Koch, s. 8.

369 Goette/Habersack/Kalss, s. 147; Schall, Durchgriffshaftung, s. 537, dn.1; Moeremans, s. 51; BGH WM 1990, 631, 632. Aynı yönde bkz. Kendigelen, s. 30-32; Şahin, s. 1616; Y.11.HD, T.29.4.2013, E.2012/5449, K.2013/8485.

iflas masasından talepte bulunmaktadır³⁷⁰. Ancak Alman hukukunda her ne kadar gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak tasarlanmasa da, nitelikli fiili konzernde işlevsel olarak aynı sonucu doğuran bu bağlamda değerlendirilmesi gereken benzer araçların var olduğu ifade edilmektedir³⁷¹.

Kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması kurumuna karşı bu şekilde toptan reddedici bir yaklaşım isabetli değildir. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişiliğin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu kurumun uygulama alanı bulabilmesi için tüzel kişiliğin ne şekilde kötüye kullanıldığı bir önem arz etmemelidir. İster tüzel kişinin alacaklılarını isterse ortağın alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla olsun tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı her durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulabilmelidir. Bu noktada şirketin malvarlığının sadece kendi alacaklılarına güvence oluşturduğu gerekçesiyle ortağın borçları için şirkete başvurulamayacağı savunulması isabetli değildir. Eğer bu gerekçe kabul edilirse şirketin borçları için de ortaklara başvurulmasına izin verilmemelidir. Zira ortağın malvarlığı da kendi kişisel alacaklılarının güvencesidir. Bu nedenle özellikle tek kişilik şirketlerde ortak, alacaklılarından mal kaçırmak adına malvarlığını şirkete devrettiğinde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortağın borcu için şirkete başvurulabilmelidir³⁷². Nitekim Alman hukukunun aksine Türk³⁷³ ve İsviçre³⁷⁴ hukukunda tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılmasına daha ılımlı yaklaşmaktadır.

370 Bremm, s. 62.

371 Schall, Durchgriffshaftung, s. 537, dn. 1.

372 Benzer yönde bkz. Seven, Vural/Göksoy, Can: Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bir Kararın Değerlendirilmesi, İBD, 2006, C. 80, Sa. 6, s. 2459; Kaplan, s. 41; Yavaş, s. 19. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, şahsi alacaklısından mal kaçırmak amacıyla malvarlığını ortak olduğu şirkete devreden ve daha sonra şirketten ayrılan ortağın borcu için şirketi sorumlu tutmuştur. Bkz. BGE 102 III 165.

373 Y.22.HD, T.06.12.2018, E.2017/18188, K.2018/26470; Y.11.HD, T.11.12.2017, E.2016/5148, K.2017/7084; Y.23.HD, T.11.10.2012, E.2012/4160, K.2012/5938.

374 BGE 132 III 493; BGE 102 III 165 vd.; BGer 5A_498/2007.

2.3.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz-Çapraz Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında gündeme gelen ayrımlardan bir diğeri, tüzel kişilik perdesinin düz ve çapraz kaldırılmasıdır. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması durumunda bir şirketin borcu için söz konusu şirkette ortak sıfatına sahip kişi sorumlu tutulmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasında ise, bir tüzel kişinin borcu için söz konusu şirkette ortak olmayan başka bir tüzel kişinin malvarlığına başvurulmaktadır. Bu ikinci durum genellikle şirketler topluluğunda gündeme gelmekte, öncelikle yavru şirket ile ana şirket arasında perde kaldırılmakta daha sonra yavru şirketin malvarlığına başvurulmaktadır³⁷⁵. Bu durum bir ortağın (ana şirketin) borcundan dolayı (bağlı) şirketi sorumlu tutmak anlamına geldiğinden bir nevi tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması sonucunu doğurmaktadır³⁷⁶. Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması Türk yargı uygulamasında kabul görürken³⁷⁷, -bir ortağın borcu için şirketi sorumlu tutmak anlamına geldiğinden- Alman yargı uygulamasında konuya genellikle daha temkinli yaklaşılmaktadır³⁷⁸.

Öğreti ve yargı uygulamasında tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılabilmesi için aynı şirketler topluluğuna dâhil olmanın tek başına yeterli bir unsur olmadığı, bir bağlı şirketin borcundan dolayı diğer bağlı şirketin sorumlu tutulabilmesi için şirketler arasında iktisadi bütünlülüğün bulunması gerektiği ifade edilmektedir³⁷⁹. İktisadi bütünlük için şirketlerin

375 Yanlı, s. 40; Kendigelen, s. 32; Kaplan, s. 41; Akıncı, s. 663; Seven/Göksoy, s. 2465; Esen, s. 17; Uyanık, s. 40-41; Göger, s. 102.

376 Kaplan, s. 41.

377 Nitekim bir şirket, işlettiği tesisi elektrik borcunu ödemedi kapatmış, bu şirketle aynı topluluğa dâhil olan başka bir şirket tesisi tekrar faaliyete geçirmek istemiş ve elektriğin açılması talebinde bulunmuştur. Elektrik tedarik şirketi, eski şirketin borcundan tesisi yeniden açmak isteyen şirketin de sorumlu olduğunu ileri sürerek borç ödenmeden abonelik açmayacağını belirtmiştir. Ancak şirket ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu ileri sürerek karara itiraz etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, her iki şirketin de aynı topluluğa dâhil oldukları ve ortaklık yapılarının aynı olduğu gerekçesiyle eski şirketin borcu için yeni şirketin sorumlu tutulmuştur. Bkz. Y.19.HD, T.10.10.2008, E.2008/718, K.2008/9343.

378 Kaşak, s. 1259.

379 Öztekin, Selçuk/Memiş, Tekin: Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 208-209; Gül, Hilal: Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İBD, 2017, C. 91, Sa. 6, s. 208; Seven/Göksoy, s. 2466; Yavaş, s. 21; Esen, s. 18; Şahin, s. 1619; Y.23.HD, T.27.2.2019, E.2016/3472, K.2019/745 (Karşı oy): “Perdenin çapraz kaldırılmasında büyük çaplı bağlı işletmeler topluluğunda, gıda, finans, otomotiv, enerji gibi farklı sektörlerde faaliyet gösteren, aynı seviyedeki

aynı alanda faaliyet göstermesi gerekir. Nitekim bir topluluk içinde çok farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketler olabilir. Aynı topluluğa dâhil olmalarına rağmen tekstil alanında faaliyet gösteren bir şirket ile gıda alanında faaliyet gösteren bir şirket arasında iktisadi bütünlüğün varlığından bahsetmek mümkün değildir. Aynı alanda faaliyet gösteren iki şirketten birinin üretim değerinin satış birimiyle ilgilenmesi ise iktisadi bütünlüğün kabulüne engel teşkil etmemektedir³⁸⁰.

Ancak bu noktada iktisadi bütünlük şartının tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması için tek başına yeterli bir unsur olmadığını belirtmek gerekir. Üretim biriminin borcundan dolayı satış biriminin sorumlu tutulabilmesi için bu ayrışmanın risk çeşitlendirmek amacıyla yapıldığının somut olarak ispatı gerekir. Bu noktada üretim biriminin yetersiz sermayelendirilmesi bu yönde bir iradenin varlığı konusunda gösterge olacaktır. Ayrıca öğretisi ve yargı uygulamasında belirtilenin aksine tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması için iktisadi bütünlüğün gerekli bir şart olarak kabul edilmesi kanaatimizce isabetli değildir³⁸¹. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun temelinde yatan asıl gerekçe, tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanılarak alacaklılara zarar verilmesini engelleme arzusudur. Dolayısıyla iki şirket arasında iktisadi bütünlük bulunmasa dahi alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik bir işlem söz konusu ise, aynı şirketler topluluğuna dâhil iki şirketi farklı alanlarda faaliyet göstermelerine rağmen birbirlerinin borcundan dolayı sorumlu tutmak mümkün olmalıdır. Nitekim Türk yargı uygulamasının konuya yaklaşımının da bu yönde olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de Yargıtay, organik bağ kavramı çerçevesinde iki

tüzel kişiliğe haiz kardeş şirketler arasında, 'iktisadi bütünlük' yoksa perdenin kaldırılması teorisini uygulamamak gerekir”.

380 Öztekin/Memiş, s. 209; Seven/Göksoy, s. 2466; Akıncı, s. 669; Topaloğlu, s. 2087; Yavaş, s. 21; Şahin, s. 1619; Y.9.HD, T.13.6.2022, E.2022/6274, K.2022/7556: “Tüzel kişilik perdesinin aralanması genellikle kardeş şirketler arasında söz konusu olduğundan, ana şirket ile kardeş 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 aralanması 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 bu şirketler aslında özdeştir, alacaklılardan mal kaçırmak ya da sorumluluktan kurtulmak amacıyla kötü niyetli olarak iki farklı tüzel kişilik gibi kurulmuştur. Ayrıca bunların üretim, pazarlama ve ihracat faaliyetleri birbirini tamamlayıcı nitelikte olup, şirketler aslında tek ve aynı iktisadi işletmeye vücut vermektedir...”

381 Benzer yönde bkz. Göger, s. 104.

şirket arasında iktisadi bütünlük olmasa dahi alacaklıları zarara uğratmak kastıyla bir hareket söz konusu ise bir şirketi diğer şirketin borcu için sorumlu tutmaktadır³⁸².

2.3.5. Ortakları Sorumlu Kılma (Haftungsdurchgriff)-Bilgi ve Özellikleri Atfetme (Zurechnungsdurchgriff) Ayrımı

2.3.5.1. Genel Olarak

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında gündeme gelen önemli bir ayırım, Haftungsdurchgriff-Zurechnungsdurchgriff ayrımıdır. Haftungsdurchgriff tüzel kişinin borçları için ortakları sorumlu tutmak anlamına gelirken, Zurechnungsdurchgriff durumunda yasa veya sözleşme hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesi veya kişisel özelliklerin şirket ve ortaklar arasında karşılıklı olarak atfedilmesi söz konusudur³⁸³. Farklı bir deyişle Haftungsdurchgriff durumunda şirket ile ortaklar arasındaki mal ayrılığı; Zurechnungsdurchgriff durumunda ise şahıs ayrılığı göz ardı edilmektedir.

Esasen Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için üst kavram olarak Durchgriff terimi kullanılmakta, Haftungsdurchgriff-Zurechnungsdurchgriff kavramları bunun alt türü olarak incelenmektedir³⁸⁴. Zurechnungsdurchgriff kavramının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (Durchgriff) kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte³⁸⁵, tüzel kişinin üyelerinden ayrılması gerekip gerekmediği sorusunun tartışıldığı her konunun dolayısıyla Zurechnungsdurchgriff kavramının da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında (Durchgriff) değerlendirilebileceği kabul edilmektedir³⁸⁶.

382 Bu hususta ayrıntılı bilgi için 2.Bölüm 2.8.2 numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

383 Tekinalp, Ünal: Tek Kişilik Ortaklık I-Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, s. 335, Nr. 18-07; Yanlı, s. 21-22; Topaloğlu, s. 2086; Matschernus, s.68; Mühlens, s. 56; Hölter/Weber, s. 3, Nr. 9; Schmidt/Lutter, s. 45, Nr. 13.

384 Ancak Alman öğretisinde geleneksel olarak Durchgriff kavramından Durchgriffshaftung anlaşılmaktadır. Bkz. Bork, s. 241.

385 Schall, Durchgriffshaftung, s. 538, dn. 4.

386 Mühlens, s. 9; Goette/Habersack/Kalss, s. 141; Hüffer/Koch, s. 6; Schmidt/Lutter, s. 45, Nr. 13.

2.3.5.2. Özellikler, Bilgi Sahibi Olma, Fiiller ve Davranışlar Bakımından Özdeş Kılma

Bilgi ve özellikleri atfetme (Zurechnungsdurchgriff) başlığı altında gündeme gelen ana konu şirket ve ortakların davranış, bilgi veya özelliklerinin karşılıklı olarak ne ölçüde birbirlerine atfedilmesi gerektiği ile ilgilidir³⁸⁷. Nitekim bu nedenle Almanca'da atfedilmeye karşılık gelen Zurechnung ifadesi kullanılmaktadır³⁸⁸. Esasen Zurechnungsdurchgriff kavramı bir kişiye temsil yetkisi verildiğinde, temsil edilen kişinin değil temsilcinin iradesinin dikkate alınması gerektiği yönündeki genel hukuk ilkesinin şirketler hukukundaki yansımasıdır³⁸⁹.

Bu başlık altında gündeme gelen klasik örnek üçüncü kişinin hilesi sebebiyle sözleşmenin geçersizliği ile ilgilidir. Şöyle ki, Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁹⁰ m. 36 hükmü gereği taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu sözleşme yapmışsa sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak aldatma üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmişse aldanan kişinin sözleşmeyle bağlı olmaması için sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması gerekir. Örneğin şirketin taraf olduğu bir sözleşmede şirkette tek veya hâkim konumdaki ortak, karşı tarafın yanıltmasına neden olmuşsa şirket, ortağın üçüncü kişi sıfatını taşıdığını dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için hilenin kendisi tarafından fiilen biliniyor olması gerektiğini iddia edebilecek midir? Öğretide haklı olarak hileye sebep olan tek veya hâkim konumdaki ortağın üçüncü kişi olarak nitelendirilemeyeceği, hâkim veya tek ortağın hilesinin şirketin hilesi olarak değerlendirileceği, dolayısıyla sözleşmenin şirketin hilesi nedeniyle geçersiz olacağı kabul edilmektedir³⁹¹.

387 Matschernus, s.68; Mühlens, s. 57; Drygala/Staake/Szalai, s. 178; Goette/Habersack/Kalss, s. 145; Bremm, s. 59.

388 Mühlens, s. 57. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Bork, s. 237 vd.

389 Goette/Habersack/Kalss, s. 146.

390 RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

391 Yanlı, s. 25; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 374; Goette/Habersack/Kalss, s. 145; Matschernus, s. 68-69; Tan/Wang/Hofmann, s. 184; Y.3.HD, T.17.12.2013, E.2013/15109, K.2013/18024: "...Ortaklık ile ortak arasında iyiniyetin rol oynadığı bir işlem söz konusu olduğunda karşımıza ortaklığın hâkim ortağının hilesi sonucunda hataya düşürülmüş ise burada üçüncü kişi değil, doğrudan ortaklığın hilesinden söz edilebileceğinden..."

Bu kapsamda gündeme gelen ikinci örnek, simsarlık ücretiyle ilgilidir. TBK m. 520 hükmü gereği simsar, aracılık faaliyeti sonucunda üçüncü kişilerle sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır. Bu noktada üçüncü kişi kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin simsarlık faaliyeti yürüten bir şirket, tek veya hâkim ortağıyla sözleşme kurulmasına aracılık ettiği takdirde ücrete hak kazanabilecek midir? Öğretide haklı olarak tek veya hâkim ortağın üçüncü kişi olarak kabul edilmeyeceği dolayısıyla şirketin simsarlık ücretine hak kazanamayacağı ifade edilmektedir³⁹².

Üçüncü örnek, sigorta sözleşmelerinde rizikonun kasten gerçekleştirilmesiyle ilgilidir. TTK m. 1477 hükmü gereği, sigortalı rizikonun kasten gerçekleşmesine neden olursa, sigorta şirketinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bu noktada sigorta yaptıran bir şirketin tek veya hâkim ortağı kasten rizikonun gerçekleşmesine neden olursa sigortacının sorumluluğunun devam edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir? Öğretide haklı olarak bu gibi durumlarda sigortacının sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir³⁹³. Benzer şekilde şirketin tarafı olduğu bir sözleşmede hâkim veya tek ortak koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı biçimde engel olmuşsa koşul gerçekleşmiş, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır (TBK m. 175)³⁹⁴.

Dördüncü örnek, iyiniyetle iktisabın hukuk düzenince korunduğu hallerdir. TMK m. 1023 gereği tapu kütüğündeki tescile güvenerek mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Yine TMK m. 988 hükmü gereği bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa dahi korunur. Bu noktada tek veya hâkim konumdaki ortak durumun farkındaysa şirketin iyiniyetinden

392 Yanlı, s. 32-33; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 373; Goette/Habersack/Kalss, s. 145; Mühlens, s. 9, 57; Neher, s. 177; BGH, NJW 1839; BGH NJW 1974, 1130; BGH WM 1975, 1208; BGH NJW 1976, 1228; BGH NJW 1985, 2473.

393 Goette/Habersack/Kalss, s. 145; Tekinalp/Tekinalp, s. 388; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 373.

394 Yanlı, s. 28.

bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide haklı olarak bu durumda artık şirketin iyiniyetinden bahsetmenin mümkün olmayacağı, dolayısıyla şirketin iktisabının korunmayacağı kabul edilmektedir³⁹⁵.

Beşinci örnek, zamanaşımının başlangıcıyla ilgilidir. TTK m. 560 hükmü gereği şirket yöneticilerine karşı sorumluluk davası açma hakkı, zararın ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren iki yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar. İki yıllık sürenin işleyebilmesi için zararı ve zarar vereni münferiden ortakların öğrenmesi yeterli olmayıp, zarara ve zarar verene ilişkin bilginin en azından genel kurulun dikkatine sunulması gerekir³⁹⁶. Ancak zararı ve zarar veren kişiyi öğrenen ortak şirket paylarının çoğunluğuna örneğin %90'ına sahipse, konunun özel olarak genel kurulun bilgisine sunulması gerekmeyecek, genel kurulca bilme şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilecektir³⁹⁷. Zira genel kurul pay sahiplerinden oluşan bir organ olduğundan çoğunluğun konuyu bilmesi, bir nevi genel kurulun (şirketin) konuya vâkıf olması anlamına gelecektir.

Altıncı örnek, ibranın kapsamına ilişkindir. Şöyle ki, bir konunun ibra kapsamında değerlendirilebilmesi için genel kurulun bilgisine sunulması gerekmekte, bu şartın varlığı için münferiden ortakların konuya vakıf olması yeterli kabul edilmemektedir³⁹⁸. Ancak ibra edilen konuyu öğrenen ortak, şirket paylarının çoğunluğuna örneğin %90'ına sahipse konunun özel olarak genel kurulun bilgisine sunulması gerekmeyecek, genel kurulca bilme şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilecektir. Nitekim genel kurul ortaklardan

395 Yanlı, s. 25; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 373-374; Kuş, s. 93; Goette/Habersack/Kalss, s. 147; Mühlens, s. 58, 59; Neher, s. 177; RGZ 119, 31.

396 Bu noktada ifade etmek gerekir ki, şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için uyulması gereken iki yıllık sürenin işleme açısından zararı ve zarar vereni şirketin yönetim organının öğrenmesi gerekir. Ancak genel kurul duruma vakıfca artık yönetim organının öğrenmesi şartı aranmamalıdır.

397 Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2010, s. 307; Güner, Temel: Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018, s. 145.

398 Aytaç, Zühtü: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 100; Chammartin Catherine/von der Crone, Hans Caspar: Der Déchargebeschluss, SZW/RSDA, 6/2005, s. 336; Metzler, Lukas/Schmuki, Markus: Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, AJP/PJA, 2001, s. 947.

oluşan bir organ olduğundan tek kişi ortağın veya %90 paya sahip ortağın öğrenmesi genel kurulun (şirketin) öğrenmesi anlamına gelecektir³⁹⁹.

Bir diğer örnek, mülkiyet hakkı ihlal edilen tüzel kişilerin ortaklarına da dava hakkı tanıyan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıdır. Nitekim bir tüzel kişinin mülkiyet hakkı ihlal edildiği takdirde dava hakkı şirkete ait olmakla birlikte Mahkeme tek veya hâkim ortağın da dava açabileceğini kabul etmektedir⁴⁰⁰. Benzer şekilde tek ortaklı şirketlerde şirketin uğradığı zararın ortaklar tarafından da tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin şirkette tek ortak ve yönetici olan kişi, üçüncü bir kişinin haksız fiili sonucunda belli bir süre çalışma yetisini kaybetmişse ortak şahsen uğradığı zararın tazmini için üçüncü kişiye karşı dava açabilir. Ancak yöneticinin belirli bir süre iş göremez hale gelmesi nedeniyle şirket de zarara uğramış olabilir. Tek kişilik şirketlerde genellikle şirketin malvarlığı ile ortakların malvarlığı aynı kabul edildiğinden şirketin zararı için ortakların da dava açabileceği kabul edilmektedir⁴⁰¹. Son olarak TTK m. 553 kapsamında dolayısıyla zararlarının tazmini için şirket ortaklarına dava hakkı tanınmasını da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür⁴⁰².

Bu kapsamda zikredilebilecek diğer bir örnek, kıymetli evrak hukukunda şahsi def'ilerin sadece taraflar arasında ileri sürülebilmesi ile ilgilidir. Kamu itimadına mazhar olmaları sebebiyle emre ve hamiline yazılı senetlerde şahsi def'iler sadece taraflar arasında ileri sürülebilir (TTK m. 659). Ancak bir hâkim şirket borçlu ile arasındaki şahsi def'inin ileri sürülmesini önlemek amacıyla senedi paylarının tamamına sahip olduğu bağlı şirkete devrederse, bağlı şirket kendisinin ayrı bir tüzel kişiliği olduğunu, ana şirkete karşı ileri

399 Watter, Rolf/Dubs, Dieter: Der Dechargebeschluss, AJP/PJA, 8/2001, s. 912; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 307; Güner, s. 164.

400 Bu hususta bkz. Can, Ozan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Malvarlığı Haklarının Korunmasında Ticaret Şirketi Ortaklarının Başvurucu Sınıfının Değerlendirilmesi ve Tüzel Kişilik Perdenin Kaldırılması Teorisi, İnÜHFD, 2016, C. 7, Sa. 2, s. 77 vd.

401 Yanlı, s. 43-47; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 391. BGH 61, NJW 1974, 134; BGH, NJW 1977, 1283; BGH, AG 1989, 170=BB 1989, 1007=NJW-RR, 1989, 684= ZIP 1989, 98.

402 Yanlı, s. 44.

sürülebilecek şahsi def'ilerin kendisine karşı ileri sürülemeyeceği savunmasında bulunamayacaktır⁴⁰³.

2.3.5.3. Sözleşme Hükümlerinin Uygulanması Açısından Özdeş Kılma

Sözleşme hukukunda geçerli olan nispi ilkesi gereği, bir sözleşme sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Her ne kadar üçüncü kişiler lehine bazı tasarruflarda bulunmak mümkün olsa da, üçüncü kişiler aleyhine borç doğurucu işlem yapmak mümkün değildir. Buna karşın bazı sözleşmelerin, hüküm ve sonuçlarını tam anlamıyla doğurabilmesi için iyi niyet kuralları çerçevesinde yorumlanarak sözleşmenin tarafıyla yakın ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişilere de uygulanması gerekir. Bu durum, özellikle tek ortaklı veya paylarının çoğunluğu bir kişiye ait olan şirketle yapılan sözleşmeler bakımından geçerlidir⁴⁰⁴.

Bu başlık altında gündeme gelen en yaygın örnek rekabet yasağıyla ilgilidir. Örneğin, ticari işletmesini devreden bir kişi işin niteliği gereği belli bir süre rekabet yasağına tabidir. Ancak bu kişi kendisi değil de hâkim konumda olduğu veya yönetim organında aktif görev aldığı bir şirket aracılığıyla rekabet teşkil edecek fiilleri gerçekleştirdiği takdirde rekabet yasağının bir anlamı kalmayacaktır. Yine eski işverenine karşı rekabet etmeme yükümlülüğü bulunan bir işçi, hâkim konumda olduğu veya yönetim organında aktif görev aldığı bir şirket aracılığıyla rekabet teşkil edecek fiilleri gerçekleştirdiği takdirde rekabet yasağı dolanılmış olacaktır⁴⁰⁵. Dolayısıyla bu örneklerde rekabet yasağının işlevsel hale gelebilmesi için yasağın bağımsız bir kişiliğe sahip olan şirketler bakımından da uygulanması gerekecektir⁴⁰⁶. Ancak kişi şirkette pasif konumdaysa söz

403 Tekinalp/Tekinalp, s. 387; Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 336, Nr. 18-10; Yılmaz, Lerzan: Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 248.

404 Yanlı, s. 29; Kuş, s. 96.

405 Tan/Wang/Hofmann, s. 185; Bremm, s. 59; Yanlı, s. 29; Topaloğlu, s. 2087.

406 Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 338, Nr. 18-19; Dural, s. 104; Antalya, s. 152; Şahin, s. 1612; Topaloğlu, s. 2087. Bu yönde bkz. BGE 71 II 272; RGZ 114, 68; BGHZ 5, 13.

konusu şirket rekabet teşkil eden fiili gerçekleştirse dahi rekabet yasağının ihlalden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴⁰⁷.

Bu kapsamda gündeme gelen diğer bir örnek Çek Kanunu⁴⁰⁸ m. 4/2 hükmüdür. Buna göre: *“tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması hâlinde, hesabın bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir.”* İlgili hüküm dikkate alındığında gerçek kişi ortaklar veya yöneticiler adına açılan çek hesapları tüzel kişinin borçlarının ödenmesi için kullanılıyor ise çek hesabı, tüzel kişiye ait sayılacaktır. Böylelikle çek hesabı yönünden tüzel kişilik perdesi aralanarak, tüzel kişinin çek hesabından ödenemeyen çeklerin, gerçek kişi ortaklara ait çek hesaplarından ödenmesinin yolu açılmaktadır. Kural olarak her tüzel kişi tacir açtığı çek hesabından ödenmek üzere keşide ettiği çekten kendi malvarlığı ile sorumludur. Ancak tüzel kişi tacirin faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydı ile, ortaklarının da şahsi çek hesapları ile tüzel kişi tacirin çeklerinden sorumlu olmaları mümkün hale gelmiştir⁴⁰⁹.

2.3.5.4. Kanun Hükümlerinin Uygulanması Bakımından Özdeş Kılma

Tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi bazı kanuni düzenlemelerin hüküm ve sonuçlarını tam anlamıyla doğurabilmesi için iyi niyet kuralları çerçevesinde yorumlanarak muhtabıyla yakın ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişilere de uygulanması gerekir. Eğer şirket ile ortaklar arasında şahıs ayrılığının uygulanması bir kanun hükmünün dolanılmasına neden oluyorsa şahıs ayrılığı göz ardı edilmelidir⁴¹⁰.

407 Tan/Wang/Hofmann, s. 185.

408 RG, T. 20.12.2009, S. 27438.

409 Bu hususta bkz. Ulusoy, Erol: Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor, İnÜHFD, 2010, C. 1, Sa. 1, s. 69 vd.; Helvacı, Mehmet: Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, BATİDER, 2009, C. 35, Sa. 4, s. 249; Çamoğlu, s. 9-10.

410 Yanlı, s. 252; Kuş, s. 97.

Bu konuda gündeme gelen en güncel örneklerden birisi tüzel kişilerin yönetim veya müdürler kurulu üyesi seçilmesi ile ilgilidir. Şöyle ki, gerek anonim (TTK m. 359) gerekse limited şirketlerde (TTK m. 623.2) tüzel kişi yönetim/müdürler kurulu üyesi seçildiğinde tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir gerçek kişinin atanması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak şirket yöneticileri için aranan –tam ehliyetli olma hariç⁴¹¹- kanuni veya esas sözleşmesel şartların tüzel kişi yönetim/müdürler kurulu üyesini temsilen atanan gerçek kişi açısından da aranıp aranmayacağı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide haklı olarak yönetim/müdürler kurulu üyeliği için aranan kanuni veya esas sözleşmesel şartların tüzel kişi yönetim/müdürler kurulu üyelerinin gerçek kişi temsilcileri bakımından da aranması gerektiği, aksi takdirde bu şartların dolanılacağı, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin/müdürün, temsilcisi gerçek kişide vücut bulduğu dikkate alındığında bu sonuca varmanın kanunun amacına daha uygun düşeceği ifade edilmiştir⁴¹². Dolayısıyla bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda tüzel kişi yönetim/müdürler kurulu üyesi ile temsilcisi gerçek kişi özdeş kılınarak gerçek kişi temsilcinin de yönetim/müdürler kurulu üyeliği için aranan kanuni veya esas sözleşmesel şartları sağlaması gerektiği kabul edilmelidir.

Ancak bu konuda limited şirket müdürler kurulu üyelerinden en az birinin ortak olması şartı (TTK m. 623/1) açısından bir istisna tanınmasının daha uygun olacağını belirtmek isteriz⁴¹³. Şöyle ki, bir limited şirkette, en az bir müdürün ortak olması şartı üye seçilen tüzel kişi tarafından sağlanmışsa, bu üyeyi temsil etmek üzere atanan gerçek kişi bakımından ayrıca ortak olma şartı aranmamalıdır. Nitekim İsviçre hukukunda (İsvBK

411 Bkz. TTK m. 359/3.

412 Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 406; Kırca, İsmail: Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, BATİDER, 2012, C. 38, Sa. 2, s. 55, 56; Eminoğlu, Cafer/Çakır, Fatma Betül: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması, GÜHFD, 2014, C. 18, Sa. 3-4, s. 284. Yönetim kurulu üyeliği için aranan şartların, kanun veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe gerçek kişi temsilci bakımından aranmayacağı yönünde farklı görüş için bkz. Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, B. 2, İstanbul 2016, s. 32, 33. Bu görüşün yerinde olmadığı, TTK m. 359/3 hükmünün amacını ehliyet şartına vurgu yapmakla sınırlı tutmak gerektiği, hükmün diğer şartları kapsam dışında bırakmak istediğini söylemenin amacı aşan zorlama bir yorum olacağı yönünde bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), C. I, s. 406.

413 Güner, s. 8, dn. 18.

m. 707.3) –Türk hukukunda farklı olarak (TTK m. 359.2)- tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı, tüzel kişiyi temsilen atanan gerçek kişinin üye sıfatını taşıyacağı kabul edilmekle birlikte, (mülga) İsvBK m. 707.2 hükmünde üyeler için öngörülen ortak olma şartının gerçek kişi temsilci bakımından aranmaması gerektiği, zira tüzel kişinin gerçek kişi tarafından temsili durumunda, ortak olma şartının öngörülmesi ile elde edilmeye çalışılan amacın zaten gerçekleştiği, özellikle tüzel kişiyi temsilen atanan gerçek kişinin, aynı zamanda temsil edeceği tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu durumlarda, ortak olma şartının aranmasını gerektirecek endişelerin ortadan kalkacağı, ancak tüzel kişi ile herhangi bir ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerin temsilci atanması durumunda bu güvencenin varlığının tartışılabilir olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁴.

Bu kapsamda gündeme gelebilecek bir diğer örnek yabancılara taşınmaz satışına ilişkindir. Belli bir ülkede yabancıların taşınmaz edinmesi yasaklanmış ancak paylarının tamamı yabancılardan oluşan bir şirket kurularak taşınmaz satın alınmışsa bu durumda yabancılara taşınmaz satışına ilişkin düzenleme, söz konusu şirket bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁵.

İbra kararında oy kullanma yasağına ilişkin TTK m. 436/2 hükmünü de bu kapsamda incelemek mümkündür. Söz konusu hükme göre; şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz. Özellikle ibrası söz konusu olan üyenin veya oy hakkından yoksun olan diğer kişilerin hâkim veya tek pay sahibi olduğu şirketler de ibra kararında oy hakkını kullanamamalıdır⁴¹⁶. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, şirketteki payların çoğunluğunu elinde bulunduran ve aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan ortak, oy

414 Metzler, Lukas/Schmuki, Markus: Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds - zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis, AJP/PJA, 2004, s. 171; Watter, Rolf/Pellanda, Katja Roth: Die „richtige“ Zusammensetzung des Verwaltungsrates, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, s. 53, 54, özellikle dn. 32; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 280, Nr. 10.

415 Yılmaz, L., s. 248.

416 Şener, Oruç Hami: Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 805; Forsmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 232, Nr. 81; Watter/Dubs, s. 921; Metzler/Schmuki, Déchargeerteilung, s. 946.

kullanma yasağını delmek için oylarını temsilci olarak atadığı oğluna kullandırmış, ancak karar iptal edilmiştir. Bunun üzerine yasağı dolanmak amacıyla bir limited şirket kurmuş, paylarını kurduğu şirkete devrederek kendi ibrasında kurduğu şirketin oy kullanmasını sağlamıştır. Yüksek Mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırarak alınan kararın geçersizliğine hükmetmiştir⁴¹⁷.

2.4. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN TEORİLER

2.4.1. Genel Olarak

Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin kabul gören teorileri iki başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi kötüye kullanma, ikincisi ise normun koruma amacı teorisidir⁴¹⁸. ABD hukukunda ise temsil, araçsallık, şirketin ikinci kişiliği, muvazaa hali ve tek işletme sorumluluğu teorisi olmak üzere çeşitli teoriler ortaya atılmıştır⁴¹⁹.

Ancak bu teoriler hangi şartlar altında tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağından ziyade tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun teorik temellerini açıklamaktadır. Dolayısıyla günümüzde artık istinaen de olsa tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak şirket ortaklarının sorumlu tutulabileceği kabul edildiğinden bu teorilerin pratik açıdan pek bir öneminin kalmadığı söylenebilir. Bu nedenle çalışmamızda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının teorik temellerinden ziyade hangi durumlarda uygulanacağı konusuna yoğunlaşılacaktır.

417 RGZ 146, 385 vd.

418 Goette/Habersack/Kalss, s. 141, Nr. 48; Hölters/Weber, s. 4, Nr. 10; Yanlı, s. 47.

419 Küçük, s. 297 vd.

2.4.2. Kötüye Kullanma Teorisi

2.4.2.1. Genel Olarak

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu esasen içtihat yoluyla ortaya çıkmış, bu konuda verilen ilk kararlarda tüzel kişinin amacına aykırı şekilde kötüye kullanımı durumunda sınırlı sorumluluğun göz ardı edilerek şirketin borçları için ortaklara başvurulabileceği kabul edilmiştir. Bu kararlar daha sonra kötüye kullanma teorisine dönüşmüştür⁴²⁰.

Kötüye kullanma teorisi, hem tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakları sorumlu tutmak (*Haftungsdurchgriff*) hem de kanun ve sözleşme hükümlerinin dolanılmasını önlemek (*Zurechnungsdurchgriff*) açısından önem arz etmektedir⁴²¹. Hatta Alman hukukunda bazı yazarlar, kötüye kullanma teorisinin sadece bilgi, davranış ve özelliklerin atfedilmesine ilişkin bu ikinci tür bağlamında uygulama alanı bulduğunu, kötüye kullanma sebebiyle ortakları sorumlu tutmanın unutulduğunu, bunun yerine alacaklıları korumak adına daha özel araçların geliştirildiğini, bu nedenle ortakları sorumlu tutmak açısından kötüye kullanma teorisine ilişkin çalışmaların tamamen arka plana düştüğünü, bu teorilerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu haklı çıkarmak için tarihsel yaklaşımlar olarak kabul edildiğini ifade etmektedir⁴²².

2.4.2.2. Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi

Alman hukukunda mahkemeler 1920'li yıllardan itibaren şirketin borçları için ortakların sorumluluğunu kabul eden kararlar vermekle birlikte, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin temelleri 1955 yılında Serick tarafından kaleme alınan profesörlük takdim teziyle oluşturulmuştur⁴²³. Yazar bu eserinde, hangi şartlar altında tüzel kişi ile ortakları arasındaki ayrılık ilkesinin göz ardı edilebileceği konusunu incelemiş, bu konuda temel

420 Schall, Glaubigerschutz, s. 214; Hüffer/Koch, s. 7.

421 Yanlı, s. 48; Bremm, s. 80.

422 Schall, Glaubigerschutz, s. 214, 215; Hüffer/Koch, s. 7; Bremm, s. 82.

423 Serick, Rolf: Rechtsform und Realität Juristischer Personen, Berlin 1955, s. 55 vd.

kuralı oluşturmaya çalışmıştır. Yazara göre, tüzel kişi sadece üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla kötüye kullanılması durumunda göz ardı edilebilir. Ancak ortakların sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için hukuk düzeninin amacına objektif olarak aykırı davranılması yeterli değildir, en azından muhtemel kastın varlığı gerekir⁴²⁴. Aksi takdirde sınırlı sorumluluğun uygulama alanı son derece daralır. Bu nedenle öğretide bu görüş subjektif kötüye kullanma teorisi olarak adlandırılmıştır.

2.4.2.3. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi

Objektif kötüye kullanma teorisine göre; tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için kasıtlı hareket şartını (sübjektif unsur) aramak ispat güçlüğü sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun uygulama alanını daraltır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için hukuk düzeninin amacına objektif olarak aykırı davranılması yeterli kabul edilmeli ayrıca kast şartı aranmamalıdır⁴²⁵. Bu teoriye göre belirleyici olan öznel kınanabilirlik değil, tüzel kişinin nesnel olarak kötüye kullanılmasıdır⁴²⁶.

2.4.3. Normun Koruma Amacı Teorisi

Alman öğretisinde kötüye kullanma teorisine karşı çıkan yazarlar, normun koruma amacı teorisini ortaya atmıştır⁴²⁷. Bu teoriye göre; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şirketin bağımsız kişiliğinin göz ardı edilmesi ile ilgili bir sorun değil normun uygulanması sorunudur. Bu nedenle odak noktası tüzel kişilik değil normdur⁴²⁸. Sınırlı sorumluluğun

424 Serick, s. 55 vd. Aynı yönde bkz. Drobnig, Ulrich: Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt 1959, s. 1 vd.

425 Kleinertz, Klaus: Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH-Zugleich ein Beitrag zur Missbrauchslehre und zur Durchgriffshaftung, Köln 1967, s. 45; Kuhn, Georg: Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich? Festschrift für Robert Fischer, Aufl. 1, De Gruyter 1979, s. 351, 352.

426 Bu hususta bkz. Siebert, Wolfgang: Einmann-GmbH und Strohmann-Gründung, BB, 1954, s. 417, 419; Matschernus, s. 75.

427 Müller-Freinfels, Wolfram: Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP, 1957, Vol. 6, Issue 156, s. 522 vd.; Schanze, Erich: Einmangesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Frankfurt am Main 1975, s. 15 vd.; Rehbinder, Eckardt: Kornzenaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Gehlen 1969, s. 91.

428 Matschernus, s. 76.

amacına aykırı hareket eden ortaklar açısından amaçsal sınırlama yoluna gidilerek sınırsız sorumluluk kabul edilmelidir⁴²⁹.

Kötüye kullanma teorisi tüzel kişiliği bir kenara iterken normun koruma amacı teorisi tüzel kişi ve hissedar ayrımının devamını sağladığından zaman içinde normun koruma amacı teorisi kötüye kullanma teorisinin yerini almış⁴³⁰, mahkemeler de zamanla bu teoriyi uygulamıştır⁴³¹.

2.5. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN UYGULAMA ALANI

2.5.1. Genel Olarak

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun ortaya çıkmasının temelinde, dürüstlük kuralına aykırı şekilde alacaklılara zarar vermeyi engellemeye yönelik ahlaki bir amaç yatmaktadır. Ancak ortakların sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için bunu hak ettiklerine yönelik içgüdüsel bir tavırdan ziyade somut bazı şartların varlığı gerekir. Ortakları sorumlu tutmanın gerekli olduğuna yönelik içgüdüsel yaklaşımı somutlaştırmak için öğretisi ve yargı uygulamasında bazı vaka grupları oluşturulmuştur⁴³².

Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin olarak şu ana kadar yasal formun kötüye kullanılması, alanların karışması, şirkete hâkimiyet, yetersiz sermayelendirme ve malvarlığının karışması olmak üzere esasen beş farklı vaka grubu gündeme gelmiştir⁴³³. Ancak bu vaka gruplarının tümü bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağı değerlendirilmekle birlikte konu malvarlığının

429 Bremm, s. 83, 84.

430 Topalaoğlu, s. 2086; Tekinalp/Tekinalp, s. 392.

431 Bkz. BGE 53 II 25; BGE 72 II 275.

432 Millon, s. 1340. Benzer yönde bkz. Schall, Alexander: The New Law of Piercing the Corporate Veil in The UK, ECFLR, 2016, Vol. 13, Issue 4, s. 553.

433 Matschernus, s. 82; Bremm, s. 66.

karışması ve yetersiz sermayelendirmeye ilişkin iki vaka grubuna indirgenmiştir⁴³⁴. Nitekim öğreti ve uygulamada tartışmasız bir şekilde malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği kabul edilmektedir. Yine her ne kadar yargı uygulaması temkinli yaklaşırsa da öğretinin çoğunluğu yetersiz sermayelendirme sebebiyle de tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğini kabul etmektedir. Ancak alanların karışması, şirket formunun kötüye kullanılması ve şirket üzerinde hâkimiyet kurulmasına ilişkin diğer vaka gruplarının tek başına ortakları sorumlu tutmak için yeterli olmadığı, bunların ilk iki vaka grubunda sorumluluğun gündeme gelip gelmeyeceği değerlendirilirken dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁴³⁵.

Alman hukukunda ayrıca, şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk olarak nitelendirilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması benzeri özel bir sorumluluk konsepti oluşturulmuştur. Alacaklıları korumak adına geliştirilen bu kurumun hukuki niteliği ve sonuçları yıllar içinde dramatik bir şekilde değişmiştir. Nitekim ITT kararında⁴³⁶ ortakların sadakat yükümlülüğüne dayandırılan bu kurum Autokran kararıyla⁴³⁷ birlikte nitelikli fiili konzern kapsamında, Bremer Vulkan⁴³⁸ ve özellikle onu takip eden KBV kararıyla⁴³⁹ birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim bu iki karardan sonra varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk öğretide de tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin yeni bir vaka grubu olarak incelenmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi, Trihotel⁴⁴⁰ ve takip eden kararlarında bu görüşünden vazgeçmiş, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu haksız fiil [Alman Medeni Kanunu (Alm MK) m. 826] kapsamında ele almıştır. Bu karardan sonra öğretide, konuyu tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin yeni bir vaka grubu olarak incelemekten vazgeçmiştir⁴⁴¹.

434 Matschernus, s. 83; Mühlens, s. 65.

435 Schall, Piercing the Corporate Veil, s. 573. Türk yargı uygulaması açısından benzer yönde bkz. Şahin, s. 1656.

436 BGHZ 65, 15.

437 BGHZ 95, 330.

438 BGHZ 149, 10.

439 BGHZ 151, 181.

440 BGHZ 173, 246.

441 Schall, Glaubigerschutz, s. 216; Bremm, s. 75; Staudinger, Ansgar: Haftung des Gesellschafters wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs - Aktuelle sach- und kollisionsrechtliche

Esasen Trihotel Kararı ile birlikte Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna olan olumsuz yaklaşım daha da katılmış, sadece malvarlığının karışması vaka grubuna indirgenmiş⁴⁴², diğer haller ise varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk (haksız fiil) kapsamında ele alınmıştır⁴⁴³. Hatta bazı yazarlar, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumu ismen ortaya çıktıktan sonra, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun tamamen terk edilmesi gerektiğini dahi savunmuştur⁴⁴⁴. Bu nedenle Alman hukukunda artık yetersiz sermayelendirme, şirket formunun kötüye kullanılması, alanların karışması ve şirket üzerinde hâkimiyetin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk (haksız fiil) kapsamında ele alındığını söylemek mümkündür⁴⁴⁵.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, her ne kadar Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin ayrı vaka grupları oluşturularak bunların sorumluluğa neden olup olmayacağı incelense de, ABD hukukunda olduğu gibi⁴⁴⁶ bu vaka gruplarını tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında dikkate alınacak unsurlar olarak değerlendirmek

Zweifelsfragen, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 318.

442 Tan/Wang/Hofmann, s. 170, 180, 185. Avusturya hukuku bakımından benzer yönde bkz. Bremm, s. 88. Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kavramının malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu ortadan kaldırmadığı, şirketin varlığını yok edici nitelikte bir müdahalenin malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açabileceği yönünde bkz. Tan/Wang/Hofmann, s. 182; Frodermann/Jannott, s. 26. Nitekim malvarlığının karışması durumlarının, şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kapsamında değil tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirileceği yönünde bkz. Mülbert, Peter O./Wilhelm Alexander: Existenzvernichtungshaftung-Gesellschafterhaftung für Gläubigerschädigende Einwirkungen auf die Gesellschaft, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları 15 –16 Mayıs 2014, s. 205.

443 Tan/Wang/Hofmann, s. 170.

444 Tan/Wang/Hofmann, s. 185. Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu tartışmalı hale getirdiği yönünde bkz. Bremm, s. 91. Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumu hariç tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin diğer vaka gruplarının özellikle anonim şirketler açısından bir önem arz etmediği, Konzern Hukukuna ilişkin özel düzenlemeler tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında değerlendirilmediği takdirde genel olarak pratik öneme sahip olmadığı yönünde bkz. Hüffer/Koch, s. 7.

445 Tan/Wang/Hofmann, s. 170, 171; Schall, Glaubigerschutz, s. 216.

446 Bu hususta bkz. Smith, s. 1171 vd.; Millon, s. 1327 vd.

daha doğrudur⁴⁴⁷. Nitekim bu vaka gruplarının genellikle tek başına sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceği haklı olarak kabul edilmektedir. Ancak birden fazla vaka grubu birleştiği takdirde bunların sorumluluğa neden olması mümkündür. Nitekim ABD mahkemeleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağını değerlendirirken, genellikle hiçbiri tek başına sorumluluk tesis etmek için yeterli kabul edilmeyen bir dizi faktörü esas almaktadır⁴⁴⁸. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür⁴⁴⁹:

- 1- Şirket varlıklarının izinsiz olarak şirket amacı dışındaki alanlara yönlendirilmesi
- 2- Ortağın şirketin varlıklarına kendisininmiş gibi muamele etmesi
- 3- Şirket kayıtlarının gereği gibi tutulmaması ve farklı şirketlerin kayıtlarıyla karıştırılması
- 4- İki farklı şirketin ortak ve yöneticilerinin aynı olması
- 5- Denetim ve yönetim organının hâkim ortağın isteği doğrultusunda seçilmesi
- 6- Şirket paylarının tek bir kişiye veya tek bir aileye mensup kişilere ait olması
- 7- Aynı ofis veya iş yerinin kullanılması
- 8- Aynı çalışanların istihdamı
- 9- Şirketin yeterince sermayelendirilmemesi⁴⁵⁰
- 10- Yasal gerekliliklerin ihmal edilmesi⁴⁵¹
- 11- Alacaklılara zarar vermek kastıyla şirket varlıklarının başka şirket veya kişilere aktarılması
- 12- Borçların yalnızca bir şirket üzerine yoğunlaştırılması.

447 Nitekim mahkemelerde incelenen vakalarda birçok ölçütün kullanıldığı, ancak bunların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda ağırlığının ne olduğunu belirlemenin güç olduğu yönünde bkz. Millon, s. 1327.

448 Smith, s. 1171. Nitekim Alman hukukunda da benzer yönde eğilim olduğu yönünde bkz. Yanlı, s. 3.

449 Bu hususta bkz. Bainbridge, s. 510; Kütükçü, s. 114; Pehlivan, Selin: İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İBD, 2018, C. 92, Sa. 2, s. 220-222.

450 Çoğu hukuk sisteminde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında tartışılan en önemli kriterin yetersiz sermayelendirme olduğu yönünde bkz. Hackney/Benson, s. 883.

451 Yasal düzenlemelere uyulmaması ile alacaklıların zararı arasında genellikle nedensellik bağı bulunmamakla birlikte, mahkemelerin yasal düzenlemelere uyulmamasının alacaklı çıkarlarına aykırı davranıldığı yönünde bir gösterge olarak algılandığı yönünde bkz. Bainbridge, s. 512; Millon, s. 1335-1336.

2.5.2. Yasal Şeklin Kötüye Kullanılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin gündeme gelen ilk vaka grubu yasal şeklin kötüye kullanılmasıdır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin bu vaka grubu genellikle şirketin yasalara uygun olarak kurulduğu ancak kötü amaçlar için kullanıldığı durumlarda gündeme gelir⁴⁵². Örneğin ortağın kişisel olarak iade etmesi gereken yasaklı bir hizmetin/menfaatin şirket aracılığıyla kullanılması durumunda kötüye kullanma söz konusudur. İşletme risklerinin tek taraflı olarak sadece bir şirkete, kazanç fırsatlarının başka bir şirkete devredilmesi (*Külkesidisi Şirket/Aschenputtelgesellschaften*), birkaç şirketin tedbir amacıyla riskli işlemleri bir şirket üzerinde yoğunlaştırması da bu kapsamdadır⁴⁵³.

Öğreti ve yargı uygulamasında yasal şeklin kötüye kullanılmasının ayrı bir vaka grubu olarak değil, diğer vaka gruplarını da kapsayan bir olay olarak anlaşılması gerektiği, zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin tüm vaka gruplarının şirket yapısının kötüye kullanılmasını içerdiği haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁴. Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Dolayısıyla kötüye kullanma unsuru tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vakalarda olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır.

2.5.3. Alanların Karışması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin gündeme gelen ikinci vaka grubu iki farklı şirketin veya ortaklar ile şirketin alanlarının karışmasıdır. Dış görünüş itibarıyla şirket ile ortaklar arasındaki ayırım ortadan kalktığı anda alanların karışmasından söz edilmektedir⁴⁵⁵.

452 Mühlens, s. 68; Matschernus, s. 90; Bremm, s. 73; Moeremans, s. 50.

453 Mühlens, s. 68; Bremm, s. 73.

454 Matschernus, s. 90; Neher, s. 183-184; Şahin, s. 1610.

455 Yanlı, s. 246; Kervankıran, s. 465; Matschernus, s. 89; Mühlens, s. 65; Bremm, s. 67; Moeremans, s. 45.

Bir şirketin başka bir şirketle aynı merkezi kullanması, aynı iş yerinde faaliyet göstermesi, aynı telefon/internet hattını kullanması ve her iki şirketin aynı personele, ortağa veya yöneticiye sahip olması⁴⁵⁶ durumunda alanların karışmasından bahsedilmektedir⁴⁵⁷. Bu vaka grubu genellikle tek kişilik şirketlerde tek ortağın başka bir şirkette de benzer faaliyetleri yürüttüğü⁴⁵⁸ veya ana ve yavru şirketin benzer adları kullandığı, aynı personeli istihdam ettiği, avukat ve bağımsız denetçilerinin aynı kişiler olduğu, benzer adresleri kullandığı durumlarda söz konusu olur⁴⁵⁹. Esasen bu örnekler Türk yargı uygulamasında iki şirket arasında organik bağın varlığı için aranan şartlara tekabül etmektedir⁴⁶⁰. Nitekim bu nedenledir ki, her ne kadar öğreti ve yargı kararlarında organik bağ kavramının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumundan farklı olduğu ifade edilse de, kanaatimizce organik bağ kavramı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin alanların karışması vaka grubuna karşılık gelmektedir.

Alanların karışması vaka grubu genellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir⁴⁶¹. Nitekim Amsted Industries, Inc. - Pollak Industries, Inc. davasında⁴⁶² mahkeme, her iki şirket aynı kişi tarafından yönetilmesine, aynı adrese, telefon numarasına, ofise, yönetici ve çalışanlara sahip olmasına rağmen, şirket defterleri, hesapları vb. birbirinden açıkça ayırt edilebildiğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddetmiştir⁴⁶³. Gartner v. Snyder davasında da mahkeme, ana şirket ile bağlı şirketleri tek bir şirket gibi hareket etmelerine, tüm belgeler tek bir dosyada tutulmasına, tüm mali kayıtlar tek bir hesap defterinde tutulmasına, aynı ofisleri paylaşmasına rağmen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddetmiştir⁴⁶⁴.

456 Bağlı şirketin paylarının tamamına sahip bir ana şirketin yöneticilerinin veya görevlilerinin bağlı şirkette aynı pozisyonları işgal etmesinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli bir gerekçe oluşturmayacağı yönünde bkz. Alting, s. 228.

457 Bitter, s. 1579; Matschernus, s. 89; Neher, s. 180; Tan/Wang/Hofmann, s. 182; Arkan, s. 142; Topaloğlu, s. 2093.

458 Bremm, s. 68.

459 Alting, s. 217; Arkan, s. 142; Seven/Göksoy, s. 2467.

460 Benzer yönde bkz. Şahin, s. 1651.

461 Matschernus, s. 89; Mühlens, s. 66; Bremm, s. 67; Smith, s. 1178-1179.

462 382 N.E.2d 393 (Ill. App. Ct. 1978).

463 Alting, s. 212.

464 Bainbridge, s. 527.

Ancak My Bread Baking Co. - Cumberland Farms, Inc. davasında⁴⁶⁵ mahkeme aynı adı kullanan iki işletmenin birbirinden ayırt edilemeyeceği gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir⁴⁶⁶. Garden City Co. v. Burden kararında⁴⁶⁷ da mahkeme, ana şirket ile bağlı şirketin faaliyetleri birbirine karıştığı ve bağlı şirket yetersiz sermayelendirildiği gerekçesiyle bağlı şirketin borçları için ana şirketi sorumlu tutmuştur. Yine öğretide de, daha önce sınırsız sorumluluğun geçerli olduğu bir türde faaliyet gösteren kişiler daha sonradan sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir şirket türüyle faaliyetlerine devam etmekle birlikte eski müşterilerine hâlâ sınırsız sorumluluk altında faaliyet gösterdikleri yönünde bir izlenim bırakmışlarsa bunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına neden olabileceği ifade edilmektedir⁴⁶⁸.

Bu noktada son olarak şunu belirtmek gerekir ki, alanların karışması üçüncü kişilere karşı uyandırılan dış görünüşle ilgili bir durum olduğundan sadece sözleşmesel alacaklıların taleplerinde dikkate alınabilir. Haksız fiil alacaklılarının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik talepleri açısından bu durumun dikkate alınması mümkün değildir⁴⁶⁹.

465 233 N.E.2d 748 (Mass. 1968).

466 Alting, s. 214.

467 186 F.2d 651 (10th Cir. 1951).

468 Millon, s. 1336; Y.11.HD, T.18.6.2014, E.2014/3904, K.2014/11718: “...Davalı ...'ün AG ve GmbH'nin tek ortağı ve tek temsilcisi olduğu, yurt dışındaki bu iki şirketin Holding A.Ş'nin ortağı olup, bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere dosyaya sunulan resmi raporlara göre GmbH ve AG'nin gayriaktif şirketler oldukları, davalı şirketin ticari defter ve kayıtlarına göre AG ile GmbH şirketleri paralarını Holding A.Ş'ye aktardıkları, davalı ...Ş ile dava dışı AG ve GmbH şirketlerinin diğer davalı ... ün şirketleri olup,..... ün Holding A.Ş nin yönetim kurulu başkanı ve Murahhas azası ve hâkim ortağı, GmbH nin ise tek ortağı ve temsilcisi olması karşısında davalılarla dava dışı AG ve GmbH arasında organik bağlantı bulunduğu, bu durumda davalıların husumet itirazlarının reddine karar vermek gerektiği, dava konusu olayda GmbH ve AG davacı ve diğer sessiz ortaklardan topladıkları sermayenin 47.493.127,55 TL ye tekabül eden bölümünü davalı ... Holding A.Ş deki hisselerinin önemli bir kısmını satın almak amacıyla kullanıp bedelini de Türkiye'ye davalıların hesabına resmi kanaldan transfer ettiği, bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uyarınca dava dışı iki şirketin tek bir şirket olarak değerlendirilmesi sonucunda davalı ...Ş.' nin bu yönü itibariyle...”

469 Yanlı, s. 249; Alting, s. 218.

2.5.4. Şirket Üzerinde Hâkimiyet

2.5.4.1. Genel Olarak

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin gündeme gelen üçüncü vaka grubu şirket üzerinde hâkimiyettir⁴⁷⁰. Hâkimiyet tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır⁴⁷¹. Özellikle şirketler topluluğunda ana şirketin sorumluluğunu belirleyen en önemli unsur bağlı şirket üzerindeki kontrolüdür⁴⁷². Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, şirket formununun hâkim ortak tarafından kötüye kullanılmasına karşı uygulanan bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir⁴⁷³. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, yalnızca şirketin mali açıdan sorumsuz davranmasına neden olan ortaklar açısından geçerlidir. Şirket yönetimi üzerine etkisi bulunmayan ortaklar aleyhine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsetmek mümkün değildir⁴⁷⁴.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için şirket üzerinde hâkimiyetin varlığının gerekli olduğu konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Bu noktada önem arz eden husus, hâkimiyetin tek başına yeterli kabul edilip edilmeyeceğidir⁴⁷⁵. Öğreti ve yargı uygulamasında şirket üzerinde hâkimiyetin tek başına tüzel kişilik perdesinin

470 Y.11.HD, T.23.6.2016, E.2016/3251, K.2016/6984: “...Davalıların hâkim ortak sıfatı ile sorumlu oldukları, tüzel kişilik perdesinin aralanması ile yönetimde talimatları ile şirkete yön veren ve kararların oluşmasını sağlayan hâkim ortakların şirket zararından sorumlu olduklarının kabulü gerektiği...”

471 Bainbridge, s. 507; Millon, s. 1334; Alting, s. 200; Mühlens, s. 67.

472 Alting, s. 228; Pehlivan, s. 225.

473 Hackney/Benson, s. 878; Bork, s. 258; Esen, s. 12. Bu nedenle sorumluluk iddiasıyla muhatap olmamak adına, kontrol sahibi hissedarların kişisel yaşamları ile işleri arasında bir miktar mesafe bırakmaları gerektiği, ancak bunun özellikle tek kişilik şirketlerde çok zor olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Bainbridge, s. 511.

474 Millon, s. 1360; Hackney/Benson, s. 878; Pehlivan, s. 227.

475 Bainbridge, s. 507.

kaldırılması için yeterli bir gerekçe olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷⁶. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, Typenhaus⁴⁷⁷ kararında bunu açıkça vurgulamıştır.

Hâkimiyetin tek başına sorumluluk sebebi kabul edilmemesi özellikle halka kapalı şirketler ve topluluk hukuku açısından yerindedir. Zira her ne kadar sermaye şirketlerinde ortaklar şirket yönetimine direkt katılmasalar da, şirketin yönetim organını seçecek güce sahip ortaklar bu imkânı şirket üzerinde hâkimiyet kurmak için kullanabilir. Özellikle halka kapalı küçük şirketlerde ortaklar girişimci ortak niteliği taşıdıklarından şirket yönetimine müdahil olur, kendileri yönetici gibi davranır⁴⁷⁸. Doğal olarak bu tür şirketlerde ortakların iradesi şirket yönetimine yansır. Aynı şekilde şirketler topluluğunda ana şirket genellikle bağlı şirket üzerinde belli oranda kontrol imkânına sahiptir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kontrol tek başına yeterli kabul edildiği takdirde halka kapalı şirketlerin çoğunda ve şirketler topluluğunda ortakların sorumlu tutulması gerekir. Nitekim bu nedenle yargı uygulamasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için şirket üzerinde hâkimiyetin yanı sıra dürüstlük kuralına aykırılık gibi ekstra şartlar aranmaktadır⁴⁷⁹. Örneğin, Edwards Co. v. Monogram Industries, Inc. davasında⁴⁸⁰ mahkeme, tam hâkimiyete rağmen, iki şirketin defterleri ayrı tutulduğu için bağlı şirketin ana şirket dışında ayrı bir kişiliğe sahip olduğuna dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin reddine karar vermiştir⁴⁸¹. Ancak şirket, kendi başına hareket eden ve kendi çıkarlarını gözetken bağımsız bir kişi olmaktan ziyade, kontrol eden hissedarların

476 Yanlı, s. 185; Kuş, s. 144; Bitter, s. 1582; Matschernus, s. 89; Mülhens, s. 66-67; Hackney/Benson, s. 878; Çamoğlu, s. 13; Kaplan, s. 42; Pehlivan, s. 225; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 390. Hâkimiyet ve kontrolün normal ana şirket bağlı şirket ilişkisine eşlik eden olağan kontrolden daha fazlasını ifade ettiği, bir ana şirketin bağlı şirketin finansmanına ve makro yönetimine doğrudan dâhil olabileceği, ana şirketin veya hâkim hissedarın, sahip olunan bir şirketin işlerinde neredeyse her zaman aktif katılacağı, olağan durumda, bir yavru şirketin eylemleri üzerinde bu tür bir kontrolün kullanılmasına tamamen izin verileceği, bir ana şirket-bağlı şirket ilişkisinde standart kontrolün tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olmayacağı yönünde bkz. Smith, s. 1172. Benzer yönde bkz. Millon, s. 1329; Altıng, s. 200. Y.3.HD, T.17.12.2013, E.2013/15109, K.2013/18024: "...Ancak burada, hâkim ortağın varlığının yeterli olmadığı hâkim ortak ile ortaklık arasındaki irade beyanının uyuşması gerekecektir."

477 BGHZ 68, 312, 316 = NJW 1977, 1449.

478 Millon, s. 1361. Benzer yönde bkz. Eryiğit, s. 231, dn. 65.

479 Millon, s. 1333; Hackney/Benson, s. 878. Benzer yönde bkz. Hölter/Weber, s. 5, Nr. 17; Çamoğlu, s. 13; Kaplan, s. 42; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 390; Akın, İrfan: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014, s. 182-183.

480 730 F.2d 977 (5th Cir. 1984).

481 Altıng, s. 231.

yalnızca bir aracısı veya kuklası⁴⁸² haline gelmişse şirket borçlarından dolayı hâkim ortağı sorumlu tutmak mümkündür⁴⁸³. Hatta şirkette çoğunluğa sahip hissedarın, şirket yönetimi üzerinde fiilen bir etkisi bulunmasa dahi şirketin mali açıdan sorumsuz bir şekilde yönetildiğinin farkındaysa ihmali davranışları sebebiyle de sorumlu tutulabilmelidir⁴⁸⁴.

Şirkette azınlık konumunda bulunan ortaklar, kural olarak şirket kararlarını etkileyemediklerinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin iddialara konu olmazlar. Ancak, birlikte hareket eden iki veya daha fazla azınlık hissedar, şirketin kararını etkileyebildiği durumlarda sorumluluk söz konusu olabilir. Özellikle şirkette yaşanan güç boşluğu sayesinde azınlıkta kalan tek hissedar da şirket kararlarını etkileyecek konuma gelmişse sorumlu tutulabilir⁴⁸⁵.

2.5.4.2. Şirket Üzerinde Hâkimiyet Kuran Ortağın Fiili Organ Konumu

2.5.4.2.1. Fiili Organ Kavramı

Tüzel kişiler, yapıları gereği iradelerini oluşturabilmek adına kendi varlığından bağımsız gerçek kişilere ihtiyaç duyar⁴⁸⁶. Organ olarak nitelendirilen bu kişiler tüzel kişinin iradesini oluşturup beyan eder.

Organ kavramına ilişkin bir kanuni tanım bulunmama ile birlikte, şirket tüzel kişiliği adına hareket eden kişi veya kişiler organ olarak nitelendirilmektedir⁴⁸⁷. Anonim (TTK m. 339) ve limited şirketlerde (TTK m. 576) yönetim organı, kuruluş aşamasında esas

482 ABD hukukunda ortakların şirketin kararlarına etkisini vurgulamak için agent, instrumentality, alter ego ve dummy ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz. Millon, s. 1330.

483 Millon, s. 1331; Bainbridge, s. 506.

484 Millon, s. 1361; Hackney/Benson, s. 877.

485 Millon, s. 1362; Yanlı, s. 125.

486 Öztan, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 107; İzmirli, Yedigâr: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 17 vd.

487 Hartmann, Rudolf: Der organbegriff bei der aktiengesellschaft, Bern 1945, s. 12 vd.

sözleşme ile, sonradan ise genel kurul kararıyla belirlenmektedir. Ancak organ sıfatının kabulü için mutlaka esas sözleşme veya genel kurul kararıyla açıkça bu yönde bir nitelendirmenin varlığı aranmamakta⁴⁸⁸, şirketin irade oluşumunda doğrudan etki eden gerçek veya tüzel kişiler⁴⁸⁹ şirket organı olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Hatta şirkette pay sahibi olup fiilen yönetime etki eden devletin dahi bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmektedir⁴⁹¹.

488 Her ne kadar İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca, fiili organ kavramının başlı başına hukuka aykırılık teşkil ettiği, resmi olarak seçilen organların fiili organ oluşumuna müsaade etmemesi gerektiği, aksi takdirde görev ihlaline sebep olunacağı ifade edilse de, öğretinin diğer kısmı bu görüşün yerinde olmadığını, keza anonim şirketlere ilişkin hükümlerin şirket yönetimine etki edilebilmesi için resmileşme şartını aramadığını belirtmektedir. Bkz. Kunz, Peter V.: Materielle Organschaft („faktische VR“): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Hrsg (Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter), Bern 2014, s. 178, 193. Ancak ortaya çıkan bu fiili durumun, genel kurulun, gerek yönetim (TTK m. 408/1-b) gerekse müdürler kurulunu (TTK m. 616/1-b) seçme konusunda sahip olduğu devredilemez yetkiye müdahale niteliği taşıyacağı unutulmamalıdır.

489 Eski öğretide tüzel kişilerin fiili organ olamayacağı yönünde görüşler bulunmakla beraber, artık ister gerçek ister tüzel kişi olsun şirketin irade oluşumunda etkili olan herkes fiili organ olarak kabul edilmektedir. Hatta İsvBK m. 754 hükmünün geniş yorumlanması gerektiği, sadece anonim ve limited şirketlerin değil, adi şirket, komandit şirket ve kollektif şirketlerin, menkul kıymet yatırım fonlarının ve miras ortaklığının da fiili organ sıfatını taşıyabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kunz, s. 178, 179, özellikle dn. 40. Nitekim tüzel kişilerin fiili organ niteliği özellikle şirketler topluluğunda ana şirket bakımından sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bkz. Glanzmann, Lukas/Wolf, Markus: Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen, Zürich 2019, s. 33; Glanzmann, Lukas: Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, s. 255; Achsnich, Daniel: Die Haftung faktischer Organe in der Aktiengesellschaft, Hamburg 2010, s. 36.

490 Böckli, Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW/RSDA, 6/1993, s. 263; Bertschinger, Urs: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW/RSDA, 4/2000, s. 199; Forstmoser, Peter: Der Organbegriff im Aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Forstmoser/Schluop (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, s. 129; Isler, Peter R.: Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, s. 101, dn. 39; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören: Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul 1982, s. 349; Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001, s. 9, dn. 21; Bilgili, Fatih: Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıklarının Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 32, 33; Doğan, Beşir Fatih: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, B. 2, İstanbul 2011, s. 8; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 143-148; Eminoglu, s. 33 vd.

491 Forstmoser, Peter/Jaag, Tobias: Der Staat als Aktionär: Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, in: Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht 15, Zürich 2000, s. 50 vd.; Böckli, Peter/Bühler, Christoph B.: Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Philippin/Gilliéron/Vulliemin/Michel (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, s. 23 vd.

Hukuken yönetici olarak atanmayan ancak yönetici gibi hareket eden bu kişilerin, kendi menfaatlerini şirketin menfaatinden üstün tutacağı⁴⁹² ve şirketi yönetim yetkisine sahip olduklarına ilişkin üçüncü kişilere karşı bir güven oluşturacakları, bu nedenle sorumluluk noktasından normal üyelerle aynı düzeyde değerlendirilmeleri gerektiği belirtilmektedir⁴⁹³. Hatta fiili organ olarak nitelendirilen bu kişilerin sadece özel hukuk alanında değil diğer alanlarda da yöneticiler gibi sorumlu tutulacağı, işlenen fiil aynı zamanda cezayı gerektiriyorsa fiili organın da cezalandırılacağı⁴⁹⁴, yine fiili organların ödenmeyen vergi borçları bakımında tıpkı normal üyeler gibi sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁴⁹⁵.

Fiili organ nitelendirmesi için süreklilik şartı aransa da, bir kez bu sıfat kazanıldıktan sonra bu kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için, şirket yönetimine sürekli olarak etki etmesi şartı aranmamakta⁴⁹⁶, yapılan işlemin organa özgü görevler kapsamına girmesi

492 Kırca, fiili organların etkisi ile hareket edilen durumlarda, şirket menfaatinin göz ardı edilme ihtimalinin yüksek olduğuna dikkat çekmekte ve bu gibi durumlarda idare meclisi üyelerinin özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediklerinin daha ciddi bir şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kırca, İsmail: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER, 2004, C. 22, Sa. 3, s. 95

493 Plüss, Adrian: Haftung aus faktischer Organschaft – Risiken von Aktionärspools, Beiräten und Steuerungsausschüssen, IWIR, 1/2002, s. 26; Achsnich, s. 35; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 441, Nr. 2.

494 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 441, Nr. 2, dn. 1; Kunz, s. 184, 185; Y.19.CD, T.03.12.2019, E.2019/33988, K.2019/14958.

495 Kunz, s. 184.

496 İfade etmek gerekir ki, süreklilik, fiili organın sorumlu tutulabilmesi için gerekli değildir. Ancak fiili organ nitelendirmesi için kural olarak süreklilik şartı aranmaktadır. Nitekim fiili organ sıfatının kazanılabilmesi için etkinin süreklilik arz etmesi gerektiği, bu sebeple tek bir karara etki edilmesinin veya tek bir fiil işlenmesinin fiili organ sıfatının atfedilebilmesi için yeterli olmadığı yönünde bkz. Isler, Verantwortlichkeitsprozessen, s. 102, dn. 48; Glanzmann/Wolf, s. 32. Kanaatimizce fiili organ nitelendirmesi için fiilin süreklilik arz etmesinden ziyade, fiilin doğurduğu sonuç dikkate alınmalı, münferit bir işlem olsa dahi şirketin irade oluşumuna direk etki ediliyorsa fiili organın varlığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla süreklilik arz etmekle birlikte şirketin irade oluşumunda etkili olmayan fiiller organ nitelendirmesi için yeterli kabul edilmemelidir (şirket kararlarında etkili olabilmeyi organ nitelendirmesinin temel unsuru olduğu, bu olanağının mevcut olmadığı durumlarda fiili organ nitelendirmesinin yapılamayacağı yönünde bkz. Pulaşlı, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 579; Glanzmann/Wolf, s. 32). Nitekim Federal Mahkeme'nin de bireysel eylemleri fiili organ nitelendirmesi için yeterli görmediği, bununla birlikte bireysel eylemlerin de doğurduğu etkiye göre organ nitelendirmesi için yeterli olabileceğine dikkat çeken benzer yönde görüş için bkz. Chammartin /von der Crone, s. 333, dn. 43. Yine fiili organ nitelendirmesi için faaliyetin süreklilik arz etmesi gerektiği, bireysel durumların fiili organ nitelendirmesi için yeterli olmadığı, öğretilde en az altı ile on iki aylık sürenin kabul edildiği (nitekim bu yönde bkz. Achsnich, s. 35, dn. 204'de anılan yazarlar), her ne kadar asgari süreler hukuki belirlilik adına yerinde bir kabul olsa da bireysel durumlarda süreklilik arz etmeyen fiillerin de, şirketin irade oluşumunda etkili olabileceği,

şartıyla şirketle ilgili münferit işlere katılan ve o işe yön veren kişinin de sadece etki edilen işlemle sınırlı kalmak şartıyla yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler kapsamında sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁷. Hatta bu kişilerin, sadece etkide buldukları alanlarda değil, daha önce şirket adına işlem yaparak şirket yönetimine devam edecekleri konusunda güven oluşturdukları (garanti pozisyonuna sahip oldukları) takdirde ihmali davranışlardan dolayı da sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir⁴⁹⁸.

Fiili organ nitelendirmesinde önem arz eden temel şart etki olmakla birlikte, bu etkinin karar alma sürecini doğrudan etkileyecek ve hatta etkilemekle kalmayıp bizzat kararın oluşmasına sebep olacak nitelik taşıması gerektiği kabul edilmekte, tavsiye niteliğinden öteye geçmeyen etkilerin fiili organ sıfatının kazanılması için yeterli olmayacağı vurgulanmakta⁴⁹⁹, şirket yönetiminde tavsiye niteliğinde söz hakkı bulunan kişinin işlemiş olduğu hukuka aykırılıklardan dolayı, şirketle arasındaki sözleşme ilişkisine, sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu tutulacağı belirtilmektedir⁵⁰⁰. Benzer şekilde, sadece şirketin karar alma sürecinde yardımcı olunmasının da fiili organ nitelendirmesi için yeterli olmadığı, fiili organ kavramı bu kadar geniş yorumlandığı takdirde şirkete danışmanlık yapacak kişi bulmakta zorluk

dolayısıyla fiillerin de organ sıfatının kazanılmasına sebep olabileceği yönünde bkz. Kunz, s. 182, özellikle dn. 72; Eminoğlu, s. 142. Nitekim fiili organ nitelendirmesinde etkinin sürekliliğinden ziyade etkinin yoğunluğunun önem arz ettiği, etki ne kadar sık ve yoğun olursa fiili organ nitelendirmesi için gerekli olan etkinin süresinin o kadar kısılacağı yönünde bkz. Achsnich, s. 35, dn. 203'de anılan yazarlar ve s. 61. Etki şartına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Achsnich, s. 44-62.

497 Isler, Peter R./Schott, Bertrand G.: Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, s. 17; Klopfer, Rainer: Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zurich 2016, s. 14; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 420, Nr. 7, s. 441, Nr. 4; Böckli, Verantwortlichkeitsrecht, s. 263; Isler, Verantwortlichkeitsprozessen, s. 101; Bertschinger, s. 199; Doğan, s. 14; Aksoyak, Mustafa: Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 111. Bununla birlikte yabancı öğretilerde fiili organların yöneticilerin sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumlu tutulamayacağı da savunulmuştur. Konu hakkında görüşler için bkz. Klapstein, Verena: Directors' Duties and Liability in Germany, in: Annex to Study on Directors' Duties and Liability, Prepared for the European Commission DG Markt by Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster, LSE, 2013, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf, s. 333-334.

498 Kunz, s. 183, özellikle dn. 74, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 442, Nr. 8.

499 Bu hususta bkz. Forstmoser, s. 141 vd; Kunz, s. 180; Isler, Verantwortlichkeitsprozessen, s. 103; Isler/Schott, s. 18; Eminoğlu, s. 218 vd.

500 Biggel, Hans: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1940, s. 13; Plüss, s. 28.

çekileceği belirtilmektedir⁵⁰¹. Ancak özellikle komite ve komisyonların faaliyetleri danışmanlık boyutunu aşp, yönetsel karar alma veya kararları onaylama boyutuna ulaşmışsa, yine danışma kurulları yönetim kurulunun üzerinde etkili olma imkânına kavuşmuşsa artık fiili organ sıfatının kazanılmış olacağı belirtilmektedir⁵⁰².

2.5.4.2.2. Fiili Organ Görünüm Şekilleri

Yukarıda genel özelliklerine işaret edilen fiili organ kavramı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle yönetim kurulu toplantısında azil tehdidi savurup üyelerin ne yönde karar vermesi gerektiğini belirterek kararı etkileyen hâkim pay sahibinin fiili organ sıfatını taşıyacağı ifade edilmektedir⁵⁰³. Ancak şirkette hâkim konumunda bulunmak -fiili organ olarak nitelendirme olasılığını artırsa da⁵⁰⁴- tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Zira şirkette hâkim konumunda bulunan kişi hiçbir yönetsel işleme katılmıyor, şirketin kararlarını etkilemiyorsa fiili organ niteliği taşımayacaktır⁵⁰⁵. Yine genel kurul veya yönetim kurulu toplantısında şirket yönetiminden genel memnuniyetsizliğin dile getirilmesi ve memnuniyetsizliğin gerekçesi somutlaştırılmaksızın (hangi yönde kararlar alınsaydı memnun olunacağı belirtilmeksizin) azil tehdidinde bulunulması da, ortaklık hakkının kullanılmasından ibaret bir durum olduğundan fiili organ nitelendirmesi için yeterli görülmemeli, kullanılacağı iddia edilen hak ile pay sahipliği sıfatı arasında fonksiyonel bir bağ bulunduğundan bu kişi fiili organ olarak nitelendirilmemeli, güvene dayanan vekâlet ilişkisinde istifa kadar azlin de bir hak olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak hâkim ortağın sürekli olarak yönetim kurulu toplantısına katıldığı durumlarda bunun fiili organ nitelendirmesi için bir öngörü oluşturacağı kabul

501 Forstmoser, s. 141; Glanzmann/Wolf, s. 32.

502 Plüss, s. 28.

503 Helvacı, Sorumluluk, s. 10.

504 Hâkim pay sahibinin fiili organ olarak nitelendirilmesinin muhtemel olduğu, bunun oy hakkının kullanılması yoluyla ortaya çıkabileceği gibi sadece tehdit savurmak suretiyle de gerçekleşebileceği yönünde bkz. Kunz, s. 182, dn. 68.

505 Benzer yönde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 442, N. 13; Eminoğlu, s. 201 vd. Yargıtay, bir kararında şirkette hâkim ortak konumunda bulunan derneği, sadece bu konumu sebebiyle fiili organ olarak nitelendirmenin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Y.11.HD, T.4.11.2014, E.2014/8173, K.2014/16828: “...Davacı ile davalı dernek arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığı, davacının satın aldığı bildirdiği hisse senetlerinin şirkete ait olduğu, dernek ile ilişkilendirilemeyeceği, derneğin de davacı gibi davalı şirketin paydaşları arasında yer aldığı, sadece yöneticilerinin aynı olmasının derneğe karşı sorumluluk davası açılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği...”.

edilmelidir. Özellikle de ne yönde karar alınmasının arzu edildiğinin açıkça ifade edilmesi durumunda bu yönde bir nitelendirme yapılmalıdır⁵⁰⁶.

Yine gerek fiili gerekse hukuki engellerden dolayı üye seçilemeyen kişinin, kendi talimatlarını yerine getirecek birini üye seçtirmesi ve bu üyenin yasaklı kişinin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi durumunda, inançlı üyenin kararlarını etkileyen yasaklı kişi fiili organ konumundadır⁵⁰⁷. Ancak şirketin iradesi dışında gerçekleşen bu etkinin isbatının son derece güç olduğunu belirtmek gerekir⁵⁰⁸.

Benzer şekilde, TTK m. 360 kapsamında kendilerine yönetimde imtiyaz tanınan grubun, seçtirdikleri üye üzerinde etki kurmaları durumunda da fiili organ kavramının ortaya çıkması muhtemeldir. Her ne kadar TTK m. 360 kapsamında seçilen kişinin diğer üyelerden bir farkı bulunmayıp, temsil ettiği kişiler ile şirket menfaatinin çatıştığı durumlarda şirket menfaatine öncelik vermesi gerekirse de⁵⁰⁹ buna aykırı davranılırsa fiili organ ortaya çıkacaktır.

Özellikle İsviçre öğretisinde şirketler topluluğunda ana şirketin de fiili organ sıfatını taşıyabileceği belirtilmekte, ancak hâkim-bağlı şirket yapısının tek başına fiili organ nitelendirmesi için yeterli olmayacağı, ana şirketin yavru şirketin kararlarına müdahale etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁰. Türk öğretisinde de hâkim şirketin fiili organ sıfatını taşıyabileceği belirtilmekle birlikte, bunun bir önemimin kalmadığı zira İsviçre hukukunda farklı olarak Türk hukukunda hâkim şirketin sorumluluğunun açıkça düzenlendiği ifade edilmektedir⁵¹¹.

506 Bu yönde bkz. Chammartin/von der Crone, s. 333, 334.

507 Helvacı, Sorumluluk, s. 10; Eminoğlu, s. 206; Kunz, s. 177, dn. 20; Achsnich, s. 40.

508 Achsnich, s. 64.

509 Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), C. I, s. 438, 663; Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, B. 2, Ankara 2015, s. 145.

510 Böckli, Peter: Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Untemehmensrecht VII, Zürich 2014, s. 213, 214; Kunz, s. 185, 186; Glanzmann/Wolf, s. 33; Eminoğlu, s. 204 vd.

511 Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aksoyak, s. 81 vd.

2.5.4.2.3. Fiili Organ Kavramı Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Engel midir?

Yukarıda incelendiği üzere şirket üzerinde hâkimiyet kurulması çoğunlukla ilgili ortağın fiili organ kapsamında değerlendirilmesine, dolayısıyla şirket yöneticilerinin sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmasına neden olmaktadır. Bu noktada zarara neden olan ortağı sorumlu tutmaya imkân tanıyan özel bir yol varken ikincil ve istisnai nitelik taşıyan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun istinasi ve ikincil nitelikte bir kurum olduğu dikkate alındığında, şirket üzerinde hâkimiyet kuran ortakları fiili organ kapsamında sorumlu tutmak mümkünken artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar, tek ve hâkim ortak genellikle şirketin organı sıfatı taşıyacağından sorunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında değil organların sorumluluğu kapsamında çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵¹². Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu ile fiil organ kurumunun her zaman örtüşeceğini söylemek mümkün değildir. Öyle durumlar olabilir ki fiili organ nitelendirilmesi yapılamamasına rağmen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortaklara başvurulması gündeme gelebilir. Nitekim fiil organ nitelendirilmesi için organsal bir yetkinin kullanılması gerekir. Organsal bir yetki kullanılmaksızın şirket üzerinde hâkimiyet kurulması durumunda fiili organ kapsamında sorumluluk gündeme gelmese de, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında sorumluluk gündeme gelebilir. Fiili organın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için kusurla hareket şarttır. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için kusur şartı söz konusu değildir. Ayrıca fiili organ nitelendirilmesi için şirket üzerinde uzun süreli etki şartı aranmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için böyle bir şart söz konusu değildir. Kaldı ki sorumluluk hükümlerinin şirket alacaklıları açısından her zaman yeterli

512 Wilhelm, Jan: Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Berlin 1981, s. 337. Nitekim İsviçre hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu düzenlenmediği için hâkim şirket çoğunlukla fiili organın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmuştur. Bkz. Aytaç, Zühtü: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu, BATİDER, 2013, C. 29, Sa. 4, s. 12.

bir koruma sağlayacağını varsaymak da doğru değildir. Zira sorumluluk hükümleri kapsamında hâkim ortağa karşı dava açıldığında elde edilen tazminat hâkim ortağın kontrolündeki şirkete ödenecek, hâkim ortak alacaklıların zararına harekete devam ederek alacaklıların tatmin olmasına engelleyecektir. Bu nedenle sorumluluk hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlar açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun yine de gerekli olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Türk-Alman hukukunda konzern hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu kanunda açıkça düzenlenmesine rağmen yine de ihtiyaç halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulabileceği kabul edilmektedir⁵¹³.

2.5.5. Yetersiz Sermayelendirme

2.5.5.1. Genel Olarak

Çoğu hukuk siteminde, şirketin öz sermayesinin amacına uygun seviyede olması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilmemekte sadece asgari sermaye şartı öngörülmektedir⁵¹⁴. Ancak belirlenen asgari sermaye miktarlarının çoğu durumda şirket amacının gerçekleştirilebilmesi için yetersiz kaldığı, sadece sembolik bir anlam ifade ettiği açıkça görülmektedir⁵¹⁵. Gerçekten de, günümüz enflasyonist ortamında, Türk hukukunda limited şirketler için öngörülen 10.000 TL'lik asgari sermayenin (TTK m. 580) hiçbir anlam ifade etmediği apaçık ortadadır⁵¹⁶.

513 Bu hususta aşağıda 2. Bölüm 2.8.5 numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

514 Yanlı, s. 95; Ulusoy, s. 382; Esen, s. 22-23; Vandekerckhove, s. 107; Benne, Dietmar: Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung, Köln 1978, s. 71 vd.

515 Nitekim Eylül 2001 tarihinde Avrupa Komisyonu, AB şirketler hukuku alanında tavsiyelerde bulunması amacıyla Üst Düzey Şirketler Hukuku Uzmanları Grubu kurmuş, Grubun 4 Kasım 2002 tarihinde yayınlanan nihai raporunda, asgari sermaye şartıyla elde edilmeye çalışılan amaçların fiiliyatta gerçekleşmediği, bu şartın sadece ortakların gönülsüzce şirket kurmasına engel olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Vandekerckhove, s. 108-109.

516 Bu hususta güncel bir değerlendirme için bkz. Yasan, Mustafa: Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği ve Yeterliliğinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu, Şirketler Hukuku 1. Oturumu Sunum Videosu, <https://www.youtube.com/live/RnM3ax2ginY?feature=share>, dakika. 21 vd.

Öte yandan son dönemlerde kanun koyucular, işletme konusuyla uyumlu bir sermaye şartı öngörmek bi tarafa şirketleşmeyi teşvik etmek adına asgari sermaye şartından tamamen vazgeçme eğilimindedir. Nitekim özellikle ABD hukukunda çoğu eyalette asgari sermaye şartı bulunmamaktadır⁵¹⁷. Yine Alman hukukunda da MoMiG ile yapılan değişiklikle asgari sermaye şartı olmaksızın sınırlı sorumluluk ayrıcalığından yararlanmaya imkân tanınmıştır. Benzer şekilde Türk hukukunda da, şirket kuruluşunu kolaylaştırmak adına limited şirketlerde asgari sermayenin ¼'ünün peşin ödenmesi şartı kaldırılmış, hiç sermaye ödenmeksizin şirket kurulmasına izin verilmiştir (TTK m. 585)⁵¹⁸. Ancak kanun koyucuların sadece asgari sermaye öngörmesi veya bu yönde bir şart öngörmekten tamamen kaçınması yetersiz sermayeye müsaade edildiği anlamına gelmemektedir⁵¹⁹. Nitekim yargı uygulamasında kanunen öngörülen asgari sermaye miktarı şirket amacının gerçekleşmesi açısından genellikle boş bir ritüel olarak değerlendirilmekte⁵²⁰, yetersiz sermayelendirme asgari sermayenin ötesinde bir sorun olarak ele alınmaktadır⁵²¹. Gerçekten de uygulamada çoğu yatırımcı düşük miktardaki asgari sermayeyi yatırıp şirketin öz sermayesini kat kat aşan işlemlerde bulunmakta, şirket başarılı olduğu takdirde çok küçük bir kayıp riskiyle çok yüksek getiri elde etmekte, şirket başarısız olduğunda ise sadece yatırdığı asgari sermayeyi kaybetmekte, kalan zararı alacaklılar üzerine transfer etmektedir⁵²². Dolayısıyla asgari sermayenin öngörüldüğü durumlarda dahi alacaklıların korunması ihtiyacı gündeme gelmektedir⁵²³. Bu ihtiyaç karşısında öğreti ve yargı uygulamasında eğer şirketin faaliyetleri kanunen öngörülen asgari miktardan daha fazla sermayeyi gerektiriyorsa ortakların bu miktarı şirkete tahsis etmesi gerektiği, sınırlı sorumluluğun geçerli olabilmesi için şirketin amacına uygun sermayeyle donatılması

517 Hackney/Benson, s. 856; Vandekerckhove, s. 109, 163.

518 Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Pulaşlı, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 12 vd.

519 Alting, s. 202; Esen, s. 23.

520 Hackney/Benson, s. 856. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Bozgeyik/Yavaş, s. 304.

521 Yanlı, s. 96; Kütükçü, s. 113; Alting, s. 202. Bir şirkete asgari sermaye sağlama yükümlülüğünün, sermaye yeterliliği kavramıyla hiçbir ilgisi olmadığı, bir şirketin sermaye yeterliliğinin, şirketin faaliyetlerinin niteliği ve kapsamı ışığında takdir edileceği, zorunlu asgari sermaye tutarının, genellikle şirketin fiili faaliyetleri ve sermaye ihtiyaçları ile hiçbir ilişkisi olmayan sabit bir miktardan oluştuğu yönünde bkz. Vandekerckhove, s. 110.

522 Bremm, s. 46-47, 113; Bitter, s. 1580. Bu gibi durumlarda şirketin sadece bir kukla (dummy) olarak kullanıldığı yönünde bkz. Arkan, s. 141.

523 Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla haksız fiil alacaklılarını korumanın asgari sermaye öngörmekten daha işlevsel olduğu yönünde bkz. Vandekerckhove, s. 163.

gerektiği⁵²⁴, öz sermaye ile şirketin amacı arasında bariz orantısızlığın olduğu durumlarda yetersiz sermayelendirme nedeniyle tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir⁵²⁵. Her ne kadar yetersiz sermayelendirmenin genellikle tek başına sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceği kabul edilse de, özellikle ABD yargı uygulamasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin davaların çoğunda yetersiz sermayelendirme kararı etkileyebilecek bir unsur olarak dikkate alınmaktadır⁵²⁶. Zira şirket, kişinin hiç risk almadan veya böyle bir işin normal riskleriyle tamamen orantısız bir riskle iş yapabileceği bir araç değildir⁵²⁷. Dolayısıyla şirkete tahsis edilen sermaye, yapılacak işin gerektirdiği miktarla karşılaştırıldığında açık bir şekilde yetersizse bu, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, dolayısıyla ortakların sorumluluğu için bir gerekçe oluşturmaktadır⁵²⁸. Ancak bu noktada ortakların yükümlülüğünün gerekli sermayeyi tahsis ile sınırlı olduğunu, ortakların şirketin başarısını garanti etmek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmek gerekir⁵²⁹.

524 Goette/Habersack/Kalss, s. 150, Nr. 70; Hackney/Benson, s. 857; Cataldo, s. 482; Monsch/von der Crone, s. 456; Moeremans, s. 46; Tekinalp/Tekinalp, s. 396; Dural, s. 106; Kervankıran, s. 465; Yüksel, Kemalettin: Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 271.

525 Yanlı, s. 113; Pulaşlı, Şerh, s. 184; Şahin, s. 1653; Kuş, s. 110; Göger, s. 115; Kesik Canbulut, s. 3707; Goette/Habersack/Kalss, s. 150, Nr. 70; Wachter, Thomas: Aktg Kommentar zum Aktiengesetz, Aufl. 2, Köln 2014, s. 21; Bremm, s. 46-47, 113; Bitter, s. 1580; Moeremans, s. 46; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 384. Ancak Thompson tarafından yapılan ampirik çalışmada 327 sözleşme davasından yalnızca altmış bir tanesinde (yaklaşık %19) haksız fiil davalarının ise yalnızca dokuzunda (%13'ün biraz altında) eksik sermaye kullanımı mevcut olduğu, yine sermaye yetersizliği olan davaların %25 ila 30'unda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının reddedildiği sonucu çıkmıştır. Thompson, s. 1066. Y.23.HD, T.27.2.2019, E.2016/3472, K.2019/745 (Karşı oy): “Bir ortaklık, iştiğal konusunu elde etmek için gerekli olan sermayeyi koymadan faaliyet gösteriyorsa, şirketin ortakları tüzel kişiliğın sağladığı sınırlı sorumluluktan faydalanamaz. Bu durumda ortaklığın kötüye kullanılan bir araç olduğu, varsayılr ve perdenin aralanması ilkesi uygulanabilir.”

526 Hackney/Benson, s. 859, 886; Bainbridge, s. 521; Vandekerckhove, s. 105, 164; Sağlam, İpek: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 160.

527 Hackney/Benson, s. 858.

528 Hackney/Benson, s. 858; Alting, s. 203; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 384. Y.11.HD, T.8.7.2014, E.2013/15971 K. 2014/12971 (Karşı oy): “Bir sermaye ortaklığı kurmak isteyenler, o işin ekonomik gerekleri ile bağdaşan bir sermayeyi ortaklığa getirmelidirler. Türk hukukunda şirket tiplerine ilişkin temel sermaye öngörölmüş olmasına rağmen, işletmenin iştiğal konusu veya faaliyet hacmi ile orantılı bir sermaye donatılması konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şirketin faaliyetleri ile orantılı bir sermayenin ortaklığa konulmaması halinde, bazı durumlarda tüzel kişilik perdesi aranabilmektedir. Buna örnek olarak, şirketin sermayesi ile işletmenin faaliyet kapsamı ve üstlendiği riskler arasında açık bir dengesizlik bulunması gösterilebilir.”

529 Alting, s. 203.

Yetersiz sermayelendirme bakımından başlangıçta-sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme, basit-nitelikli yetersiz sermayelendirme ve nominal-maddi yetersiz sermayelendirme gibi çeşitli ayrımlar yapılmaktadır⁵³⁰.

2.5.5.2. Başlangıçta-Sonradan Meydana Gelen Yetersiz Sermayelendirme Ayrımı

Bir şirkete kuruluş anında amacına uygun sermaye tahsis edilmemişse başlangıçta meydana gelen yetersiz sermayelendirmeden söz edilmektedir. Kuruluş anında yeterli sermaye mevcut olmakla birlikte şirket faaliyete geçtikten sonra ortaya çıkan sermaye yetersizliği ise sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme olarak nitelendirilmektedir. Bu ikinci tür genellikle şirketin kötü yönetimi veya faaliyet alanının genişlemesi sonucunda ortaya çıkmaktadır⁵³¹.

Şirketler genellikle sadece kanunda öngörülen asgari sermaye tahsis edilerek kurulur. Bu şirketlerin bazıları gelişir bazıları başarısız olur. Dolayısıyla bir şirketin başlangıçta ihtiyaç duyduğu sermaye ile ilerleyen zamanda ihtiyaç duyduğu sermaye farklılık arz edebilir. Bir şirket yeterli sermayeyle kurulmasına rağmen iş hacminin büyümesi sonucunda ihtiyaç duyduğu sermaye artmış ancak ortaklar gerekli sermayeyi şirkete sağlamamışsa bu durumda da şirket yetersiz sermayelendirilmiş olarak kabul edilir⁵³².

Yetersiz sermayelendirmenin ortaya çıkış anına göre yapılan ayırım, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından önemlidir. Nitekim öğretide genel olarak başlangıçta meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmekle birlikte, sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılamayacağı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, ortakların sadece şirketin kuruluş anında gerekli sermayeyi koymakla yükümlü olduğunu, şirket faaliyete geçtikten sonra meydana gelen

530 Bremm, s. 132-133; Yanlı, s. 86.

531 Bremm, s. 136-137; Vandekerckhove, s. 112; Yanlı, s. 88-89; Göger, s. 116.

532 Hackney/Benson, s. 855, 898.

yetersiz sermayeden yöneticilerin sorumlu olacağını ifade etmektedir⁵³³. Aksi görüşteki yazarlar ise, sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda genel kurulun toplanarak bazı önlemler alması gerektiğini (TTK m. 379), alacaklıları koruma amacı güden düzenlemelerin hem başlangıç hem de devam eden ticari faaliyetler sırasında koruyucu bir etkiye sahip olduğunu, dolayısıyla sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle de tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğini ifade etmektedir⁵³⁴.

Kanaatimizce başlangıçta meydana gelen yetersiz sermayelendirmeden tüm ortaklar sorumlu olmalıdır. Bu noktada ortakların şirket üzerinde hâkimiyetinin bulunup bulunmaması önem arz etmemelidir. Ancak sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme durumunda sadece şirket üzerinde kontrol sağlayan ortak sorumlu tutulmalıdır⁵³⁵. Bu noktada pay devralarak yetersiz sermayeli bir şirkete ortak olan kişinin sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceği tartışılabilir. Pay devrinin sorumluluktan kaçınmak amacıyla yapıldığı ve payı devreden ve devralanın bu amaçla hareket ettiği ispat edilebiliyorsa sonradan ortak olan kişi de sorumlu tutulabilmelidir⁵³⁶.

Esasen bu noktada sözleşmesel alacaklılar açısından başlangıçtaki⁵³⁷ yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması pek uygun değildir. Zira şirketin sermayesi ticaret sicil kayıtları kontrol edilerek kolayca öğrenilebildiğinden bu kişiler yetersiz sermayelendirildiğini bilerek şirketle işlem yaparlar⁵³⁸. Nitekim bu

533 Smith, s. 1174, 1176; Hackney/Benson, s. 898. Kuruluş anında taahhüt edilen sermaye, kayıplar nedeniyle aşınmış ve şirket iflas etmişse alacaklıların haklarını düzenlemek için şirketin iflasına ilişkin hükümler öngörülmesi bu yüzden ortakların sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. Hackney/Benson, s. 855.

534 Bu hususta bkz. Bremm, s. 136-139; Benne, s. 63; Halmer, s. 199; Gelb, s. 22; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 387; Kuş, s. 113 vd.

535 Yanlı, s. 117; Topaloğlu, s. 2092; Kuş, s. 127; Alting, s. 2010; Vandekerckhove, s. 144; Gelb, s. 19, 20.

536 Gelb, s. 21.

537 Bu noktada ifade etmek isteriz ki, sözleşmesel alacaklılar açısından başlangıçtaki yetersiz sermayelendirme kavramı yorumlanırken şirketin kuruluş anı değil şirketle işlem yapılan an esas alınmalıdır. Dolayısıyla şirketle işlem yaptığı anda inceleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen alacaklı yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinde bulunamamalıdır. Sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme kavramı ise şirketle işlem yapıldıktan sonra meydana gelen yetersiz sermayelendirme olarak algılanmalıdır.

538 Yanlı, s. 116; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 385; Topaloğlu, s. 2092; Hackney/Benson, s. 899; Halmer, s. 204; Thompson, s. 2092; Alting, s. 204. Borç verenlerin ticaret

nedenle çoğu ABD mahkemesi, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerinde sözleşmesel ve haksız fiil alacaklıları açısından ayırım yapmakta, sözleşmesel alacaklıların taleplerine kıyasla haksız fiil alacaklılarının taleplerine daha olumlu yaklaşmaktadır⁵³⁹. Sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme ise sözleşmesel alacaklılar açısından da sorumluluk sebebi teşkil edebilir. Zira sözleşmesel alacaklıların muhatabının ekonomik durumu hakkında bilgisi olsa dahi sonradan şirketin ekonomik durumu değişebilir, sözleşme yapıldığı anda yeterli sermayeye sahip şirketin içi boşaltılabilir⁵⁴⁰. Bu noktada sözleşmesel alacaklıların bu riski de göz önünde bulundurarak hareket etmesi, bu riske karşı güvence talep etmesi fikri akla gelebilir. Ancak tüm sözleşmeler belli oranda yetersiz kalır ve kötüye kullanılır⁵⁴¹. Bu nedenle sonradan meydana gelen yetersiz sermayelendirme sebebiyle sözleşmesel alacaklılar lehine de ortakların sorumluluğuna başvurulabilmelidir⁵⁴².

Bu noktada son olarak şunu ifade etmek gerekir ki, yetersiz sermayelendirmenin ortaya çıkış anına göre yapılan bu ayırım nominal yetersiz sermayelendirme açısından bir önem arz etmemektedir. Zira ister başlangıçta ister sonradan verilsin ortaklar tarafından şirkete tahsis edilen krediler şartları oluşturduğu takdirde her halükarda öz sermaye olarak değerlendirilmekte veya talep hakkında son sıraya konulmaktadır⁵⁴³.

2.5.5.3. Basit-Nitelikli Yetersiz Sermayelendirme Ayırımı

Bir şirket belirli bir anda kredibilite eksikliği sebebiyle ihtiyaç duyduğu finansmanı temin edemiyorsa adi yetersiz sermayelendirmeden bahsedilmektedir⁵⁴⁴. Bir şirketin öz sermayesinin belirli bir zamanda ne kadar olması gerektiğinin tespiti çok sayıda faktöre bağlı olduğundan bunu belirlemek pek mümkün değildir. Bu nedenle öğretilerde basit

siciline bakmaktan ziyade özel bir kredi kuruluşundan kredi raporu alabileceği yönünde bkz. Hackney/Benson, s. 862.

539 Hackney/Benson, s. 867.

540 Hackney/Benson, s. 867; Millon, s. 1338; Halmer, s. 204; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 386.

541 Bainbridge, s. 521

542 Hackney/Benson, s. 864; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 386.

543 Vandekerckhove, s. 145.

544 Yanlı, s. 89; Bremm, s. 135.

yetersiz sermayelendirmenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına neden olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁵.

Fiili ve gerekli sermaye arasında ortaklar tarafından kolayca anlaşılabilir nesnel bir tutarsızlık söz konusu olduğunda ise nitelikli yetersiz sermayelendirmeden bahsedilmektedir. Bu kapsamda nitelikli yetersiz sermayelendirme, işletmenin doğası ve büyüklüğü ile üstlenilmesi muhtemel riskler göz önüne alındığında, işletmenin öngörülen ihtiyaçları için yeterli olmayan sermayeyi ifade etmektedir⁵⁴⁶.

Nominal yetersiz sermayelendirme açısından yetersizliğin basit veya nitelikli olması arasında bir ayırım gözetilmemekte, her halükarda ortak tarafından verilen kredi öz sermaye olarak veya alacakta son sırada olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁷. Ancak maddi anlamda yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için söz konusu eksikliğin açıkça anlaşılabilir nitelikte olması, diğer bir deyişle nitelikli yetersiz sermayelendirmenin varlığı aranmaktadır⁵⁴⁸.

2.5.5.4. Nominal-Materiel Yetersiz Sermayelendirme Ayrımı

2.5.5.4.1. Nominal Yetersiz Sermayelendirme-Ortak Kredisi

Nominal yetersiz sermayelendirme durumunda, ortaklar tarafından taahhüt edilen öz sermaye şirketin finansal gereksinimlerini karşılamamakta ancak bu eksiklik yine ortaklarca sağlanan kredi veya kullanım hakkının devri gibi araçlarla giderilmektedir. Farklı bir deyişle, ortaklar şirketin ihtiyaç duyduğu sermayenin bir kısmını öz sermaye bir kısmını ise yabancı sermaye olarak şirkete tahsis etmektedir⁵⁴⁹. Bu durumda yabancı

545 Yanlı, s. 116-117; Bremm, s. 135; Halmer, s. 98; Vandekerckhove, s. 106; Hölters/Weber, s. 5, Nr. 15.

546 Yanlı, s. 90; Bremm, s. 135-136; Halmer, s. 98; Hackney/Benson, s. 892.

547 Vandekerckhove, s. 106.

548 Yanlı, s. 116-117; Bremm, s. 97, 139; Halmer, s. 98, 198; Hackney/Benson, s. 892; Moeremans, s. 46.

549 Yanlı, s. 91; Bremm, s. 133; Halmer, s. 103; Bitter, s. 1580; Benne, s. 61; Neher, s. 180; Hackney/Benson, s. 894; Moeremans, s. 47; Hölters/Weber, s. 4, Nr. 14.

sermaye yoluyla da olsa şirketin ihtiyacı giderildiğinden maddi anlamda yetersiz sermayelendirmeden bahsetmek mümkün olmamaktadır⁵⁵⁰. Nitekim bu nedendir ki, nominal yetersiz sermayelendirme için yabancı kaynak yoluyla oluşturulan yetersiz sermayelendirme ifadesi kullanılırken, maddi anlamda yetersiz sermayelendirme için sermaye yokluğu sebebiyle yetersiz sermayelendirme ifadesi kullanılmaktadır⁵⁵¹.

Ortaklar çeşitli gerekçelerle genellikle şirkete öz sermaye tahsis etmek yerine borç vermeyi tercih ederler. Bunun temel nedenlerinden birisi daha az vergi ödeme⁵⁵², ikinci ve en önemlisi ise yatırılan sermayeyi geri talep edebilme isteğidir⁵⁵³. Dolayısıyla nominal yetersiz sermayelendirmeye hem vergi hukuku hem de şirket alacaklılarının korunması açısından itiraz edilmekte⁵⁵⁴, nominal yetersiz sermayelendirme sermaye koyma borcunun ihlali olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁵. Zira bir malvarlığı şirkete öz kaynak yerine yabancı kaynak olarak tahsis edildiğinde sermayenin korunmasına ilişkin kurallara tabi olmamakta, dolayısıyla özellikle kriz dönemlerinde şirketten geri çekilebilmektedir. Ortaklar sadece asgari sermayeyi yatırıp şirket kar ettiğinde bundan faydalanmakta, zarar ettiğinde ise borç olarak verdiği miktarı geri talep etmektedir⁵⁵⁶. Nitekim bu nedenle öz sermayeye oranla yabancı sermaye, ortakları daha riskli davranmaya teşvik etmektedir⁵⁵⁷.

Alman hukukunda ilk başlarda bu tür kötüye kullanımların önüne geçebilmek için ortaklar tarafından şirkete borç olarak verilen kaynakların öz kaynak veya son sırada

550 Bremm, s. 133; Bitter, s. 1580.

551 Bitter, s. 1580.

552 Nitekim OECD ve Uluslararası Mali Birlik tarafından yapılan araştırmada birçok ülkede vergi nedenleriyle hissedarların şirketlerine sermaye yerine kredi yoluyla fon sağlamayı tercih ettikleri tespit edilmiştir. Bkz. Vandekerckhove, s. 111. Türk hukukunda bunun önüne geçebilmek için, Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) [RG, T. 21.06.2006, S. 26205] m. 12/1 hükmünde; kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmının, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacağı düzenlenmiştir.

553 Yanlı, s. 91-92; Millon, s. 1337.

554 Vandekerckhove, s. 111.

555 Alting, s. 207.

556 Yanlı, s. 92; Bremm, s. 133; Hackney/Benson, s. 882; Schiessl, s. 487.

557 Hansmann/Kraakman, s. 1884. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Halmer, s. 103 vd. özellikle s. 124.

alacak olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir⁵⁵⁸. Nitekim öz sermayenin yetersiz olduğu, şirketin finansman ihtiyacının ortak kredisiyle sağlandığı bir olayda Alman İmparatorluk Mahkemesi, bunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğine, dolayısıyla kredi alacaklısı ortağın, diğer alacaklılardan sonra talepte bulunabileceğine hükmetmiştir⁵⁵⁹. Yine Alman Federal Mahkemesi de bunu takip eden kararlarında çelişkili davranış yasağı ve dürüstlük kuralına dayanarak benzer yönde içtihat oluşturmuştur⁵⁶⁰. Nitekim şirketin ödeme gücünü kaybetmesi durumunda ek sermaye koymak yerine şirkete borç vermek ve henüz şirket ekonomik olarak toparlanmadan bunu diğer alacaklılardan önce geri talep etmek çelişkili davranış teşkil etmekte, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır⁵⁶¹.

Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatlarını benimseyen Alman yasa koyucu, 01.01.1981 tarihinde konuyu, öz sermaye yerine geçen hissedar kredileri başlığı altında açıkça düzenlemiştir [Alman Limited Şirketler Kanunu (Alm LŞK) m. 32a⁵⁶² ve 32b⁵⁶³]. Limited şirketler için öngörülen bu hüküm kıyasen anonim şirketlerde de uygulanmıştır. Ancak Alman limited şirketler hukukunda ortakların kanun gereği şirket üzerinde etki oluşturma imkânı varken anonim şirketler açısından böyle bir imkân söz konusu değildir. Bu nedenle bu düzenlemenin anonim şirketler açısından uygulanabilmesi için ortağın en az %25 paya sahip olması şartı aranmış, daha düşük paya

558 İfade etmek gerekir ki, ortaklar tarafından şirkete verilen krediler konusunda iki farklı çözüm bulunmaktadır. Bunlardan birincisi krediyi özkaynak olarak kabul etmek, ikincisi ise krediyi kredi olarak kabul edip iflas halinde son sıra alacağı olarak kabul etmektir. Bu hususta bkz. Gelter, Martin/Roth, Jürg: Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective, JIC, 2007, Vol. 5, Nr. 2, s. 44.

559 RG JW 1938, 862 ff. Nitekim ABD hukukunda da benzer şekilde bir kötüye kullanımın varlığı halinde nominal sermayenin öz sermaye olarak kabul edileceği veya diğer alacaklılardan sonra talepte bulunabileceği (equitable subordination) ifade edilmektedir. Bkz. Hackney/Benson, s. 879 vd., 895.

560 BGHZ 22, 226 (230 f.); BGHZ 31, 266; BGH WM 1961, 1103 (1105); BGH, 26.11.1979–II ZR 104/77.

561 Bu hususta bkz. Gürel, Taahhütler, s. 174.

562 “Şirketin bir ortağı, dürüst bir tacir olarak şirkete öz kaynak temin etmesi gereken bir zamanda ödünç sağlamışsa, bu ödünçün iadesine ilişkin talep hakkını iflas durumunda ancak son sıradaki iflas alacaklısı olarak ileri sürebilir”

563 “Şirket, hakkındaki iflas başvurusundan önceki bir yıl içerisinde veya iflas başvurusu yapıldıktan sonra ödünç öderse, ödenen tutar şirkete iade edilmek zorundadır”

sahip ortaklar açısından şirket üzerinde fiilen etki şartı aranmıştır⁵⁶⁴. 2008 yılında gerçekleşen MoMiG değişikliği ile bu hükümler ilga edilmiş, konu Alman Aciz Kanunu (Alm AK)'nda düzenlenmiştir (Alm AK m. 39/1, Nr. 5). Bu düzenlemede hükmün uygulama alanı sadece limited şirketle sınırlı tutulmamış, tüm sermaye şirketi türlerine yayılmıştır. İlgili hükümde ortaklar tarafından verilen ödünçlerin veya ödünçle aynı sonucu doğuran alacakların son sırada talep edilebileceği öngörülmüştür. Ancak şirkette %10'dan daha az paya sahip yönetici olmayan ortaklar ile (Alm AK m. 39/5) şirketin mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla yeni ortak olan kişiler istisna tutulmuştur (Alm AK m. 39/4) ⁵⁶⁵. Ayrıca Alm LŞK m. 32a'dan farklı olarak, ödünçün şirketin zor zamanında verilmesi şartı aranmamış, şirketin ekonomik olarak iyi durumda olduğu dönemlerdeki alacaklar da son sıra alacağı olarak kabul edilmiştir. Alm AK m. 135 hükmünde ise, iflasın açılması başvurusundan önceki bir yıl içinde veya başvurudan sonra ödünçün ödenmesi halinde, söz konusu tasarrufun iptal edilebileceği düzenlenmiştir⁵⁶⁶.

Alman hukukunda nominal yetersiz sermayelendirme durumunda kötüye kullanımların önüne geçebilmek için özel yasal düzenleme yapıldığından bu konuda artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsetmek mümkün değildir⁵⁶⁷. Ancak Türk hukukunda,

564 Alman öğretisinde bazı yazarlar, nominal yetersiz sermaye durumunda ortak kredisinin öz sermaye olarak kabul edilmesinin anonim şirketler bakımından uygulama alanı bulmayacağı, zira anonim şirketlerde alacaklıları korumaya ilişkin hükümlerin yeterli olduğu ve anonim şirketlerde limited şirketlere kıyasla yönetime müdahale imkânının kısıtlı olduğu ifade edilmekteydi. Ancak Federal Mahkeme bu görüşün aksine karar vermiştir [BGHZ 90, 381, 385-387]. Bu hususta bkz. Schiessl, s. 488-489.

565 Bu hususta bkz. Gürel, Taahhütler, s. 175-176; Hölters/Weber, s. 5, Nr. 14. Wilhelm, Alexander: Grundsätze der Haftung Dritter im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP, 2020, s. 221-222. Benzer bir düzenlemenin İtalyan Medeni Kanunu'nun 2467. maddesinde de yer aldığı, buna göre şirketten alacaklı olan ortakların üçüncü kişilerin alacakları ödenene kadar talepte bulunamayacağı yönünde bkz. Speranzin, M.: Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, İstanbul 2 Şubat 2008, s. 2091.

566 Alman hukukundaki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Goette/Habersack/Kalss, s. 152; Schiessl, s. 487-488; Hölters/Weber, s. 5, Nr. 14; Vandekerckhove, s. 146; Türk, Ahmet: Sermaye Ortaklıklarında Öz Kaynakların Yerini Tutan Ödünçler Kurumuna İhtiyaç Olup Olmadığı Sorunu (Alman Hukukundaki Yasal Düzenleme ve İsviçre Hukuku Çerçevesinde Değerlendirme ve Yasal Düzenleme Önerisi), BATİDER, 2016, C. 32, Sa. 2, s. 106 vd.; Başlamışlı Güvenir, Derya: Şirketler Hukukunda Ortaklar Tarafından Sağlanan Ödünçlere İlişkin Yaklaşım Üzerine Karşılaştıralı Bir İnceleme, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu, Şirketler Hukuku 3. Oturumu Sunum Videosu, <https://www.youtube.com/live/CtLbLFg2-D8?feature=shared>, dakika 53 vd.

567 Bremm, s. 134; Matschernus, s. 85; Neher, s. 182; Bitter, s. 1580; Moeremans, s. 23.

özel düzenleme mevcut olmadığından⁵⁶⁸ nominal yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu güncelliğini halen devam ettirmektedir⁵⁶⁹. Esasen özkaynakların yerini tutan ödünçler konusu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 615 hükmünde özel olarak düzenlenmişti. Ancak 6335 sayılı Kanun⁵⁷⁰ m. 43 hükmü ile düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁷¹. Mer'i mevzuatımızda nominal yetersiz sermayelendirmeyi düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce ortaklar tarafından şirkete tahsis edilen krediler, Türk hukukunda da, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla diğer alacaklılardan sonra gelen son sıra alacağı olarak muamele görmelidir⁵⁷².

2.5.5.4.2. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirme

2.5.5.4.2.1. Genel Olarak

Ortakların şirkete normalde gerekli olandan daha az sermaye sağladığı ve -nominal yetersiz sermayelendirmeden farklı olarak- bu açığı şirkete borç vermek suretiyle kapatmadığı durumlarda maddi (gerçek) anlamda yetersiz sermayelendirmeden söz edilmektedir. Farklı bir deyişle, maddi anlamda yetersiz sermayelendirme durumunda şirketin ihtiyaç duyduğu sermaye ne öz ne de yabancı sermaye katkısıyla giderilmemekte, şirket fiilen finansman eksikliği çekmektedir⁵⁷³. Ayrıca maddi anlamda yetersiz sermayelendirmeden bahsedilebilmesi için şirketin üçüncü kişilerden aldığı krediler yoluyla da finansman ihtiyacını giderememesi gerekmektedir. Eğer şirket, kredibilitesi sayesinde ihtiyacını üçüncü kişilerden giderebiliyorsa maddi anlamda yetersiz sermayelendirmeden bahsetmek mümkün değildir⁵⁷⁴.

568 Vergi mevzuatındaki düzenlemeye ilişkin olarak bkz. KVK m. 12/1.

569 Bu noktada eğer şirket kurulduktan hemen sonra şirkete kredi verilmişse bu özkaynak olarak değerlendirilebilir. Ancak şirket faaliyete geçtikten uzun bir süre sonra kredi verilmişse bu kredinin öz sermaye olarak değil kredi olarak değerlendirilmesi daha uygundur. Bkz. Hackney/Benson, s. 895.

570 Bkz. Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik, RG, T. 30.06.2012, S. 28339.

571 Bu hususta bkz. Türk, s. 130 vd.; Gürel, Taahhütler, s. 190, 192.

572 Aynı yönde bkz. Gürel, Taahhütler, s. 192. Bu hususta ayrıca bkz. Türk, s. 136 vd.

573 Yanlı, s. 93-95; Bremm, s. 134; Benne, s. 61; Neher, s. 180; Schiessl, s. 489; Schmidt/Lutter, s. 46, Nr. 16.

574 Bremm, s. 133; Vandekerckhove, s. 111; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 383.

2.5.5.4.2.2. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirmenin Tespiti

Her ne kadar öğretilerde, öz sermaye yeterliliği evrensel ve objektif olarak belirlenmeye çalışılsa da, her şirketin optimal öz sermaye yeterliliğini kesin olarak tespit etmek mümkün değildir⁵⁷⁵. Yetersiz sermayelendirme her şirketin yapısına göre değişen göreceli bir kavramdır, bu konuda her şirketin yapısına uyan sabit bir miktar belirlemek mümkün değildir⁵⁷⁶. Nitekim bu nedendir ki, hemen hemen hiçbir hukuk sisteminde yeterli sermayenin miktarı konusunda bir düzenleme yapılmamış, gördüğün zaman karar ver ilkesi benimsenerek bu konunun takdiri mahkemelere bırakılmıştır⁵⁷⁷.

Alman öğretilerinde yetersiz sermayelendirilme tespit edilirken genellikle Ulmer tarafından oluşturulan kriterler dikkate alınmaktadır. Buna göre; bir şirketin yetersiz sermayelendirilip sermayelendirilmediği değerlendirilirken şirketin faaliyet alanı, finansal planı ve finansman yöntemi dikkate alınmalıdır. Bu kriterler dikkate alındığında sermaye gereksinimi belirlendiyse, söz konusu şirketin standart piyasa koşullarında kredibilitesi olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer şirketin öz sermayesi orta veya uzun vadeli finansal ihtiyaçları karşılamak için yeterli değilse ve bu eksikliğin üçüncü kişilerden alınacak kredilerle giderilmesi mümkün değilse şirketin yetersiz sermayeye sahip olduğu kabul edilmelidir⁵⁷⁸. Ancak Ulmer tarafından oluşturulan bu ölçütler kullanılsa dahi şirketin ileriye dönük finansal ihtiyaçlarını tespit etmek oldukça zordur. Nitekim bu nedendir ki, sadece sermaye eksikliğinin açıkça anlaşılabilir olduğu nitelikli yetersiz sermayelendirme durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği, basit yetersiz sermayelendirme durumunda sorumluluğun gündeme gelmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁷⁹.

575 Bremm, s. 122-123; Gelb, s. 14; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 382. Nitekim Alman hukukunda nominal yetersiz sermayelendirmeye ilişkin düzenleme yapılırken şirketlerin amacına uygun sermaye ile donatılması yönünde bir düzenlemenin mevcut olmadığı, bu yönde yapılacak düzenlemenin alacaklılar açısından yararlı olabileceği ifade edilse de her şirketin amacına uygun sermayeyi tespit etmek mümkün olmadığından bunun imkân dâhilinde olmadığı belirtilmiştir. Bu hususta bkz. Schiessl, s. 491-492.

576 Hackney/Benson, s. 893; Vandekerckhove, s. 110.

577 Hackney/Benson, s. 857; Alting, s. 202; Vandekerckhove, s. 110, 112; Sağlam, s. 161.

578 Bu hususta bkz. Alting, s. 207; Moeremans, s. 47; Schmidt/Lutter, s. 46, Nr. 16.

579 Matschernus, s. 88; Hüffer/Koch, s. 8; Dural, s. 106.

Bir şirketin yetersiz sermayeye sahip olup olmadığını belirlemek için en uygun yöntem uzman bir kişiden rapor alınmasıdır⁵⁸⁰. Bu konuda şirketin birkaç yıl boyunca başarılı bir şekilde faaliyetlerini sürdürmesi, şirketin yeterli sermayeye sahip olduğunun, bir veya iki yıl içinde iflası ise yetersiz sermayelendirildiğinin göstergesidir⁵⁸¹. Yine sermaye ile yıllık gelir arasındaki denge⁵⁸², özellikle yeni kurulan şirketler açısından gelecek birkaç yıl için öngörülen nakit akışı⁵⁸³ ve şirketin muhatap olabileceği haksız fiilden kaynaklı taleplere karşı yeterli sigorta yaptırıp yaptırmaması da şirketin yetersiz sermayelendirilip sermayelendirilmediği konusunda önemli bir gösterge oluşturur⁵⁸⁴.

Şirkete tahsis edilen yabancı sermaye (krediler), ortaklar tarafından tekrar geri talep edileceğinden bu miktar diğer alacaklılar açısından bir güvence oluşturmamaktadır. Dolayısıyla şirketin maddi anlamda yetersiz sermayelendirilip sermayelendirilmediği değerlendirilirken nominal sermaye/hissedar kredileri dikkate alınmamalıdır⁵⁸⁵. Bu noktada ortaklar tarafından sağlanan krediler şartları sağlandığı takdirde öz sermaye olarak kabul edildiğinde bunun yetersiz sermayelendirme değerlendirmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide, eğer şirketin ihtiyacı olduğu sürece kredinin şirkette kalması amaçlanmışsa öz sermaye olarak kabul edilen hissedar kredisinin de şirketin yetersiz sermayelendirilip sermayelendirilmediğinde dikkate alınması gerektiği, kriz dönemlerinde geri çekilmek üzere konulmuşsa dikkate alınmaması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁸⁶. Zira eğer ortak, şirkete tahsis ettiği krediyi şirketin ihtiyacı olduğu sürece şirkette tutma iradesiyle hareket ediyorsa ortak tarafından sağlanan bu kredi öz sermaye olarak değil borç sermayesi olarak işlem görecektir; verilen bu kredinin üçüncü kişilerden elde edilen kredilerden bir farkı bulunmayacaktır. Daha önce ifade edildiği üzere, şirketin yetersiz sermayelendirilip

580 Smith, s. 1175; Gelb, s. 14.

581 Hackney/Benson, s. 894.

582 Alting, s. 203.

583 Hackney/Benson, s. 896.

584 Hackney/Benson, s. 891, 892; Michael, s. 51; Vandekerckhove, s. 111; Millon, s. 1356; Bremm, s. 135-136; Halmer, s. 98; Kütükçü, s. 113.

585 Millon, s. 1337.

586 Hackney/Benson, s. 895, 896.

sermayelendirilmediği değerlendirilirken sadece ortakların şirkete tahsis ettikleri öz sermaye değil, şirketin kredi yoluyla elde ettiği sermaye de önem arz etmektedir. Dolayısıyla ortak tarafından verilen kredi de yetersiz sermayelendirme değerlendirmesinde dikkate alınacaktır. Ancak ortağın verdiği krediyi ihtiyacı olduğu sürece şirkette tutma iradesi yoksa, öz kaynak olarak değerlendirilecek olan bu kredinin şirketin yeterli sermayelendirilip sermayelendirilmediğine ilişkin değerlendirmede dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Zira aksini kabulü ortağın ödüllendirilmesi anlamına gelecektir.

Son olarak, şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin yeterli sermayeye sahip olup olmadığı değerlendirilirken bir bütün olarak grubun mali durumu değil bağlı şirketin durumu dikkate alınmalıdır⁵⁸⁷.

2.5.5.4.2.3. Maddi Anlamda Yetersiz Sermayelendirme Sebebiyle Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Alman hukukunda, ortaklar tarafından verilen kredilere (nominal yetersiz sermayeye) ilişkin sorun kanuni düzenleme ile çözüldüğünden, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında maddi anlamda yetersiz sermayelendirme önem arz etmektedir. Alman öğretisinde azınlıkta kalan görüş, kanunda sadece asgari sermaye şartı öngörüldüğü, şirketin öz sermayesinin amaçlanan veya fiili iş kapsamına uygun bir oranda olması gerektiğine dair herhangi bir zorunluluğun bulunmadığı gerekçesiyle, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmayacağını savunmaktadır⁵⁸⁸. Bu görüşe göre; şirket alacaklılarının güveni sadece ticaret siciline kaydedilen sermaye miktarı bakımından korunmaya değerdir. Bir şirketin asgari sermayesinin miktarının belirlenmesi kural olarak şirket kurucularının girişimci takdirine bağlıdır. Bu nedenle yetersiz sermaye nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yaptırımını yalnızca şirketin iflasının önceden planlandığı istisnai durumlarda düşünülebilir. Aksi takdirde ortakların

587 Vandekerckhove, s. 112.

588 Benne, s. 73; Hölter/Weber, s. 5, Nr. 16. Bu görüşteki yazarların bir kısmı için bkz. Matschernus, s. 86, dn. 401. ABD hukuku açısından yetersiz sermayelendirmenin tek başına sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Smith, s. 1176; Hackney/Benson, s. 855, 899.

sadece kanunen öngörülen sermayeyi değil işin niteliği gereği gerekli olan sermayeyi de ödemek zorunda kalacaklarını göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekir. Ortaklardan taahhüt ettikleri sermayeden fazlasını şirkete tahsis etmeleri beklenirse bu durum bir nevi sınırsız sorumluluk anlamına gelir⁵⁸⁹. Eğer yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı kabul edilirse bu durum sermaye şirketi ortaklarına tanınan sınırlı sorumluluk ayrıcalığının işlevsiz kalmasına neden olur⁵⁹⁰.

Alman öğretisinde hâkim görüş ise, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceğini kabul etmektedir⁵⁹¹. Bu görüşü savunan yazarlar temelde şu gerekçelere dayanmaktadır. Düşük miktarda sermaye ile şirket kurulup bu sermayeyi aşan nitelikte işlem yapıldığında, eğer şirket kâr ederse bundan ortaklar tek başına yararlanır, eğer zarar ederse şirket iflas eder ve zararın çoğu şirket alacaklıları üzerine transfer edilir. Düşük sermayeli şirket işleterek alacaklılara risk transfer etmek sınırlı sorumluluğun amacına aykırıdır. Şirket sermayesi, şirketin herhangi bir zamanda iflas etmesini önleme işlevi de görmelidir. Eğer şirket ortaklarının sadece kanunda öngörülen asgari sermayeyi ödemesi gerektiği kabul edilirse alacaklıların korunmasına ilişkin kuralların bir anlamı kalmaz. Kanunda ortaklar açısından sadece asgari sermayenin öngörülmesi, bu miktar ödendikten sonra alacaklılar aleyhine serbestçe spekülasyon yapmaya izin vermez. Asgari sermayenin, yetersiz sermayelendirme nedeniyle sorumluluk konusuyla hiçbir ilgisi yoktur⁵⁹². Ancak yetersiz sermayeye sahip bir şirketin mali durumuyla ilgili olarak sessiz kalınması ortakları sorumlu tutmak için yeterli değildir. Zira ortakların şirketin finansal durumu hakkında alacaklılara bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konuda araştırma yükümlülüğü alacaklılara aittir⁵⁹³. Özellikle sözleşmesel alacaklılar, şirketin sermayesinin yeterli düzeyde olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmadan şirketle işlem yapmışsa, bunun riskini de üstlenmiş

589 Millon, s. 1338.

590 Goette/Habersack/Kalss, s. 153-154. Türk hukuku açısından benzer yönde bkz. Eryiğit, s. 231.

591 Bu görüşteki yazarların bir kısmı için bkz. Neher, s. 181, dn. 696; Goette/Habersack/Kalss, s. 153, dn. 199.

592 Bitter, s. 1580, 1581; Mühlens, s. 67; Bremm, s. 48. Türk hukuku açısından benzer yönde bkz. Yanlı, s. 114; Kuş, s. 125.

593 Hackney/Benson, s. 865.

kabul edilir. Dolayısıyla özensiz davranan bu kişi lehine yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesi kaldırılamaz.

Alman yargı uygulamasında ise, tamamen karşı olunmamakla birlikte konuya oldukça temkinli yaklaşılmaktadır⁵⁹⁴. Nitekim her ne kadar Federal Sosyal Mahkeme (Bundessozialgericht/BSG) vermiş olduğu bazı olumlu yönde kararlarla yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusuna açık olduğunu göstermiş olsa da, özellikle Federal Mahkeme ve Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht/BAG) bu konuda isteksiz davranmaktadır⁵⁹⁵. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Alman Federal Mahkemesi'nin yetersiz sermaye sebebiyle sınırlı sorumluluğu göz ardı ettiği tek dava bir derneğin üyeleriyle ilgilidir⁵⁹⁶. Somut olayda bir derneğin üyeleri -ödeme konusunda kolaylık sağlamak amacıyla- bir taşınmazı kendileri kiralamak yerine üye oldukları dernek aracılığıyla kiralamıştır. Kira ödemelerini dernek yapmış daha sonra üyeleri arasında paylaşmıştır. Ancak taşınmazın sahibi kirada artış yapınca dernek kirayı ödeyememiş bunun üzerine Alman Federal Mahkemesi, kira borcundan dolayı dernek üyelerini sorumlu tutmuştur. Ancak bu davaya konu somut olay, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına örnek teşkil edecek nitelikte değildir. Zira söz konusu olayda asgari sermaye gerekliliği olan bir şirket değil sermaye şartı öngörülmeleyen bir dernek söz konusudur. Derneğin tek amacı ödemeleri kolaylaştırmak olduğundan kendine ait bir sermayesi yoktur. Dolayısıyla bu olayı yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında incelemek mümkün değildir⁵⁹⁷.

Alman Federal Mahkemesi'nin genellikle şirketler hukuku konusunda yetkisi bulunmayan VII. Senetosu, 4.5.1977 tarihli Typenhaus kararında⁵⁹⁸ maddi anlamda yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunu ele almış, ancak talebi reddederek konunun haksız fiil veya sermayenin korunmasına ilişkin

594 Bremm, s. 98.

595 Bu hususta bkz. Bitter, s. 1580.

596 BGHZ 54, 222, 224.

597 Bu hususta bkz. Schiessl, s. 490.

598 BGHZ 68, 312, 316 = NJW 1977, 1449.

hükümler çerçevesinde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karardan birkaç ay sonra, şirketler hukuku uyuşmazlıklarına bakan II. Seneto, bu kararın kendi tutumlarıyla çelişebileceğini zira kendi tutumlarının alacaklının korunması yönünde olduğunu belirtmiştir. Ancak buna rağmen II. Seneto da yedi yıl sonra verdiği Beton-und Monierbau kararında⁵⁹⁹ ortakların yetersiz sermayelendirme sebebiyle sorumluluğunun olmadığına hükmetmiş, sadece şirkete öz kaynak yerine kredi verilmişse bunun öz kaynak olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁶⁰⁰. Alman Federal Mahkemesi, konuya ilişkin daha sonraki birçok kararında da bu görüşünü devam ettirmiştir⁶⁰¹. Nitekim son olarak 28 Nisan 2008 tarihli Gamma kararında⁶⁰² Alman Federal Mahkemesi, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılamayacağını, böyle bir sorumluluğun ne kanunda öngörüldüğünü ne de içtihat tarafından kabul edildiğini, ortaklar açısından yasal olarak öngörülen asgari sermaye tutarını (25,000,00 Euro) ödemek dışında bir yükümlülük öngörülmesinin sisteme aykırı olacağını, sorunun varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk (haksız fiil) veya sermayenin korunmasına ilişkin hükümler (Alm LŞK m. 19, 30, 31, 64) kapsamında bir iç sorumluluk olarak çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁰³. Nitekim Federal İş Mahkemesi de birçok kararında⁶⁰⁴ yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddederek Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları yönünde olumsuz tavır sergilemiştir. Buna karşın Federal Sosyal Mahkeme bazı kararlarında Alman Federal Mahkemesi gibi olumsuz tavır alırken⁶⁰⁵ bazı kararlarında talepleri kabul etmiştir⁶⁰⁶.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda mahkemeler, yetersiz sermayelendirmeyi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değil haksız fiil kapsamında ele alma

599 BGHZ 90, 381, 389 (1984).

600 Bu hususta bkz. Schiessl, s. 491; Yanlı, s. 98-99.

601 BGHZ 68, 312; BGH 21.12.1994, ZIP 1995, 320 = NJW 1994, 2487 = DB 1995, 1328.

602 BGH DB 2008, 1423.

603 Bu hususta açıklamalar için ayrıca bkz. Tan/Wang/Hofmann, s. 172; Neher, s. 182; Bitter, s. 1581.

604 BAG, ZIP 1999, 94 96. Aynı yönde kararlar için bkz. BAGE 89, 349 = NJW 1999, 740 = ZIP 1999, 24 = BB 1999, 1383 = BB 1999, 60 = DB 1998, 2532; BAG, NJW 1999, 740, 741 = ZIP 1999, 24; BAG, NJW 1999, 2299.

605 BSG AG 1995, 279, 280; BSG, ZIP 1996 1134, 1135; BSG 56, 76 = BSG NJW 1984, 2117, 2119.

606 BSG 1984, 2117; BSG GmbHR 1996, 604, 606; BSG NJW-RR 1997, 94, 95; BSGE 56, 76, 83 = DB 1984, 1103, 1104; BSGE 75, 82, 84 = ZIP 1994, 1944, 1945; BSG, ZIP 1996, 1134, 1135.

eğilimindedir⁶⁰⁷. Nitekim şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk Trihotel kararından sonra haksız fiil kapsamında değerlendirildiğinden Alman Federal Mahkemesi Gamma kararında yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddetmiş konuyu haksız fiil hükümesine havale etmiştir⁶⁰⁸. Ancak haksız fiil kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için kasıt şartı arandığından haksız fiil aracılığıyla alacaklılara koruma sağlanması oldukça zordur⁶⁰⁹. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun amacının sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları dengelemek olduğu dikkate alındığında yetersiz sermayelendirmeye kasten veya kusursuz olarak neden olunması bir önem arz etmemeli her halükarda bu denge sağlanabilmeli, dolayısıyla herhangi bir kasıt söz konusu olmasa dahi yetersiz sermayelendirme sebebiyle ortakların sorumluluğuna hükmedilebilmelidir⁶¹⁰.

ABD öğretisinde de şu ifadeler kullanılarak yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliği kabul edilmektedir: *“Alacaklılara güvence oluşturacak yeterli malvarlığı tahsis edilmeden pay sahiplerini şirket borçlarından muaf tutmak mümkün değildir. Ortaklar şirketin olası borçları için gerekli olan sermayeyi riske etmelidir. Riske edilen sermaye yapılacak iş ve kayıp riskleri ile karşılaştırıldığında yanılıcı veya önemsiz ise artık sınırlı sorumluluk ayrıcalığından yararlanmak söz konusu değildir⁶¹¹. Yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının amacı, bir şirketin mali donanımının yalnızca hissedarların takdirine bağlı olmamasını sağlamaktır. Pay sahiplerinin tüm finansal riskleri şirket alacaklılarına transfer etmelerine izin verilmez⁶¹². Belirlenen sermaye, kanuni asgari tutarı karşılamaya yeterli olmasına rağmen, fiilen müstakbel alacaklılar için teminat sağlamıyorsa, kanunların özsermayenin temini ve muhafazasına ilişkin temel amacı gerçekleştirmiş olmayacaktır⁶¹³. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk üstlenilen riskleri karşılamaya yetecek derecede makul bir*

607 Schmidt/Lutter, s. 47, Nr. 16; BGHZ 31, 258, 270; BGHZ 68, 312; BAG NJW 1999, 2298

608 Bu hususta bkz. Schiessl, s. 493; Vandekerckhove, s. 141, 142; Monsch/von der Crone, s. 450.

609 Bu hususta bkz. Schiessl, s. 493; Vandekerckhove, s. 141, 142.

610 Aynı yönde bkz. Halmer, s. 197.

611 Bu hususta bkz. Millon, s. 1337.

612 Alting, s. 210.

613 Alting, s. 210.

*sermaye tahsis edildiğinde geçerli olmalı, söz konusu risklerin alacaklılar üzerine transferinin önüne geçilmelidir*⁶¹⁴.

ABD mahkemeleri ise yetersiz sermayelendirmeyi genellikle tek başına sorumluluk sebebi olarak kabul etmemekte, kötü niyetle hareket gibi diğer şartların varlığını aramaktadır⁶¹⁵.

Türk yargı uygulamasında ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması henüz gündeme gelmemiştir. Yargıtay 2014 tarihli bir kararında, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddetmiştir. Esasen bu kararda Yargıtay, şirketin yetersiz sermayelendirilip sermayelendirilmediğini incelememiş şirkette henüz ödenmemiş sermaye taahhüdünün muaccel hale gelmediğini dolayısıyla ortaklara başvurulamayacağına hükmetmiştir⁶¹⁶. Ancak karşı oy yazısında somut olayda yetersiz sermayelendirme sebebiyle ortakların sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur⁶¹⁷.

2.5.6. Malvarlıklarının Karışması

Sınırlı sorumluluk ilkesinin temelinde, şirket ile ortaklar arasındaki şahıs ve malvarlığı ayrılığı yatmaktadır. Bu ayrım ortadan kalktığına sınırlı sorumluluk ilkesinin temelinde

614 Hackney/Benson, s. 858.

615 Bu hususta bkz. Millon, s. 1337. Benzer yönde karşı oy yazısı için bkz. Y.11.HD, T.8.7.2014, E. 2013/15971, K. 2014/12971: “...*Elbette sadece sermayenin az miktarda olması durumu, her yetersiz sermaye ile ilgili davada örtünün kaldırılması için yeterli değildir, başka koşulların da bulunması gerekir. Bu hususu takdir ederken, her somut olay kendi gerçekleri içinde değerlendirilmelidir*”

616 Y.11.HD, T.8.7.2014, E. 2013/15971 K. 2014/12971: “...*Davalıların şahsi sorumluluğunu doğuracak yasal koşulların dava tarihi itibarıyla gerçekleşmediği ve dava tarihinde bakiye sermaye borcunun muaccel olmadığı gerekçesiyle...*”. Bu hususta ayrıca bkz. Şahin, s. 1652-1653.

617 “*Bir sermaye ortaklığı kurmak isteyenler, o işin ekonomik gerekleri ile bağdaşan bir sermayeyi ortaklığa getirmelidirler. Türk hukukunda şirket tiplerine ilişkin temel sermaye öngörülmüş olmasına rağmen, işletmenin iştiğal konusu veya faaliyet hacmi ile orantılı bir sermaye donatılması konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şirketin faaliyetleri ile orantılı bir sermayenin ortaklığa konulmaması halinde, bazı durumlarda tüzel kişilik perdesi aranabilmektedir. Buna örnek olarak, şirketin sermayesi ile işletmenin faaliyet kapsamı ve üstlendiği riskler arasında açık bir dengesizlik bulunması gösterilebilir. Ancak elbette sadece sermayenin az miktarda olması durumu, her yetersiz sermaye ile ilgili davada örtünün kaldırılması için yeterli değildir, başka koşulların da bulunması gerekir. Bu hususu takdir ederken, her somut olay kendi gerçekleri içinde değerlendirilmelidir.*”

yatan gerekçe de ortadan kalkar. Sorumluluk sınırlamasından yararlanmak isteyen kişinin bunun temelinde yatan ilkeye saygı göstermesi gerekir. Ayrılık ilkesine saygı göstermeyen bir ortağın, şirket alacaklılarına karşı bu ilkeye dayanması çelişkili davranış yasağını ihlal eder⁶¹⁸. Dolayısıyla şirket ile ortaklar arasındaki malvarlığının karışması durumunda şirket borçları için ortakları sorumlu tutmak mümkündür. Nitekim diğer vaka gruplarında sınırlı sorumluluğun göz ardı edilip edilmeyeceği tartışmalı iken malvarlığının karışması öğretisi⁶¹⁹ ve yargı uygulaması⁶²⁰ tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının kabul edildiği tek vaka grubudur. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, Alman hukukunda malvarlığının karışmasının sadece şirketin borçları için ortaklara başvurulmasına (perdenin düz kaldırılmasına) imkân tanıyacağı, karışan miktar ne kadar yüksek olursa olsun malvarlığının karışması sebebiyle ortakların borcu için şirkete başvurulmayacağı (perdenin tersten kaldırılmayacağı) kabul edilmektedir⁶²¹. Daha önce de ifade edildiği üzere, şirket sermayesinin sadece şirketin alacaklılarına teminat sağladığı gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması kurumuna bu denli toptan reddedici bir yaklaşım yerinde değildir. Kanaatimizce şartları oluşmuşsa malvarlığının karışması durumunda ortağın borçları için şirketin malvarlığına başvurulması da mümkün olmalıdır.

618 Tekinalp/Tekinalp, s. 396; Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 337, Nr. 18-14; Yanlı, s. 237; Arkan, s. 141; Kesik Canbulut, s. 3708; Neher, s. 178; Bremm, s. 67; Wachter, s. 22; Moeremans, s. 45; Hölters/Weber, s. 3, Nr. 11; Y.11.HD, T.19.03.2018, E.2016/9387, K. 2018/2071: “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 malvarlığı 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 sığınmış ise bu durumda TMK'nin 2. maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır.” (www.legalbank.net)

619 Yanlı, s. 237; Şahin, s. 1642; Bitter, s. 1578; Matschernus, s. 83; Tan/Wang/Hofmann, s. 180; Goette/Habersack/Kalss, s. 150; Bremm, s. 66; Schall, Glaubigerschutz, s. 216. ABD hukuku açısından aynı yönde bkz. Smith, s. 1177.

620 BGH NJW 1994, 1801; BGHZ 95, 330, 332 = NJW 1986, 188; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGHZ 165, 85; ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; BGHZ 173, 246, 257 = ZIP 2007, 1552, 1556; BAG ZIP 1991, 884, 889; BSGE 75, 82, 84 = ZIP 1994, 1945; BSG ZIP 1996, 1134; Y.11.HD, T.30.3.2015, E.2014/15725, K.2015/4381: “...Somut dosyaya bakıldığında, davalıların aldığı malların defter kayıtlarında olmadığı, davalıların şirket adına aldıkları ürünleri haricen sattıkları, satış bedellerini şahsi işlerinde kullandıkları bilirkişi raporlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlığı bakımından birbirine karıştığı sabit olmuştur. Davalılar aldığı ürün bedellerini defterlerine kaydetmemişler şahsi işlerinde kullanmışlar, şirketi şeffaf ve hesap verebilir bir şirket olarak idare etmemişler ve davacının zararına sebebiyet vermişlerdir. Bu zarar ayrıca doğrudan zarardır. Bu durumda şirket kalkanından istifade etmeleri mümkün değildir.”

621 Hüffer/Koch, s. 8.

Malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için şirket varlıklarının hissedarların özel varlıklarıyla kime ait olduklarının anlaşılması mümkün olmayacak şekilde karışması gerekir⁶²². Bu durum genellikle şirkete ait defterlerin hiç tutulmaması⁶²³ veya belirsiz şekilde tutulması durumunda söz konusu olur⁶²⁴. Farklı bir deyişle malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için hissedar ile şirket arasındaki devirlerin defter ve kayıtlara bakılarak anlaşılabilir olması gerekir⁶²⁵. Bu durum metaforik olarak bir çamaşır sepetine benzetilmektedir. Tıpkı bir sepetin içinde bütün çamaşırların ayrılması mümkün olmayacak şekilde karıştığı gibi şirket varlıkları ile ortakların varlıkları da aynı şekilde karışmaktadır⁶²⁶. Dolayısıyla şirket malvarlığından ortakların malvarlığına geçiş tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli bir unsur değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için söz konusu geçişin şirket kayıtlarından tespit edilemiyor olması gerekir. Eğer malvarlığı geçisi şirket kayıtlarından tespit edilebiliyor ise sermayenin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında varlığın şirkete iadesi talep edilmelidir⁶²⁷. Bu kapsamda sadece münferit unsurların kime ait olduğuna ilişkin belirsizlikler tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Bu gibi münferit durumlarda malvarlığının kime ait olduğu tespit edilebildiğinden söz konusu malvarlığının iadesi talep edilmelidir⁶²⁸. Yine ortaklar tarafından yapılan para çekme işlemleri açık olduğu sürece ortaklar sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelere göre zaten sorumlu olacaklarından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmak mümkün değildir⁶²⁹. Nitekim bu nedenle Alman öğretisinde bazı yazarlar, kâr dağıtımını dışında şirket varlıkları üzerinde tasarrufla

622 Yanlı, s. 239; Esen, s. 34; Bitter, s. 1578; Goette/Habersack/Kalss, s. 151; Neher, s. 178; Hölters/Weber, s. 3, Nr. 11; BGH, ZIP 1994, 867; BGHZ, 95, 330 vd.

623 Neher, s. 179.

624 Gao, Xujun: Vermögensvermischung als Haftungstatbestand im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aachen 2001, s. 40 vd.; Bitter, s. 1578; Neher, s. 179; Wachter, s. 22; Goette/Habersack/Kalss, s. 150; Hölters/Weber, s. 3, Nr. 11; BGHZ 95, 330, 334 = NJW 1986, 188, 189; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGHZ 165, 85 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344.

625 Yanlı, s. 238 vd.; Dural, s. 105; Şahin, s. 1643; Alting, s. 215.

626 Bitter, s. 1579.

627 Buna karşın ortağın malvarlığından şirketin malvarlığına geçiş söz konusu ise, bu durum kayıtlardan tespit edilse dahi tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması yoluna başvurulabilmelidir.

628 Yanlı, s. 239; Bitter, s. 1579; Neher, s. 179; Bremm, s. 67; Alting, s. 211, 215.

629 Goette/Habersack/Kalss, s. 151; Tan/Wang/Hofmann, s. 181, 182; Neher, s. 179; Schmidt/Lutter, s. 47, Nr. 17.

bulunmak yasaklandığından ve pay sahipleri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Alm POK) m. 57, 62 uyarınca sorumlu olduğundan anonim şirketler hukukunda, malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gereksiz olduğunu belirtmektedir⁶³⁰.

Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının çok istisnai durumlarda mümkün olacağı ifade edilmektedir. Örneğin Autokran kararında Alman Federal Mahkemesi, yıllık karların alınmasının çok ötesine geçse dahi hissedarlar tarafından yapılan bireysel para çekme işlemlerinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına neden olmayacağına⁶³¹, bunun sadece sermayenin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında geri ödeme taleplerine yol açacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre; ortakların kişisel sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için şirket ve ortakların şahsi varlıkları arasındaki ayrımın şeffaflığa aykırı defter tutularak veya başka bir şekilde gizlenmesi ve bu nedenle sorumluluğun sınırlandırılmasına karşılık vazgeçilmez bir denge unsuru olan sermayenin korumasına ilişkin kurallara uygunluğun kontrol edilemez hale gelmesi gerekir. Yalnızca bu koşullar altında ortakları şirket borçlarından dolayı sorumlu tutmak mümkündür⁶³². Nitekim malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin Alman Federal Mahkemesi'nin bu dar bakış açısı Federal İş Mahkemesi, Federal Sosyal Mahkeme ve literatürde de genel olarak kabul edilmiştir⁶³³.

Malvarlığının karışması genellikle defter tutma yükümlülüğünün ya hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunda ortaya çıktığından ve defter tutma görevi şirket yöneticilerine ait olduğundan malvarlığının karışması sebebiyle ortakları sorumlu tutmak kural olarak mümkün değildir. Ortakların sorumlu tutulabilmesi için defterlerin hukuka

630 Neher, s. 179, dn. 686; Bremm, s. 68; Alting, s. 215; Hölters/Weber, s. 3, Nr. 12; Hüffer/Koch, s. 8. Bu hususta özellikle bkz. Torggler, Ulrich: Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl, 2006, Vol. 2, s. 87. Bu görüşün alacaklıları korumak konusunda ortaya çıkabilecek koruma boşlukları açısından endişe verici olduğu yönünde bkz. Wachter, s. 22.

631 Aynı yönde bkz. Bitter, s. 1578.

632 Matschernus, s. 83; Neher, s. 179.

633 Bu hususta bkz. Matschernus, s. 84.

aykırı tutulmasında ortakların bir etkisinin olması gerekir⁶³⁴. Malvarlığının karışması sebebiyle sorumluluk yalnızca buna sebep olan şirket üzerinde kontrol sahibi ortaklar için söz konusu olabilir⁶³⁵⁶³⁶. Dolayısıyla bu sorumluluk tipi halka açık şirketlerden ziyade halka kapalı şirketlerde özellikle de tek ortaklı veya paylarının çoğu bir ortağa ait olan şirketlerde gündeme gelmektedir.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olduğunda sözleşmesel alacaklılarla haksız fiil alacaklıları arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla banka gibi sofistike bir alacaklı söz konusu olsa dahi, sözleşmesel alacaklıların müzakere gücü bulunduğu, bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine olumsuz yanıt verilmesi veya haksız fiil alacaklılarına kıyasla daha ağır şartların aranması gerektiği söylenemeyecektir. Zira bu durumda banka gibi sözleşmesel alacaklılar dahi şirket ve ortakların varlıklarını ayırt edememektedir⁶³⁷.

2.5.7. Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk

2.5.7.1. Sorumluluğun Temeli

Yalnızca şirketin malvarlığına başvurabilen limited şirket alacaklıları açısından şirkete ait varlıkların korunması son derece önemlidir. Bu koruma öncelikle sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerce (Alm LŞK m. 30, 31) sağlanmaktadır⁶³⁸. Ancak bu hükümler tarafından sağlanan koruma, özellikle bir ortağın müdahalesi sonucunda ortaya

634 Frodermann/Jannott, s. 25, Nr. 17. Aynı yönde bkz. BGHZ 125, 366.

635 Bu nedenledir ki, şirket hâkimiyeti tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli bir unsur olmasa da malvarlığının karışması sebebiyle sorumluluk açısından önem arz etmektedir. Goette/Habersack/Kalss, s. 151; Tan/Wang/Hofmann, s. 180; Mühlens, s. 67.

636 Malvarlığının karışmasından sadece buna sebep olan ortağın değil diğer ortakların da faydalanmış olabileceği, bu yüzden sorumluluğun sadece sebep olan ortakla sınırlandırılmasının gerekçelendirilmesinin kolay olmadığı yönünde bkz. Bitter, s. 1579.

637 Alting, s. 213.

638 Nannt, Sarah: Der Existenzvernichtende Eingriff des GmbH-Gesellschafters, StudZR, 2/2008, s. 214; Dauner-Lieb, Barbara: Die Existenzvernichtungshaftung als Deliktische Innenhaftung Gemäß § 826 BGB Besprechung Der Entscheidung BGH Dstr 2007, 1586 (TRIHOTEL), ZGR, 1/2008, s. 37; Wahl, s. 13.

çıkan olumsuzluğun bilançooya yansıtılmadığı durumlarda; örneğin patentlerin, iş fırsatlarının, kullanım haklarının, müşteri çevresinin veya insan kaynaklarının geri çekilmesi durumunda yetersiz kalabilmektedir⁶³⁹. Yine sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler kapsamında tazmin edilemeyeceği kabul edilen faiz kaybı gibi dolaylı zararlar açısından da aynı sorun gündeme gelmektedir⁶⁴⁰.

Alman hukukunda özellikle çoğunluk karşısında itirazda bulunan azınlık hissedarların söz konusu olmadığı tek kişilik veya ortakların tamamının aynı doğrultuda hareket ettiği limited şirketlerde, ortakların sadakat yükümlülüğünün⁶⁴¹, dolayısıyla buna bağlı sorumluluğun ortadan kalkacağı kabul edildiğinden bu boşluk daha çok hissedilmektedir⁶⁴². Zira bu gibi durumlarda müdürler ortakların talimatları doğrultusunda hareket edeceklerinden (Alm LŞK m. 37/1)⁶⁴³ -her ne kadar sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin bağlayıcılığı devam etse de- şirketin zararına hareket ihtimali artmaktadır⁶⁴⁴. Anonim şirketlerde ise bu koruma boşluğu daha az hissedilmektedir. Nitekim gerek yönetim organının ortakların talimatlarından bağımsız şekilde hareket etmesi (Alm POK m. 76) gerekse gözetim kurulu (Alm POK m. 95) gibi bağımsız bir denetim mekanizmasının varlığı sebebiyle alacaklılar yeterince korunmaktadır⁶⁴⁵. Ayrıca anonim şirket açısından şirkette sahip olduğu gücü kullanarak,

639 Calise, s. 66. Şirket varlıklarının geri çekilmesinin genellikle bilançooyu etkileyeceği ancak pay sahiplerinin, bilanço dışı denilen, yani şirketin mali durumunda herhangi bir değişikliğe yol açmayan tedbirlerle de şirkete zarar verebileceği yönünde bkz. Calise, s. 46.

640 Röck, Sarah: Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung Indisponibilität - Gläubigerbezug – Schadensberechnung, Tübingen 2011, s. 8; Mülbert/Wilhelm, s. 185, 191 vd.; Nannt, s. 214; Dauner-Lieb, s. 37. Varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluk kurumunun Alman limited şirketler hukukunda alacaklı korumasının yetersizliği sonucu ortaya çıktığına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Wahl, s. 37 vd.

641 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ziemons, s. 75 vd.

642 Mülbert/Wilhelm, s. 192.

643 Limited şirket ortaklarına tanınan talimat hakkı ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ziemons, s. 2 vd.

644 Mülbert/Wilhelm, s. 192.

645 Mülbert/Wilhelm, s. 193, 194. Nitekim bu nedenle varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun anonim şirketler bakımından uygulanmasının gereksiz olacağı, anonim şirket hükümlerinin şirket alacaklıları açısından sağladığı korumanın varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluktan daha geniş olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Mülbert/Wilhelm, s. 206; Goette/Habersack/Kalss, s. 154; Calise, s. 67 vd. Avusturya hukukunda da aynı gerekçeyle varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun genellikle reddedildiği yönünde bkz. Bremm, s. 78.

yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin, şirket aleyhine hareket etmesini sağlayan kişilerin sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir (Alm POK m. 117).

Alman hukukunda limited şirket alacaklılarının menfaatlerini korumak için öngörülen kanun hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda etkili bir alacaklı korumasının sağlanabilmesi için içtihat yoluyla şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk (*Existenzvernichtungshaftung*) kurumu geliştirilmiştir⁶⁴⁶. Bu sorumluluk konseptine göre ortaklar, şirket varlıklarının öncelikle şirket alacaklılarının tatmini için tahsis edilmesi kuralını göz ardı ederek şirketten varlıklarını geri çeker ve bunun sonucunda şirket iflas eder veya mevcut iflas daha da derinleşirse kişisel olarak sorumludur. Bu bağlamda sorumluluğun gündeme gelebilmesi için gerekli temel unsur olağan girişimcilik faaliyeti dışında şirketin yükümlülüklerini yerine getirememesine neden olan bir müdahaledir⁶⁴⁷.

2.5.7.2. Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi

Alman hukukunda başka hiçbir şirketler hukuku kurumunun, limited şirket ortaklarının şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu konusu kadar değişiklik geçirmediği ifade edilmektedir⁶⁴⁸. Nitekim öğreti ve uygulamada genel olarak, limited şirketin pervasızca ve alacaklıların çıkarlarına saygı göstermeden sona erdirilemeyeceği⁶⁴⁹, dolayısıyla sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere eşlik eden bir

646 Staudinger, s. 343; Hölters/Weber, s. 6, Nr. 18. Her ne kadar öğretilerde bazı yazarlar varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluk kurumunu 19. yüzyılın ortalarında geçerli olan pek faysadı bulunmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna özel bir dönüş olarak algılansa da, ortakların kötüye kullanımına sıklıkla maruz kalan limited şirketler açısından bu sorumluluk konseptiyle koruma seviyesinin arttığı yönünde bkz. Calise, s. 2. Bu kavramın Türk hukukunda hortumlamaya karşılık geldiği yönünde bkz. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 335, Nr. 18-07.

647 Habersack, Mathias: Trihotel- Das Ende der Debatte? Überlegungen Zur Haftung für Schädigende Einflussnahme im Aktien- Und Gmbh-Recht, ZGR, 2008, s. 542; Lieder, Jan/Bialluch, Martin: Differenzhaftung und Existenzvernichtungshaftung bei Verschmelzung – Zugleich Besprechung von BGH v. 6.11.2018 – II ZR 199/17, ZGR, 2019, s. 772; Nannt, s. 214; Calise, s. 12.

648 Röck, s. 1; Nannt, s. 212; Dauner-Lieb, s. 36.

649 Bu noktada varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun ortakların şirket üzerinde tasarruf özgürlüğünü ortadan kaldırmadığını, ortakların istedikleri zaman şirketi sona erdirebileceklerini belirtmek gerekir. Varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluğun yasakladığı tek şey soğuk tasfiye (kalte Liquidation) olarak nitelendirilen uygulamanın önüne geçmek, farklı bir deyişle alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerini gözetken yasal tasfiye hükümlerine uygun hareket edilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ortaklar şirketin sona ereceği zamanı serbestçe

sorumluluk olgusunun gerekliliği konusunda fikir birliği bulunmakla birlikte⁶⁵⁰, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun dogmatik temeli, ön koşulları ve hukuki sonuçları 1970'li yıllardan itibaren yoğun tartışma konusu olmuş; zaman içinde salt şirketler hukuku temelli çözümler üretilmesinin yanı sıra şirketler topluluğu hukuku kapsamında çözümlere de başvurulmuştur. Yine haksız fiil hukuku bağlamında çözümler de dile getirilmiştir. Özellikle Alman Federal Mahkemesi II. Sivil Senatosu 17 Eylül 2001 tarihli Bremer Vulkan⁶⁵¹ kararında, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumundan kavramsal olarak ilk defa söz ettikten sonra, bu isim altında sorumluluk Alman limited şirketler hukukunun en tartışmalı alanlarından birisi haline gelmiş, öğretilerde sorumluluğunun dogmatik temelleri, önkoşulları ve hukuki sonuçları hakkında neredeyse her hafta yeni bir makale yayınlanmıştır⁶⁵².

Geçmiş 1975 tarihli ITT kararına⁶⁵³ kadar dayanmakla birlikte esasen varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğa ilişkin içtihatların başlangıç noktası, Federal Adalet Divanı İkinci Sivil Senato Başkanı Röhrich tarafından 2000 yılında kaleme alınan bir makaledir⁶⁵⁴. Bu makalede Röhrich, şirketteki sermayesini geri çekerek iflasa neden olan ortağın şirketin varlığını yok edici nitelikteki müdahale sebebiyle sorumluluğu ve hâkim ortağın nitelikli fiili konzern kapsamında sorumlu tutulduğu eski yargı uygulamasından vazgeçilmesi konularını incelemiştir. Alman Federal Mahkemesi, 2001 tarihli Bremer Vulkan⁶⁵⁵ kararında kavramsal olarak varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk konseptini benimsemiş, bu sorumluluğun nitelikli fiili konzern kapsamında değerlendirilemeyeceğini, kendine özgü bir kurum olduğunu vurgulamıştır. Nitekim bu karardan sonra sorumluluk ismen “*şirketin varlığını yok edici nitelikte*

seçebilirler ancak tasfiye yöntemi üzerinde tasarrufta bulunamazlar Bkz. Nannt, s. 214; Habersack, s. 542; Wahl, s. 40-42; Calise, s. 1, 15.

650 Mülbert/Wilhelm, s. 200.

651 BGHZ 149, 10.

652 Röck, s. 5.

653 BGHZ 65, 15.

654 Röhrich, Volker: Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, Festschrift zum 50 jährigen Bestehen des BGH, München 2000, s. 83 vd.

655 BGHZ 149, 10.

müdahale sebebiyle sorumluluk” olarak anılmıştır. Alman Federal Mahkemesi, KBV, Trihotel ve Gamma kararlarında da bu sorumluluk konseptini devam ettirmiştir⁶⁵⁶.

Trihotel kararından sonra, açık bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı bu konu hakkında yasama organı da ilk kez adım atmıştır. Nitekim MoMiG ile şirket yöneticilerinin genel sorumluluğuna ek olarak ortaklara yapılan ödemelerin şirketin iflasına neden olması sebebiyle yöneticilerin sorumluluğu düzenlenmiş (Alm LŞK m. 64/3), hükmün gerekçesinde bunun varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumunun bir alt türü olduğu açıkça belirtilmiştir⁶⁵⁷.

2.5.7.3. Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluğun Hukuki Niteliği

2.5.7.3.1. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin öğretide temel olarak dört farklı görüş savunulmuştur. Bu görüşlerden ilk ikisi alacaklılara karşı doğrudan dış sorumluluk öngörürken diğer ikisi ise şirkete karşı iç sorumluluk öngörmektedir⁶⁵⁸.

Alman öğretisinin büyük çoğunluğu, şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirmektedir. Normun koruma amacı teorisinden hareket eden bu görüşe göre, Alm LŞK m. 13/2’de öngörülen sınırlı sorumluluğa ilişkin imtiyaz ancak alacaklıların zararına kullanılmadığı takdirde meşrudur. Somut olayda normun amacı sınırlı sorumluluk ilkesinin terk edilmesini gerektiriyorsa teleolojik redüksüyon uygulanarak şirket borçları için ortaklar sorumlu tutulmalıdır. Ancak bu görüş, sınırsız sorumluluğa yol açtığı ve öncelikle hareket eden alacaklıların diğer alacaklılardan önce sorumlunun

656 Bu hususta bkz. Matschernus, s. 64-65; Calise, s. 1.

657 Mülbert/Wilhelm, s. 186; Röck, s. 5; Staudinger, s. 319.

658 Bu hususta bkz. Nannt, s. 221.

malvarlığından yararlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim bu nedenle Trihotel kararıyla Alman Federal Mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması görüşünden açıkça vazgeçmiştir⁶⁵⁹.

Öğretinin bir kısmı şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu kapsamında haksız fiil (Alm MK m. 826) olarak değerlendirmektedir⁶⁶⁰. Bu görüşü savunanlar, şirketin alacaklılara zarar verecek şekilde yasal tasfiye hükümlerine uyulmadan sona erdirilmesi durumunda (soğuk tasfiye), alacaklıların yararına, mevcut sorumluluk hükümlerinin yanı sıra dış sorumluluğun öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁶¹.

Öğretide bir görüş varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu ortakların sadakat yükümlülüğüne dayandırmaktadır. Bu görüşe göre sadakat yükümlülüğü şirketin varlığına saygı gösterme yükümlülüğünü de içerir. Bir hissedar kusurlu olarak bu yükümlülüğü ihlal ederse, şirkete karşı sorumludur. Dolayısıyla sorumluluk iç sorumluluk niteliği taşımaktadır⁶⁶². Bu görüşe benzer şekilde sorumluluğun şirket ile ortak arasındaki özel bağlantıdan kaynaklandığı da savunulmuştur. Bu görüşe göre şirket ile her bir hissedar arasında ortaklık ilişkisinin aracılık ettiği özel bir hukuki ilişki vardır. Bu ilişki ortakların şirketin devamına saygı göstermesini gerektirir. Hissedar, kusurlu olarak bu yükümlülüğü ihlal ederse sorumludur⁶⁶³.

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun hukuki niteliği hakkında ileri sürülen görüşlerden bir diğeri organ sorumluluğudur. Bu görüşü savunan yazarlara göre; organ yetkisi kullanan kişiler, şirket yöneticilerinin sorumluluğunu

659 Bu hususta bkz. Nannt, s. 222; Calise, s. 22-23; Tan/Wang/Hofmann, s. 170, 180.

660 Bu hususta bkz. Nannt, s. 223; Calise, s. 27.

661 Bu hususta bkz. Matschernus, s. 120-121.

662 Bu hususta bkz. Nannt, s. 223-224; Matschernus, s. 119; Calise, s. 20-22.

663 Bu hususta bkz. Matschernus, s. 118-119.

düzenleyen Alm LŞK m. 43/2 veya Alm POK m. 93/5'in kıyasen uygulanması suretiyle sorumlu tutulmalıdır⁶⁶⁴.

2.5.7.3.2. Yargı Uygulamasında İleri Sürülen Görüşler

2.5.7.3.2.1. Trihotel Kararı Öncesi Dönem

Varlığı yok edici nitelikte müdahaleden kaynaklanan sorumluluk ile ilgili olarak öğretide olduğu gibi yargı uygulamasında da değişken bir gelişim süreci yaşanmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1920 tarihli kararında Alman Limited Şirket Kanunu'ndaki mevcut düzenlemelerin şirket alacaklılarına sağladığı korumanın yetersizliğini kabul etmiş bu nedenle, ilk başlarda ortaklar aleyhine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmetmiş, hayatın gerçekleri, ekonomik ihtiyaçlar ve olayların tabiatı yargıcın şirketin varlığını göz ardı etmesini gerektirdiğini belirtmiştir⁶⁶⁵.

Esasen Alman Federal Mahkemesi'nin varlığı yok edici nitelikte müdahale ile ilgili içtihatları ise 5 Haziran 1975 tarihli ITT⁶⁶⁶ kararıyla başlamıştır. Alman Federal Mahkemesi, ITT ve sonraki bazı kararlarında varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu ortakların sadakat yükümlülüğünün ihlaline dayandırmıştır⁶⁶⁷. Ancak Alman hukukunda şirkette çoğunluğun kararına itiraz edecek azınlığın bulunmadığı tek kişilik veya ortakların tamamının aynı yönde hareket ettiği limited şirketlerde ortakların sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edildiğinden bu tür şirketlerde sorumluluğun sadakat yükümlülüğüne dayandırılması söz konusu olmamıştır⁶⁶⁸. Bu durumda ortaklar sermayenin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında sorumlu tutulmuştur⁶⁶⁹.

664 Bu hususta bkz. Matschernus, s. 115-116; Calise, s. 23-24.

665 RGZ 99, 232 (234).

666 BGHZ 65, 15.

667 Wahl, s. 46-47; Calise, s. 4.

668 Wahl, s. 46-47; Calise, s. 4, 9.

669 Calise, s. 4.

Alman Federal Mahkemesi, 16.9.1985 tarihli Autokran⁶⁷⁰ kararı ile ilk kez varlığı yok edici nitelikte müdahale ile ilgili içtihatlarını net bir yasal temele dayandırma girişiminde bulunmuştur⁶⁷¹. Herhangi bir topluluğa dâhil olan şirketler herhangi bir topluluğa dâhil olmayan şirketlere kıyasla bu tür müdahalelere daha fazla maruz kaldığından ve uygulamada genellikle varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun muhatabı bağlı şirketten varlıkları geri çeken bir ana şirket olduğundan Autokran ve devamındaki Tiefbau⁶⁷², Video⁶⁷³ ve TBB⁶⁷⁴ kararlarında varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk nitelikli fiili konzern⁶⁷⁵ kapsamında ele alınmış⁶⁷⁶, dolayısıyla sorun anonim şirketlere ilişkin sözleşmesel konzern hükümlerinin (Alm POK m. 302, 303) kıyasen uygulanması suretiyle çözümlenmiştir.

Ancak öğretide, varlığı yok edici nitelikte müdahaleden kaynaklanan sorumluluğun şirketler topluluğundan bağımsız genel bir sorun olduğu, nitelikli fiili konzerne ilişkin bu çözümün yerinde olmadığı, bu nedenle konzern hukukundan ayrı ve limited şirket hukukuna özgü yeni bir çözümün bulunması gerektiği dile getirilmiştir. Bu eleştiriyi öne sürenler; her ne kadar limited şirketler, ortaklarına tanınan talimat verme yetkisi sebebiyle (Alm LŞK m. 37/1) sözleşmesel konzerne benzese de anonim ve limited şirketlerin dogmatik açıdan farklılık arz ettiğini, anonim şirketlere ilişkin sorumluluk düzenlemelerinin (Alm POK m. 302, 303) limited şirketlere kıyasen uygulanabilmesi için gerekli olan benzerlik şartının mevcut olmadığını, dolayısıyla sözleşmesel konzerne ilişkin anonim şirket hükümlerinin limited şirketlere uygulanmayacağını ifade etmiştir. Nitekim Alman hukukunda şirketler topluluğuna dâhil olmayan anonim şirketlerde

670 BGHZ 95, 330 = BGH NJW 1986, 188 ff.

671 Nannt, s. 216.

672 BGHZ 107, 7.

673 BGHZ 115, 187.

674 BGHZ 122, 123.

675 Her ne kadar Alman limited şirketler hukukunda konzern düzenlemesi bulunmasa da konzern tehlikesinin limited şirketlerde daha çok gündeme gelmektedir. Zira limited şirket ortaklarına kanun tarafından bağlayıcı şekilde talimat verme yetkisi tanınmıştır (Alm POK m. 37/1). Özellikle nitelikli fiili hâkimiyet durumunda müdahaleler ayırt edilemediğinden limited şirketlere ilişkin ve özel hukuka ilişkin sorumluluk düzenlemeleri bir çözüm sunmamaktadır. Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin konzern düzenlemelerinin limited şirketlere de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Calise, s. 5.

676 Wahl, s. 47; Nannt, s. 216; Röck, s. 9; Calise, s. 5.

yönetim organı ortakların talimatlarından bağımsız hareket eder (Alm POK m. 76). Sözleşmesel konzernde buna istisna getirilmiş hâkim şirketin, topluluğun çıkarına olmak kaydıyla bağlı şirkete çıkarlarına aykırı talimat verebileceği öngörülmüş, buna karşılık olarak bağlı şirketin kaderini belirleyen kişinin kayıpların da hesabını vermesi gerektiği düşünülerek⁶⁷⁷ hâkim şirkete bağlı şirketin zararlarını giderme yükümlülüğü yüklenmiştir (Alm POK m. 302 vd.)⁶⁷⁸. Ancak limited şirketlerde ortaklara talimat verme yetkisi zaten kanun tarafından tanınmıştır (Alm LŞK m. 37/1). Limited şirketlerde ortaklara talimat/yönetim yetkisi kanunen tanındığı için anonim şirketlerde ortaklara sözleşme yoluyla talimat/yönetim yetkisi tanınması durumunda bunu dengelemek için öngörülen Alm POK m. 302 vd. hükümlerinin limited şirketlerde uygulanması mümkün değildir⁶⁷⁹.

Ayrıca Alman anonim şirketler hukukunda birikmiş karların dağıtımını dışında sermayenin geri çekilmesi tamamen yasaklanmıştır (Alm POK m. 57)⁶⁸⁰. Şirketler topluluğunda ise hâkim şirkete tanınan bağlı şirket zararına talimat verme yetkisi sayesinde bu kural esnetilmiş, Alm POK m. 302 vd. hükümleri bir nevi bu esnemeye bir karşılık olarak öngörülmüştür. Ancak Alman limited şirketler hukukunda anonim şirketlerden farklı olarak sermayenin korunması bu kadar katı değildir. Zira Alman limited şirketler hukukunda ortaklar şirket borçlarının ödenmesi için gerekli olan kısım dışındaki malvarlığı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında da anonim şirketlere ilişkin Alm POK m. 302 vd. hükümlerinin kıyasen limited şirketlere uygulanabilmesi için gerekli olan benzerlik şartı mevcut değildir⁶⁸¹. Ayrıca, nitelikli fiili konzern kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için bir şirketler topluluğu ilişkisinin varlığı gerekir. Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk nitelikli fiili konzern kapsamında değerlendirilirse şirketler topluluğunun söz konusu olmadığı durumlarda bu sorumluluğa başvurmak mümkün olmayacaktır⁶⁸².

677 Bkz. Calise, s. 10.

678 Bu hususta bkz. Calise, s. 9-10; Nannt, s. 216.

679 Calise, s. 10. Alm POK m. 302 hükmünün limited şirketlere uygulanabilirliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Wede, Marek: Die Pflicht zur Verlustübernahme im GmbH Vertragskonzern - Erforderlichkeit und Rechtfertigung einer Analogie von § 302 AktG im GmbH-Recht -, Bremen 2016, s. 160 vd.

680 Bu hususta bkz. Calise, s. 9-10; Nannt, s. 216.

681 Calise, s. 10.

682 Calise, s. 10.

Alman Federal Mahkemesi, 17 Eylül 2001 tarihli Bremer Vulkan⁶⁸³ kararında, öğretide ileri sürülen bu eleştirileri dikkate almış ve limited şirket ortaklarının sorumluluğunu gerekçelendirmek için nitelikli fiili konzern görüşünden açıkça vazgeçmiş, sorumluluğun şirket çıkarlarının dikkate alınması gerekliliğinden kaynaklandığını belirtmiştir. Sorumluluğun sebebi artık, bağlı şirketin varlığını yok edecek müdahalelerle hissedarlık konumunun kötüye kullanılması olarak belirlenmiştir. Böylece konzerne dayalı yapısal sorumluluk konseptinden eyleme dayalı sorumluluğa dönülmüş⁶⁸⁴, nitelikli fiili konzernin şartları ve sonuçları hakkında yapılan tartışmalar önemini yitirmiştir. Alman Federal Mahkemesi ilk defa bu kararında konuyu “*şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk*” olarak kavramsallaştırmıştır. Kararda sorumluluğun dogmatik temeli hakkında bir açıklama yapılmamakla birlikte⁶⁸⁵, sorumluluğun sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere göre ikincil nitelik taşıdığı ifade edildiğinden bu durum öğretide sorumluluğun dogmatik temelinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olduğuna ilişkin bir işaret olarak algılanmıştır⁶⁸⁶. Nitekim L-Kozmetik⁶⁸⁷ kararında da sorumluluğun ikincilliği tekrar vurgulanmıştır⁶⁸⁸.

Alman Federal Mahkemesi, 24 Haziran 2002 tarihli KBV⁶⁸⁹ kararında kavramsal olarak varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk konseptini devam ettirmiştir. Bu kararda da sorumluluğun dogmatik temeli hakkında açık bir nitelendirme yapılmasa da, kararın gerekçesindeki sorumluluğun sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelere nazaran ikincil nitelik taşıdığı yönündeki ifadelerden yola çıkan öğreti sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında değerlendirildiği sonucuna varmıştır⁶⁹⁰. Bu kararda ayrıca sorumluluğun temelinde yatan gerekçe de açıkça dile getirilmiştir.

683 BGHZ 149, 10.

684 Dähnert, Alexander: Konvergenz der Konzernhaftung, im englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, Baden-Baden 2012, s. 129; Frodermann/Jannott, s. 24, Nr. 12.

685 Bu hususta bkz. Röck, s. 12-13; Nannt, s. 216; Halmer, s. 206; Calise, s. 11; Dähnert, s. 127.

686 Calise, s. 12.

687 BGHZ 150, 61.

688 Calise, s. 13-14.

689 BGHZ 151, 181.

690 Calise, s. 14; Dähnert, s. 127.

Mahkeme, şirket varlıklarının öncelikle şirket alacaklılarına özgülendiğini; ortakların yalnızca şirketin yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli olan miktarı aşan kısım üzerinde tasarrufta bulunabileceğini, bu durum göz ardı edilirse ortakların sorumlu olacağını belirtmiştir⁶⁹¹. Bu kararda L-Kozmetik kararının aksine varlıklara müdahale edilmesinden (*Eingriff in das Vermögen*) değil şirketin borçlarını ödeyebilmesi için gerekli olan malvarlığının geri çekilmesinden (*Entzug von Vermögen*) bahsedilmiştir⁶⁹².

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilmesi, ortakların kendi müdahalelerinden kaynaklanmayan zararlardan da sınırsız şekilde sorumlu olması sonucunu doğurmuştur. Bu olumsuzluğun farkına varan Alman Federal Mahkemesi, 13 Aralık 2004 tarihli *Autovertragshandler*⁶⁹³ kararında, ortakların sadece kendi müdahalesinden kaynaklanan zararı gidermek zorunda olduğunu kabul etmiş, böylece sınırlı sorumluluk ayrıcalığının tamamen ihlalini önlemiştir⁶⁹⁴. Nitekim 16 Temmuz 2007 tarihli *Trihotel* kararıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması görüşü tamamen terk edilerek sınırlı sorumluluk ilkesini güçlendirici bir yola girilmiştir⁶⁹⁵.

2.5.7.3.2.2. Trihotel Kararı ve Sonrası Dönem

2.5.7.3.2.2.1. Trihotel Kararının Şirketin Varlığını Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk Kurumu Açısından Önemi

Alman limited şirketler hukuku açısından bir dönüm noktası olarak nitelendirilen⁶⁹⁶ 16 Temmuz 2007 tarihli *Trihotel* kararında Federal Adalet Divanı II. Sivil Senatosu, varlığı

691 Calise, s. 15.

692 Calise, s. 15.

693 BGH ZIP 2005, 117.

694 Röck, s. 13; Halmer, s. 206. Her ne kadar ortaya çıkan zararın tamamı sorumlu ortağın fiilinin sonucu olmasa da, söz konusu müdahale sebebiyle şirketin iyileşme imkânının ortadan kalktığı bu nedenle müdahaleyi yapan ortağın bütün zararlardan sorumlu olması gerektiği yönünde bkz. Calise, s. 62.

695 Nannt, s. 217; Halmer, s. 206.

696 Weller, Marc-Philippe: Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, Zugleich Besprechung BGH V. 16.7.2007 - II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552 (*Trihotel*), ZIP, 36/2007, s. 1681; Dauner-Lieb, s. 36; Röck, s. 6.

yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğa ilişkin içtihadını temelden değiştirmiş, yasal formun kötüye kullanılmasına dayanan ve sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelere kıyasen ikincil nitelik taşıyan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorumluluk konseptinden vazgeçmiş, sorumluluğu haksız fiil hukuku kapsamında iç sorumluluk olarak nitelendirmiştir⁶⁹⁷. Her ne kadar sorumluluğun haksız fiil kapsamında değerlendirilmesi bir nebze anlaşılabilir olsa da neredeyse hiç kimse sorumluluğun iç sorumluluk olarak nitelendirilmesini beklemediğinden bu karar Alman öğretisinde yoğun bir yankı bulmuş ve kararın uygulama üzerindeki etkileri yoğun şekilde incelenmiştir⁶⁹⁸.

Öğretide bazı yazarlar Tribotel kararıyla birlikte haksız fiil (Alm MK m. 826) kapsamında oluşturulan bu çözümlü hayal kırıcı nitelikte basit olarak nitelendirmiştir. Ancak buna rağmen varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluk kurumu bu kararla birlikte sonunda kesin bir dogmatik temel (haksız fiil) bulmuş⁶⁹⁹, sorumluluğun yasal dayanağı, önkoşulları ve sonuçları açıkça belirlenebilir hale gelmiştir⁷⁰⁰.

2.5.7.3.2.2. Sorumluluğun Haksız Fiil Kapsamında Değerlendirilmesi

Alman Federal Mahkemesi, Trihotel kararı ile birlikte sorumluluğu haksız fiil kapsamında değerlendirerek sorumluluğun temelinde ortaklar ile şirket arasındaki özel bir ilişkinin var olduğu yönündeki görüşü açıkça reddetmiştir. Bu durum beraberinde genel nitelikteki bir hükmün (Alm MK m. 826), sorumluluk temeli olarak daha spesifik olan özel bir hükmü nasıl ortadan kaldırabilir sorusunu gündeme getirmiştir. Zira özel

697 Weller, s. 1681, 1683; Dauner-Lieb, s. 34, 36; Habersack, s. 534; Mülberr/Wilhelm, s. 198; Lieder/Bialluch, s. 772; Staudinger, s. 318; Frodermann/Jannott, s. 23-24, Nr. 10; Hölter/Weber, s. 6, Nr. 18; Schmidt/Lutter, s. 48, Nr. 22.

698 Weller, s. 1683; Dauner-Lieb, s. 36.

699 Röck, s. 17; Nannt, s. 213. Nitekim öğretilde varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluğun yargı uygulaması sonucu gerçekleşen zor bir doğum (schwere Geburt) olduğu, mevcut durum göz önüne alındığında bu doğumun çok da başarılı olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Bitter, s. 1520. Bu içtihatla birlikte sorumluluğun dogmatik temelini ilişkin belirsizlik giderilmekle birlikte bu içtihadın sadeliği şimdiye kadar kısmen bile ortaya çıkarılamamış sayısız tuzak barındırdığı, başlangıçtaki umutların aksine, bu kararın limited şirket hissedarı için sorumluluğun dogmatik sınıflandırması ve anlamı/önemi konusundaki tartışmayı hiçbir şekilde sona erdirmeyeceği, ağırlıklı olarak olumlu yanıtın aksine, yeni içtihadın önemli sorunlar doğuracağı, gelecekteki hukuki durum temelinde yanıtlanması gereken çok sayıda soruyu gündeme getireceği yönünde bkz. Nannt, s. 211, 213, 219.

700 Mülberr/Wilhelm, s. 186; Nannt, s. 212; Dauner-Lieb, s. 36.

hüküm genel hükmü ilga eder ilkesi Roma Hukuku'ndan günümüze dek kabul gören temel bir ilkedir. Buna karşın Alman Federal Mahkemesi Trihotel kararında genel hüküm olan Alm MK m. 826'nın özel hükmü (ortaklar ile şirket arasındaki özel ilişkiyi) ilga ettiğini açıkça vurgulamıştır⁷⁰¹.

Alman Federal Mahkemesi'nin şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirmesinin temel sebebi ortakları sorumlu tutmayı zorlaştırarak limited şirketi daha çekici hale getirmektir⁷⁰². Nitekim sorumluluğun haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilmesi, ortakların sorumluluğu için daha ağır şartlar gerektirdiğinden yatırımcıların limited şirketi tercih etmesini sağlar ve böylece kanun koyucunun limited şirketi şirket türleri arasındaki rekabette güçlendirme konusundaki yaklaşımını destekler⁷⁰³.

2.5.7.3.2.2.3. Haksız Fiil Kapsamında Değerlendirilmesine Rağmen Sorumluluğun İç Sorumluluk Olarak Nitelendirilmesi

Sorumluluk hukukunda, mümkün olduğunca alacaklıların doğrudan ortaklara başvurmasının önlenmesi, ortaklara yönelik taleplerin şirkete tahsis edilmesi hukuk politikası açısından tercih edilmektedir⁷⁰⁴. Zira alacaklılar doğrudan ortaklara başvurduğunda elde edilen tazminattan sadece kendileri yararlanır. Oysa davayı şirket açtığında ve tazminat şirkete ödendiğinde bundan bütün alacaklılar faydalanır. Ancak şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk şirket alacaklılarını korumak için öngörülen düzenlemelerin yetersizliğini gidermek amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Dolayısıyla sadece şirkete talep hakkı tanıyan iç sorumluluk konsepti yerine alacaklılara talep hakkı tanıyan dış sorumluluk olarak tasarlanması daha uygundur. Kaldı ki sorumluluğun haksız fiil (Alm MK m. 826) kapsamında değerlendirilmesi de dış sorumluluk olarak nitelendirilmesi için başlı başına bir sebeptir⁷⁰⁵. Ancak Alman Federal

701 Weller, s. 1684; Röck, s. 1; Mülbert/Wilhelm, s. 200-201.

702 Weller, s. 1683.

703 Weller, s. 1684, 1689; Mülbert/Wilhelm, s. 200.

704 Hüffer/Koch, s. 7.

705 Weller, s. 1683; Dauner-Lieb, s. 42; Nannt, s. 219.

Mahkemesi haksız fiil kapsamında değerlendirmesine rağmen sorumluluğu iç sorumluluk olarak tasarlamıştır. Bunun temel nedeni alacaklıların limited şirket aracılığıyla zaten korunacağı düşüncesidir⁷⁰⁶. Alman Federal Mahkemesi tazminat şirkete ödendiğinde bundan bütün alacaklıların yararlanacağı dolayısıyla iç sorumluluk öngörülmesinin bütün alacaklılar açısından olumlu bir sonuç doğuracağı düşüncesiyle hareket etmiştir⁷⁰⁷. Yine sorumluluğun iç sorumluluk olarak nitelendirilmesinin temelinde sorumluluğun sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelerin bir uzantısı olarak anlaşılması yatmaktadır⁷⁰⁸. Nitekim kararın gerekçesinde bu adımın büyük ölçüde varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle bir senkronizasyon oluşturma amacıyla atıldığı yönünde birçok işaret mevcuttur⁷⁰⁹.

Yeni sorumluluk konseptiyle birlikte varlığı yok edici müdahaleden kaynaklanan sorumluluk iç sorumluluk olarak tasarlandığından ortaklara karşı sadece şirket tazminat talebinde bulunabilir⁷¹⁰. Her ne kadar öğretide, istisnai durumlarda şirketten herhangi bir tatmin sağlanmadığı takdirde, etkin bir alacaklı koruması sağlanabilmesi adına alacaklılara doğrudan talep hakkı verilmesi gerektiği ifade edilse de⁷¹¹, Trihotel kararında sorumluluk iç sorumluluk olarak nitelendirildiğinden alacaklılar varlıksız iflas durumunda dahi talep hakkına sahip değildir⁷¹². Bu açıdan yeni içtihat hukukunun şirket alacaklılarının haklarını ne ölçüde kısıtlamak istediği ortaya çıkmaktadır⁷¹³.

Sorumluluk iç sorumluluk olarak tasarlandığından alacaklıların tamamı lehine bir toplu talep niteliği taşımakta dolayısıyla talep görevi iflas yöneticisine düşmektedir⁷¹⁴. Ancak

706 Talep hakkının şirkete tanınmasının uygun olduğu, böylece dolaylı zararın dolaylı olarak tazmin eileceği, bunun şirket alacaklıları arasında bir tazı yarışının önlenmesi anlamına geldiği yönünde bkz. Habersack, s. 547.

707 Weller, s. 1683; Nannt, s. 218; Dauner-Lieb, s. 42.

708 Weller, s. 1688; Dauner-Lieb, s. 47.

709 Dauner-Lieb, s. 42.

710 Weller, s. 1681; 1689; Dauner-Lieb, s. 36; Habersack, s. 545; Staudinger, s. 318.

711 Mülbert/Wilhelm, s. 203; Nannt, s. 233; Habersack, s. 559.

712 Weller, s. 1688, 1689; Staudinger, s. 318.

713 Nannt, s. 233.

714 Weller, s. 1687; Tan/Wang/Hofmann, s. 177; Staudinger, s. 318.

iflas yöneticisi, varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk talebini her zaman ileri sürmek zorunda değildir. Davadan bir şey elde edilmesi şüpheli görülüyorsa iflas yöneticisi dava açmayabilir. Talebin başarılı olup olmayacağı değerlendirilirken sorumlu olanların kişisel mali durumu dikkate alınmalıdır⁷¹⁵.

2.5.7.3.2.2.4. Sorumluluğun Sermayenin Korunmasına İlişkin Hükümlere Nazaran İkincil Nitelikte Olmaması

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahaleden kaynaklanan sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirildiği dönemde sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelere nazaran ikincil nitelik taşıdığı dolayısıyla öncelikle sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler kapsamında talepte bulunulması gerektiği kabul edilmekteydi. Ancak Trihotel kararı ile birlikte şirketin varlığını yok edici müdahaleden kaynaklı tazminat talepleri, sermayenin korunmasına ilişkin taleplere nazaran ikincil nitelikte değildir, aksine aralarında taleplerin yarışması söz konusudur⁷¹⁶. Çünkü her iki sorumluluk da iç sorumluluk olarak tasarlandığından ortak Alm MK m. 826 kapsamında şirkete ödeme yaptığında bütün alacaklılar bundan faydalanır. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında olduğu gibi sorumluluk dış sorumluluk olarak nitelendirilseydi elde edilen tazminattan sadece dava açan alacaklı yararlanacağından sorumluluğun ikincil nitelikte olduğunun kabulü gerekirdi⁷¹⁷.

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk, sermayenin korunmasına ilişkin taleplere nazaran ikincil nitelikte olmadığından her iki yola da başvurulması mümkündür. Ancak haksız fiil kapsamında zararın tazmin edilebilmesi için ahlaka aykırılık ve kastın ispatı gerekeceğinden sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere dayanmak daha isabetli olacaktır⁷¹⁸.

715 Weller, s. 1687.

716 Dauner-Lieb, s. 34; Habersack, s. 534, 544; Nannt, s. 218; Mülberr/Wilhelm, s. 199; Hölters/Weber, s. 6, Nr. 18. Bu gerekçelerin sorumluluğun iç sorumluluk olarak düzenlenmesi için yeterli olmadığı yönünde kapsamlı eleştiri için bkz. Nannt, s. 219.

717 Habersack, s. 549.

718 Weller, s. 1687.

2.5.7.3.2.2.5. Sorumluluğun Haksız Fiil Kapsamında İç Sorumluluk Olarak Değerlendirilmesinin Pratik Sonucu

Federal Mahkeme'nin sorumluluğun dogmatik temeline ilişkin içtihadındaki değişiklik pratik açıdan önemli sonuçlar doğurmuş, ortaklar girişimci faaliyetler açısından daha fazla özgürlük kazanmıştır. Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması görüşünün benimsendiği eski konseptte göre sorumluluğun gündeme gelebilmesi için salt müdahalenin varlığı yeterliyken Alm MK m. 826 kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için ahlaka aykırılık ve kastın varlığı şart olduğundan ortakların sorumlu tutulması zorlaşmıştır⁷¹⁹. Ayrıca iç sorumluluk konseptinin benimsenmesiyle birlikte alacaklıların direkt ortaklara başvurması engellenmiş, böylece ortaklara çifte koruma sağlanmıştır⁷²⁰. Kısaca ifade etmek gerekirse bu karardan sonra ortaklar için daha fazla hukuki güvenlik ve tasarruf özgürlüğü sağlanmış, ortakların şahsi sorumluluğunun Demokles'in Kılıcı gibi üzerlerinde sallanması engellenmiştir⁷²¹.

2.5.7.3.2.2.6. Trihotel Kararı Sonrası Varlığı Yok Edici Nitelikte Müdahale Sebebiyle Sorumluluk için Gerekli Şartlar

2.5.7.3.2.2.6.1. Genel Olarak

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirildiği kararlarda, sorumluluğun niteliği hakkında açık bir ifadeye yer verilmemiş kararların gerekçelerindeki ifadelerden yola çıkılarak sorumluluğun niteliği tespit edilmiştir. Tribotel kararıyla birlikte varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumu sonunda kesin bir dogmatik temel

719 Weller, s. 1681-1682; Dähnert, s. 129; Tan/Wang/Hofmann, s. 176.

720 Weller, s. 1681; 1689; Dauner-Lieb, s. 36; Habersack, s. 545.

721 Weller, s. 1681; 1689; Dauner-Lieb, s. 36; Nannt, s. 219; Dähnert, s. 129.

bulmuş (haksız fiil)⁷²² böylece sorumluluğun şartları açıkça belirlenebilir hale gelmiştir⁷²³.

Varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için şirketin varlığını (ödeme gücünü) ortadan kaldıran nitelikte bir müdahalenin varlığı gerekir⁷²⁴. Alman Federal Mahkemesi kararlarında, şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahaleden ne anlaşılması gerektiği konusunda kesin bir tanım yapılmamakla birlikte genel olarak sınırlı sorumluluk ilkesinin amacıyla bağdaşmayan ve şirketin iflasına neden olan davranışların bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmektedir⁷²⁵. Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk açısından şirketin gelecekte zarar görüp görmeyeceği veya kâr elde edip etmeyeceği önemli değildir belirleyici olan tek şey somut eylemin öncelikle alacaklıların memnuniyeti için tahsis edilen şirket varlığı üzerindeki etkisidir. Şirket söz konusu müdahaleye rağmen borçlarını ödeyebiliyor ise varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluktan söz edilemez⁷²⁶. Bu nedenle yalnızca sonuçları şirketin yükümlülüklerini yerine getirme kabiliyetini ortadan kaldıran veya sınırlayan bir fiil söz konusuysa bu kapsamda değerlendirilebilir⁷²⁷.

Şirketin varlığını (ödeme gücünü) yok edici nitelikte müdahale şartı sorumluluğun niteliğinden bağımsız olarak her dönem aranmıştır. Ancak sorumluluğun tüzel kişilik

722 Röck, s. 17; Nannt, s. 213. Nitekim öğretide varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluğun yargı uygulaması sonucu gerçekleşen zor bir doğum olduğu, mevcut durum göz önüne alındığında bu doğumun çok da başarılı olduğunun söylenemeyeceği de ifade edilmiştir. Bkz. Bitter, s. 1520. Bu içtihatla birlikte sorumluluğun dogmatik temeline ilişkin belirsizlik giderilmekle birlikte bu içtihadın sadeliği şimdiye kadar kısmen bile ortaya çıkarılmamış sayısız tuzak barındırdığı, başlangıçtaki umutların aksine, bu kararın limited şirket hissedarı için sorumluluğun dogmatik sınıflandırması ve anlamı/önemi konusundaki tartışmayı hiçbir şekilde sona erdirmeyeceği, ağırlıklı olarak olumlu yanıtın aksine, yeni içtihat önemli sorunlar doğuracağı gelecekteki hukuki durum temelinde yanıtlanması gereken çok sayıda soruyu gündeme getireceği ifade edilmektedir. Bkz. Nannt, s. 211, 213, 219.

723 Mülbert/Wilhelm, s. 186; Nannt, s. 212; Dauner-Lieb, s. 36.

724 Calise, s. 44, 55.

725 Calise, s. 44.

726 Wahl, s. 110. Alacaklılar için yalnızca mevcut varlıkların mevcut olması gerektiği, ancak herhangi bir kar beklentisi gibi gelecekteki varlıkların mevcut olmamasının bir önem arz etmediği dolayısıyla, varlıklarda fiilen bir azalmaya yol açmadan, yalnızca şirketin gelecekteki kar beklentilerini veya yalnızca belirsiz iş fırsatlarını etkileyen davranışların, varlığın yok edici nitelikte bir müdahale olarak algılanmayacağı yönünde ayrıca bkz. Calise, s. 16.

727 Wahl, s. 111.

perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirildiği dönemde salt müdahalenin varlığı yeterli kabul edilirken⁷²⁸, sorumluluğun haksız fiil kapsamında değerlendirildiği Trihotel kararı ile birlikte bu müdahalenin ahlaka aykırı ve en azından muhtemel kastla gerçekleşmesi gerekir⁷²⁹. Trihotel kararından sonra zarar gören alacaklılar bu zarara katlanmak zorundadır, meğer ki zarar Alm MK m. 826 kapsamında kasten ahlaka aykırı bir fiil sonucunda gerçekleşsin⁷³⁰.

2.5.7.3.2.2.6.2. Şirket Varlıklarının Geri Çekilmesi

Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için öncelikle şirketin varlığını/ödeme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir müdahalenin varlığı gerekir.

Alman limited şirketler hukukunda, şirketin malvarlığı öncelikle şirket alacaklılarının tatminine özgülüştür. Bu nedenle ortaklar yalnızca şirketin yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli olan dışındaki malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilir⁷³¹. Eğer şirkete ait malvarlığının öncelikle şirket alacaklılarının tatminine hizmet etmesi kuralı ihlal edilerek şirketten malvarlığı geri çekilirse ilgili ortağın sorumluluğu gündeme gelmektedir⁷³². Bu noktada malvarlığı kavramı geniş yorumlanmakta, iflas halinde alacaklıların tatminine hizmet eden her türlü malvarlığının geri çekilmesinin varlığı yok edici nitelikte müdahaleden kaynaklanan sorumluluğa yol açacağı ifade edilmektedir⁷³³.

Varlığı yok edici nitelikte müdahale, öncelikle şirkete ait varlıkların karşılıksız olarak ortakların veya üçüncü kişilerin varlığına aktarılması⁷³⁴, ortak veya üçüncü kişilere ait

728 Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahalenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında değerlendirildiği dönemde hâkim görüş subjektif bir şartın varlığını gerekli görmemekte salt müdahaleyi yeterli kabul etmekteydi. Bkz. Calise, s. 60.

729 Weller, s. 1684, 1689; Frodermann/Jannott, s. 25, Nr. 14.

730 Weller, s. 1683.

731 Calise, s. 45.

732 Wahl, s. 101; Calise, s. 16, 45.

733 Wahl, s. 103; Mülberr/Wilhelm, s. 203; Calise, s. 16.

734 Wahl, s. 102; Calise, s. 45; Lieder/Bialluch, s. 772.

borçların ödenmesi veya teminat altına alınması için kullanılması durumunda gündeme gelir⁷³⁵. Nitekim bu nedenle varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk kurumu çoğunlukla malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuyla çakışmaktadır⁷³⁶. Şirkete ait alacakların başkaları tarafından tahsil edilmesi de varlığı yok edici nitelikte müdahale kapsamında değerlendirilmektedir⁷³⁷. Zira alacaklar da diğer unsurlar gibi şirketin malvarlığına dâhildir. Nitekim bu nedenle müdahale kavramı için para çekmek anlamına gelen Entzug ifadesi yerine şirket varlığına müdahale edilmesi anlamına gelen Zugriff ifadesinin kullanılması tavsiye edilmektedir⁷³⁸.

Bremer Vulkan⁷³⁹ kararında da açıkça ifade edildiği üzere, şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahalenin kapsamı sadece bilançoya yansıyan likit varlıkların geri çekilmesiyle sınırlı değildir⁷⁴⁰. Geri çekilmesi bilançoya yansımayan (likit olmayan) varlıklara müdahale de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁴¹. Örneğin; ortakların şirkete ait fikri mülkiyet haklarını, iş gücünü, iş bağlantılarını ya da müşteri çevresini⁷⁴² kendilerine ya da kontrol ettikleri başka bir şirkete kaydırmaları durumunda da varlığı yok edici nitelikte müdahale söz konusudur⁷⁴³. Kullanım hakkı ve sahip olunan bilgilerin geri çekilmesi de varlığı yok edici nitelikte müdahale kapsamında değerlendirilmektedir. Zira bu varlıklar kullanıldığı takdirde ek getiri sağlanarak şirket alacaklılarının tatminine fayda sağlar⁷⁴⁴. Zarar eden bir işin şirkete devri de şirketin varlığını yok edici nitelikte

735 Weller, s. 1684; Nannt, s. 215; Habersack, s. 546; Wahl, s. 105; Calise, s. 45, 48.

736 Ancak öğretide malvarlığının karışması vaka grubuna giren olaylarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna öncelik verilmesi gerektiği, eğer ortaklar şirket varlıklarını kime ait olduğu belli olmayacak şekilde kullanıyorlarsa bunun varlığı yok edici nitelikte müdahale kapsamında değil tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Mülbert/Wilhelm, s. 205.

737 Wahl, s. 102; Calise, s. 45.

738 Wahl, s. 102.

739 BGHZ 149, 10.

740 Calise, s. 12.

741 Calise, s. 46.

742 Örneğin, müşteri tabanının doğası bir şirketin değerlemesinde belirleyici bir rol oynar ve hatta bazı şirketler için, örneğin tıp ve hukuk firmaları gibi en önemli değerdir. Bu nedenle müşteri çevresinin devri de varlığı yok edicinitelikte müdahale teşkil edebilir. Bkz. Calise, s. 51.

743 Weller, s. 1684; Nannt, s. 215; Mülbert/Wilhelm, s. 204.

744 Wahl, s. 103. Benzer yönde bkz. Calise, s. 45.

müdahale kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁴⁵. Nitekim Thüringen Yüksek Bölge Mahkemesi de bir davada⁷⁴⁶, borçların şirkete devrini şirketin varlığını yok edici nitelikte bir müdahale olarak değerlendirmiştir.

Bir şirket iş fırsatlarından mahrum kalırsa söz konusu işten kâr elde etme olasılığından da mahrum kalır. Eğer geri çekilen iş fırsatlarından kar beklentisi kesin değilse varlığı yok edici nitelikte bir müdahaleden bahsetmek mümkün değildir⁷⁴⁷. Kesin kar beklentisi olan iş fırsatlarının geri çekilmesinin varlığı yok edici nitelikte müdahale kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorgulanabilir⁷⁴⁸.

Riskli işlemlere girişmenin varlığı yok edici nitelikte müdahale kapsamında sorumluluğa yol açıp açmayacağı konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, ortakların riskten kaçınmalarını önlemek için oluşturulmuş bir şirket türünde ortakları riskli işlemlerden sorumlu tutmanın çelişki oluşturacağını, limited şirketlerde zaten riskli işlemlere olanak sağlamak için sorumluluk imtiyazı öngörüldüğünü, kaldı ki riskli işlemlerin şirkete zarar vereceğinin kesin olmadığını, aksine işlem sonucunda şirketin kar edebileceğini, bu nedenle riskli işlemlerin sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir⁷⁴⁹. Öğretide savunulan diğer görüş ise normal girişimcilik riski aşılsa açık bariz yüksek riskli işlemlerin varlığı yok edici müdahale kapsamında sorumluluğa yol açacağını kabul etmektedir⁷⁵⁰.

Varlığı yok edici nitelikte müdahale şirketin tüm riskleri üstlenip kazançları başka şirketlere devretmesi şeklinde de (*Aschenputtelgesellschaft*) ortaya çıkabilir. Bu durum genellikle şirketler topluluğunda gündeme gelmektedir⁷⁵¹. Örneğin; bir şirketin yeni bir ürünün tüm gelişimini finanse etmesi ancak satışın başka bir şirkete verilmesi söz konusu

745 Calise, s. 52.

746 OLG Thüringen GmbHR 02, S. 112 (115).

747 Wahl, s. 110; Calise, s. 50-51.

748 Wahl, s. 110.

749 Wahl, s. 108-110.

750 Nannt, s. 215; Calise, s. 49-50.

751 Calise, s. 52.

olabilir. Ancak birden fazla şirket kurulması aksi ispat edilmedikçe alacaklılara zarar vermek kastıyla değil riski çeşitlendirme amacıyla hareket edildiğinin bir göstergesidir. Dolayısıyla toptancı bir yaklaşımla risklerin farklı şirketler arasında dağıtılmasına karşı olmak doğru değildir⁷⁵². Bu nedenle bir limited şirketin Aschenputtelgesellschaft olarak tasarlanması varlığı yok edici müdahale nedeniyle sorumluluğa neden olmaz. Çünkü bu tasarım tek başına şirketi yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli olan varlıklardan mahrum bırakılması sonucunu doğurmaz⁷⁵³.

Gamma kararında da açıkça ifade edildiği üzere, maddi anlamda yetersiz sermayelendirme vakaları varlığı yok edici müdahale kapsamında değerlendirilemez. Zira bu durumda şirket iş için gerekli olan varlıklardan yalnızca pasif olarak yoksundur. Bu durumda şirkete ait varlıkların çekilmesi söz konusu değildir. Şirket zaten fiilen borç ödeme kabiliyetini kaybetmiştir⁷⁵⁴. Kaldı ki Trihotel kararında belirtildiği üzere, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun temel amacı şirket ortaklarının kendine menfaat sağlamak amacıyla şirket varlıklarına müdahale etmesidir. Yetersiz sermayelendirme durumunda böyle bir müdahale söz konusu değildir⁷⁵⁵.

Borçlarını ödeme kabiliyetini kaybeden şirketin borçlarını ödeyebilecek duruma getirilmemesi şirketin varlığını yok edici müdahale kapsamında sorumluluk sebebi teşkil etmemektedir⁷⁵⁶. Böyle bir ihmal şirket varlığının öncelikle alacaklılar için tahsis edilmesiyle ilişkili değildir. Şirket varlıklarının öncelikle alacaklıların tatmini amacına özgülenmesi sadece mevcut malvarlığı için geçerlidir. Bu, ortaklara ek bir katkı yükümlülüğü öngörmez. Bu nedenle ihmal yoluyla varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluktan bahsedilemez⁷⁵⁷.

752 Wahl, s. 113.

753 Wahl, s. 192. Bu durumun sorumluluk sebebi teşkil etmesi gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Calise, s. 52, 66.

754 Weller, s. 1684; Habersack, s. 544; Mülbert/Wilhelm, s. 204-205.

755 Mülbert/Wilhelm, s. 204

756 Wahl, s. 115.

757 Wahl, s. 116.

2.5.7.3.2.2.6.3. Bir Karşılık veya Gerekçenin Olmaması

Şirketin varlığını yok edici müdahale nedeniyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için şirket varlıklarının geri çekilmesinin herhangi bir haklı gerekçeye dayandırılmıyor olması gerekir. Şirkete ait varlıkların geri çekilmesi bir bedel veya karşı-işlemlerle gerekçelendiriliyor ise örneğin bir ürünün satın alınması için şirket malvarlığından ödeme yapılmışsa varlığı yok edici nitelikte müdahale söz konusu değildir⁷⁵⁸. Nitekim Trihotel kararına konu olan olayda bu durum göz ardı edildiğinden Alman Federal Mahkemesi, kararı tekrar gözden geçirilmek üzere ilk derece mahkemesine iade etmiştir⁷⁵⁹. Mahkeme şirkete ait varlıklar teminat olarak gösterilmekle birlikte karşılığında kredi alındığı için sorumluluğu gerektirecek bir durum olmadığına karar vermiştir⁷⁶⁰.

Herhangi bir karşılığın söz konusu olup olmadığı konusunda kredi işlemleri önem arz etmektedir. Eğer kredi alanın ödeme gücü varsa şirketin geri ödemeyi talep hakkı nedeniyle varlığı yok edici nitelikte bir müdahale söz konusu değildir⁷⁶¹. Ancak kredi alanın başlangıçtan itibaren ödeme gücü yoksa o zaman kredi verilmesi, eşdeğer bir karşılık olmaksızın sermayenin geri çekilmesi anlamına gelir ki bu durum varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğa neden olur⁷⁶². Ancak kredi verilen ortağın ödeme güçsüzlüğü sonradan ortaya çıkmışsa ve bunu önceden tahmin etmek mümkün değilse sorumluluğun gündeme gelmeyeceği ifade edilmektedir⁷⁶³.

Bu noktada tam bir karşılık ödense dahi şirketin varlıklarının örneğin esas işletme sermayesinin çekilmesi nedeniyle şirketin iflas edebileceğine dikkat çekmek gerekir. Böyle bir durumda varlıkların geri çekilmesinden bahsedilebilse de şirkete yeterli bir varlık tahsis edildiğinden, alacaklılara güvence oluşturan şirket malvarlığında bir azalma yaşanmaz⁷⁶⁴. Alacaklılar sadece değer açısından tatmin olma hakkına sahiptirler.

758 Weller, s. 1684; Wahl, s. 102, 103; Lieder/Bialluch, s. 772; Calise, s. 45.

759 Weller, s. 1685.

760 Weller, s. 1685.

761 Wahl, s. 103; Calise, s. 46.

762 Wahl, s. 104-105; Calise, s. 46-47.

763 Calise, s. 48.

764 Wahl, s. 106.

Dolayısıyla tam karşılığı ödenerek esas işletme sermayesinin devri şirket varlıklarının öncelikle şirket alacaklılarının tatminine özgülenmesi kuralını ihlal etmez. Zira bu durumda alacaklıların güvencesini oluşturan varlıklar azalmaz⁷⁶⁵.

2.5.7.3.2.2.6.4. Ahlaka Aykırılık

Alman Federal Mahkemesi, mümkün oldukça sınırlı sorumluluk ilkesini güçlendirme eğiliminde olduğundan Trihotel ve devamındaki kararlarında, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu daha hafif sorumluluk koşulları gerektiren ortaklar ile şirket arasındaki özel bağlantı kuramına değil, daha katı sorumluluk koşulları arayan haksız fiil hukukuna dayandırmıştır⁷⁶⁶.

Bu nedenle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için müdahalenin ahlaka aykırı nitelik taşıması gerekir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, alacaklılar aleyhine ve hissedarın kendi yararına alacaklıları tatmine hizmet eden malvarlığı planlı bir şekilde geri çekilir ve bu şirketin iflasına neden olursa ahlaka aykırılık varsayılır⁷⁶⁷. Ahlaka aykırılık, özellikle şirket alanından hissedar alanına sistematik bir varlık transferi söz konusu ise gündeme gelir. Çünkü bu durum ortakların kendi menfaatine hareket ettiklerinin bir göstergesidir⁷⁶⁸.

Bu noktada ahlaka aykırılık şartının çok yüksek tutulmaması gerektiği, sadece malvarlığının alacaklıların erişmesini engellemek niyetiyle geri çekilmesi durumunda değil, ortakların bu yönde bir niyeti olmasa dahi kendi menfaatine hareket sonucunda şirket iflas etmişse ahlaka aykırılık şartının varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶⁹.

765 Wahl, s. 106.

766 Weller, s. 1683

767 Weller, s. 1685; Nannt, s. 218.

768 Weller, s. 1685.

769 Weller, s. 1685.

2.5.7.3.2.2.6.5. Kastın Varlığı

Trihotel kararıyla birlikte varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ortağın kastla hareket etmesi gerekir. Bu konuda muhtemel kastın varlığı da yeterli kabul edilmektedir⁷⁷⁰. Eğer ortak, bizzat kendisi veya kendisinin onayı dâhilinde gerçekleşen fiilin şirketin malvarlığına ahlaka aykırı şekilde zarar vereceğinin farkındaysa kasıt şartının varlığı kabul edilmektedir. Ancak, ahlaka aykırılık bilinci gerekli değildir, pay sahibinin müdahaleyi ahlaka aykırı hale getiren gerçeklerin farkında olması yeterlidir. Eğer şirketin iflası müdahalenin öngörülebilir sonucu ise ve pay sahibi bu sonucu göze alarak hareket etmişse ortağın olası kastı varsayılabilir⁷⁷¹.

Varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluk alacaklıları korumak amacıyla ortaya çıkmasına rağmen sorumluluk için kasıt şartının aranması alacaklılardan ziyade ortakları korumaktadır. Zira ortağın kasıtlı hareket ettiğini ispat etmek oldukça zordur⁷⁷². Bu nedenle öğretilerde bazı yazarlar, kasıt şartının çok katı olduğunu ihmal durumunda da sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷³. Nitekim şirket yöneticileri açısından Alm LŞK m. 64/3 çerçevesinde varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk öngörülürken hafif ihmal dahi sorumluluk için yeterli kabul edilmiştir. Oysa ortak açısından kasıt şartı aranmıştır⁷⁷⁴.

2.5.7.3.2.2.6.6. Zarara Neden Olma

Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için, ortağın müdahalesi sebebiyle bir miktar zararın ortaya çıkması gerekir⁷⁷⁵. Trihotel kararıyla birlikte şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk iç sorumluluk olarak nitelendirildiğinden iflas idaresi önce şirkete verilen zararı fark teorisi çerçevesinde belirlemelidir. Bu konuda ortaya çıkan zararın miktarı iflas eden şirketin

770 Weller, s. 1685, Nannt, s. 218; Frodermann/Jannott, s. 25, Nr. 14.

771 Weller, s. 1685; Mülberr/Wilhelm, s. 198; Frodermann/Jannott, s. 25, Nr. 14.

772 Weller, s. 1686; Dauner-Lieb, s. 36; Habersack, s. 545.

773 Mülberr/Wilhelm, s. 201.

774 Mülberr/Wilhelm, s. 202; Nannt, s. 220.

775 Weller, s. 1686; Wahl, s. 122 vd.; Calise, s. 17, 56.

fiili mali durumu (gerçek durum) ile ortağın müdahalesi olmasaydı var olacağı mali durumu (varsayımsal durum) arasındaki farktan ibarettir⁷⁷⁶. Ek olarak iflas masrafları ve şirketin kar kayıpları da bu kapsamdadır⁷⁷⁷.

Alman Federal Mahkemesi, KBV⁷⁷⁸ kararının gerekçesinde sorumluluğun gündeme gelebilmesi için şirketin ödeme gücünde önemli miktarda bir azalmanın varlığını aramakta, küçük kayıpların sorumluluğa yol açmayacağını ifade etmektedir. Buna karşın öğretide haklı olarak zararın miktarı ne olursa olsun sorumluluğun gündeme geleceği kabul edilmektedir⁷⁷⁹.

2.5.7.3.2.2.6.7. İflas Neden Olma

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için söz konusu müdahalenin şirketin iflasına yol açmasının gerekli olup olmadığı konusunda Alman öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Azınlıkta kalan görüş, sorumluluğun gündeme gelebilmesi için iflas tehlikesini yeterli kabul etmekte iflas şartını aramamaktadır⁷⁸⁰. Nitekim her ne kadar açıkça dile getirmese de Alman Federal Mahkemesi'nin de bu eğilimde olduğu, Bremer Vulkan kararına konu olayda şirket ek sermaye yoluyla faaliyetlerine devam etmesine rağmen sorumluluğa hükmedildiği ifade edilmektedir⁷⁸¹. Öğretideki hâkim görüş ise iflas tehlikesinin sorumluluk için yeterli olmayacağını, şirketin iflas etmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷⁸². Zira varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için alacaklıların alacaklarını tahsil edememesi gerekir. Şirketin varlığı tehlikeye girse dahi henüz iflas gerçekleşmemişse alacaklılar alacaklarını tahsil edebilir. Bu nedenle alacaklıların tatminini engellemeyen müdahaleler, iflas riskini artırsa da sorumluluğa

776 Weller, s. 1686; Mülbert/Wilhelm, s. 199.

777 Weller, s. 1686.

778 BGHZ 151, 181.

779 Bu hususta bkz. Wahl, s. 121-122.

780 Bu hususta bkz. Calise, s. 54.

781 Bu hususta bkz. Wahl, s. 117; Calise, s. 12, 17.

782 Bu hususta bkz. Calise, s. 16; Staudinger, s. 320-321.

neden olmaz⁷⁸³. Ayrıca iflas tehlikesinin ne zaman ortaya çıktığının tespiti oldukça zordur⁷⁸⁴. Nitekim L-Kozmetik⁷⁸⁵ kararında kullanılan şirketin varlığı yok olurdu (*Existenz der Gesellschaft vernichtet hätten*) ve şirketin varlığı artık güvence altına alınamamaktadır (*Existenz nicht mehr gewährleistet war*) ifadelerinden iflasın gerekli olduğu, tehlikenin yeterli olmadığı sonucunun çıktığı da ifade edilmektedir⁷⁸⁶.

Bizce de şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için şirketin iflas etmesi gerekir. Zira ancak bu durumda şirket varlıklarının öncelikle şirket alacaklılarına tahsis edilmesi kuralı ihlal edilir⁷⁸⁷. Şirket borçlarını karşılayabilecek durumda ise zaten alacaklıların tatmini açısından bir sorun ortaya çıkmaz⁷⁸⁸. Dolayısıyla varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluğun gündeme gelebilmesi için bu müdahalenin şirketin iflasına veya iflasın derinleşmesine neden olması gerekir⁷⁸⁹. Bu noktada iflasa neden olmak ile iflasın derinleşmesine neden olmak eşit kabul edilmelidir. Her iki durumda da alacaklılar temerrüde düşer. İflasla neden olunması durumunda iflasın başlaması nedeniyle temerrüt oluşur, iflasın yoğunlaşması durumunda ise alacaklıların temerrüdünü arttırır⁷⁹⁰.

2.5.7.3.2.2.6.8. İspat Yükü

Trihotel kararından itibaren şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk haksız fiil kapsamında (Alm MK m. 826) değerlendirildiğinden alacaklıların ortakların ahlaka aykırı ve kasıtlı bir şekilde hareket ettiklerini ispatlaması gerekir. Ancak genellikle yaptıkları işlemler nedeniyle sadece ortaklar bilgiye sahiptir. Alacaklıların ahlaka aykırılığı ve ortakların kastını ispat etmeleri oldukça zordur. Bu nedenle varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğun uygulanması pratik açıdan oldukça

783 Wahl, s. 118.

784 Wahl, s. 118.

785 BGHZ 150, 61.

786 Calise, s. 13, 55.

787 Wahl, s. 116; Calise, s. 54.

788 Wahl, s. 117; Calise, s. 55.

789 Weller, s. 1685; Wahl, s. 118-119; Calise, s. 17.

790 Wahl, s. 121; Calise, s. 55.

sınırlıdır⁷⁹¹. Bunun yerine sermayenin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında talepte bulunmak daha caziptir.

2.5.7.3.2.2.6.9. Sorumluluğun Sınırı

Varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk şirketin değil alacaklıların korunması amacıyla öngörüldüğünden, ortakların sorumluluğu alacaklıları tatmin etmek için gerekli olan miktarla sınırlıdır. Her ne kadar sorumluluk iç sorumluluk olarak tasarlandığı için dava hakkı şirkete ait olsa da şirketin bundan daha fazla zarar görmesi durumunda, ortağın tazminat ödemesi gerekmez. Zira varlığı yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk modeli şirketi tekrar faaliyete geçirmeyi amaçlamaz⁷⁹². Bu nedenle ortaklar şirketin bütün zararını tazmin etmek zorunda değildir. Ortakların sorumluluğu alacaklıların alacaklarını tazmin edemediği miktarla sınırlıdır⁷⁹³.

Ayrıca sorumluluğun sebebi şirketin borçlarını ödeme kabiliyetindeki düşüş olduğundan ortaklar alacaklıların tahsil edemediği tüm miktardan değil sadece kendi davranışının sebep olduğu miktardan sorumludur. Eğer alacağın pay sahibinin müdahalesinden önceki tahsil edilebilirlik kabiliyeti mevcut tahsil edilebilirlik kabiliyetinden düşükse, farklı bir deyişle ortağın müdahalesi olmasaydı dahi alacaklı alacağını tahsil edemeyecek idiye ortağın sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse ortaklar, varlığı yok edici nitelikte müdahaleden bağımsız olarak alacakların tazmin oranında meydana gelen eksilmeden sorumlu değildir⁷⁹⁴. Ortakların sorumluluğu müdahalelerinin neden olduğu borç ödeme kabiliyeti kaybını geri kazanmak için gerekli olan miktarla sınırlıdır⁷⁹⁵.

791 Nannt, s. 232.

792 Weller, s. 1686. Şirketin tazminat talebinin mevcut şirket borçları ile sınırlandırılmasının şüpheli olduğu, zira varlığı yok edici müdahaleden kaynaklanan sorumluluk iç sorumluluk olarak nitelendirildiğinden zarar gören şirketin kendisinin olması gerektiği, şirketin kendisine verilen zarar, alacaklıların taleplerinden ve iflas davalarının maliyetlerinden değil, daha çok varlığını devam ettirme kabiliyetinin kaybından oluştuğu, bu nedenle şirketin tazminat talebinin içeriği, fiilen varlığını devam ettirmesi için gerekli olan miktardan oluşması gerektiği yönünde bkz. Nannt, s. 219.

793 Weller, s. 1686.

794 Weller, s. 1686.

795 Weller, s. 1686-1987.

2.5.7.3.2.2.6.10. Şirketin Varlığını Yok Edici Müdahale Nedeniyle Sorumluluk Kurumu ile Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumu Arasındaki İlişki

Şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumu ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu birbiriyle yakından ilişkilidir. Özellikle sorumluluk sebebi ve amacı her iki kurum açısından da aynıdır. Nitekim bu nedendir ki, Alman Federal Mahkemesi, Bremer Vulkan ve TBB kararlarında şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında ele almış ve Alman öğretisinin birçoğu da bu kararlar doğrultusunda varlığı yok edici müdahale sebebiyle sorumluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir alt türü olarak incelemiştir. Ancak 2007 tarihli Trihotel kararından sonra Alman Federal Mahkemesi, varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu haksız fiil kapsamında iç sorumluluk olarak değerlendirdiğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu ile varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk özellikle sorumluluğun şartları ve sonuçları konusunda keskin bir şekilde ayrılmıştır. Trihotel kararından sonra iki kurum arasında ortaya çıkan farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür.

- a- Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk için şirketin iflasına neden olacak bir müdahalenin varlığı tek başına yeterli değildir. Müdahalenin ahlaka aykırı ve kasıtlı şekilde gerçekleşmesi gerekir. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda salt müdahalenin varlığı sorumluluk için yeterlidir.
- b- Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk iç sorumluluk öngörmektedir. Dolayısıyla talep hakkı sadece şirkete aittir. Alacaklılar tazminatın kendilerine ödenmesi talebiyle dava açamazlar. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında talep hakkı alacaklılara aittir. Ortaklar direkt alacaklılara karşı sorumludur.
- c- Varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk sermayenin korunmasına ilişkin düzenemelere kıyasla ikincil nitelikte değildir. Zira her iki düzenleme kapsamında da tazminat şirkete ödenmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda tazminat direkt alacaklılara ödeneceğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu sermayenin korunmasına ilişkin düzenemelere göre ikincil nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla sermayenin korunmasına ilişkin

düzenlemelere başvurulmadan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulamaz.

2.5.8. Şirketler Topluluğunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

2.5.8.1. Genel Olarak

Herhangi bir pazardaki payını büyütmeyi veya yeni pazarlara açılmayı hedefleyen şirketler söz konusu piyasadaki şirketleri devralmak yerine onları hâkimiyeti altında tutmak isterler. Bu tercihin temelinde daha az vergi ödemek⁷⁹⁶ ve söz konusu piyasada karşılaşılması muhtemel uyum sorununu aşmak gibi çeşitli sebepler yatmakla birlikte en önemli sebeplerden birisi hâkim şirketin sorumluluğunu sınırlamak istemesidir⁷⁹⁷. Nitekim piyasada aktif olan bir şirket devralındığında devralan şirket bütün borçlardan sınırsız sorumludur. Ancak şirketi devralmak yerine şirkete hâkim konumda ortak sıfatıyla dâhil olduğunda sınırlı sorumluluk nedeniyle ortak olunan bağlı şirketin borcu için hâkim şirkete başvurulması mümkün olmaz⁷⁹⁸.

Ancak sınırlı sorumluluğun sağladığı bu imkânın şirketler topluluğunda da alacaklılara zarar vermek kastıyla kötüye kullanılması ihtimal dâhilindedir. Hatta bunun topluluk ilişkisinde gündeme gelmesi daha olasıdır. Şöyle ki, topluluk dışı şirketlerde özellikle de halka kapalı şirketlerde, genel olarak şirket ile ortakların menfaatleri aynı doğrultudadır. Şirket kar ettiğinde ortaklar kar eder, şirket zarar ettiğinde ortaklar zarar eder. Bu nedenle ortaklar şirket menfaatine aykırı davranışlardan kaçınırlar. Ancak şirketler topluluğunda

796 Nitekim Alman hukukunda konzern ilişkisinin ortaya çıkmasının ana nedeninin daha az vergi ödemek olduğu yönünde bkz. Okutan Nilsson, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 27.

797 Boyacıoğlu, Cumhur: Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 29 vd.; Okutan Nilsson, s. 1; Göktürk, s. 11-12; Küçük, s. 289; Gültepe, İrem: Bağlı Şirketi Kayba Uğratma Suretiyle Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 2022, s. 13; Gürel, Murat: Türk Ticaret Kanunu Tasarı' sında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 1; Wimmer-Leonhardt, Susanne: Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004, s. 1; Drygala/Staake/Szalai, s. 29, Nr. 4.

798 Göktürk, s. 44; Hommelhoff, s. 400; Bainbridge, s. 529.

aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Zira hâkim şirket genellikle bağlı şirketin menfaatlerini göz ardı ederek kendi çıkarlarını ön planda tutar ve kendi çıkarları doğrultusunda hareket eder. Konzern riski olarak nitelendirilen bu durumda şirket ile hissedar çıkarlarının senkronizasyonu bozulur⁷⁹⁹. Bu nedenle şirket üzerinde hâkimiyet, malvarlığının karışması ve şirket yapısının kötüye kullanılması gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vaka grupları ana-bağlı şirket ilişkisinde daha çok gündeme gelir⁸⁰⁰.

2.5.8.2. Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin Türk-Alman Hukuku ile ABD-İsviçre Hukuku Arasında Yaklaşım Farkı

Türk-Alman hukukunda hâkim şirketin sorumluluğuna yaklaşım ABD-İsviçre hukukundan farklıdır. Nitekim ABD-İsviçre hukukunda topluluk dışı şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uygulamanın topluluğa dâhil şirketler için de geçerli olduğu kabul edilirken⁸⁰¹ Türk-Alman hukukunda konu şirketler topluluğu hukuku çerçevesinde özel olarak düzenlenmiş [TTK m. 202 vd., Alm POK m. 291 vd.], sınırlı sorumluluk ilkesine rağmen bazı şartlar altında hâkim şirketin bağlı şirketin borçlarından sorumlu olacağı açıkça öngörülmüştür⁸⁰². Türk-Alman hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu açısından iç sorumluluk benimsenerek, alacaklıların direkt ortaklara başvurmasına engel olunmuş, alacaklıların dolaylı korunması yolu seçilmiştir⁸⁰³. Böylece şirket ortaklarına daha fazla güven, öngörülebilirlik ve kesinlik sağlanmıştır⁸⁰⁴.

799 Okutan Nilsson, s. 13-15; Yanlı, s. 209; Göktürk, s. 34-37; Goette/Habersack/Kalss, s. 148, Nr. 65; Hölters/Weber, s. 5, Nr. 17; Calise, s. 5.

800 Forstmoser, s. 131; Goette/Habersack/Kalss, s. 148; Hackney/Benson, s. 874; Alting, s. 228; Thompson, s. 1055; Bainbridge, s. 528. Ancak Thompson tarafından yapılan araştırmada şirketler topluluğunda bireysel şirketlere kıyasen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması oranının daha düşük olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Bkz. Thompson, s. 1055. Bu hususta ayrıca bkz. Bainbridge, s. 528.

801 Yanlı, s. 147; Küçük, s. 295; Topaloğlu, s. 2094; Forstmoser, s. 99 vd.

802 Okutan Nilsson, s. 1, 13; Goette/Habersack/Kalss, s. 148, Nr. 65. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin, topluluk yapılanmasının ortaya çıkardığı fayda ile sakıncalar arasında bir denge kurmak amacıyla öngörüldüğü yönünde bkz. Göktürk, s. 11, 44.

803 Bork, s. 259.

804 Alting, s. 249; Drygala/Staake/Szalai, s. 29 Nr. 11; Göktürk, s. 12; Topaloğlu, s. 2094; Akın, s. 177.

2.5.8.3. Alman Hukukunda Konzern Sorumluluğu

2.5.8.3.1. Genel Olarak

Alman hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu hâkimiyetin kaynağı esas alınarak düzenlenmiştir. Alm POK m. 291 ila m. 310 arasında sözleşmesel hâkimiyet ve sonuçları Alm POK m. 311 ila m. 318 arasında ise fiil hâkimiyet ve sonuçları düzenlenmiştir. Ek olarak içtihat yoluyla nitelikli fiili hâkimiyet ve sonuçları düzenlenmiştir⁸⁰⁵.

Alman konzern hukukunda gerek sözleşmesel gerekse fiili konzerne ilişkin hükümlerin uygulanması açısından hâkim şirketin niteliği önem arz etmemektedir. Ancak bağlı şirketin anonim veya paylı komandit şirket olması gerekir. Bu düzenlemelerin bağlı şirketin limited şirket olduğu durumlarda uygulanması söz konusu değildir⁸⁰⁶. Ancak bu hükümlerde düzenleme altına alınan bağımlılık ilişkisi -kanunen ortaklarına tanınan talimat hakkı nedeniyle (Alm LŞK m. 37/1) sıklıkla limited şirketlerde de gündeme gelmektedir. Bu nedenle 1969 yılında Alman hukukunda limited şirketler için de konzern sorumluluğuna ilişkin bir tasarısı hazırlanmış ancak bu tasarı kanunlaşmamıştır⁸⁰⁷. Bunun üzerine Alman Federal Mahkemesi 1975 tarihli ITT kararından⁸⁰⁸ itibaren sözleşmesel konzerne ilişkin özellikle Alm POK m. 302 ve 303 hükümlerinin kıyasen bağlı limited şirketler açısından da uygulanacağını kabul etmiştir⁸⁰⁹.

805 Bu hususta bkz. Wimmer-Leonhardt, s. 13 vd.; Okutan Nilsson, s. 43 vd.

806 Yanlı, s. 169; Schiessl, s. 496; Alting, s. 233. Türk hukukunda ise topluluk hukukuna ilişkin düzenlemeler ticaret şirketleri esas alınarak düzenlendiğinden böyle bir sorun gündeme gelmemektedir. Bkz. Tekinalp, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi' ye Armagan, Cilt II, İstanbul 2009, s. 1541, dn. 3.

807 Okutan Nilsson, s. 28.

808 1976 NJW 191

809 Bu hususta bkz. Wimmer-Leonhardt, s. 162 vd.; Dähnert, s. 111 vd.; Alting, s. 220, 235; Schiessl, s. 481, 499; Yanlı, s. 210, 211.

2.5.8.3.2. Sözleşmesel Konzern

Sözleşmesel konzern taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkan bağımlılık ilişkisini ifade etmektedir⁸¹⁰. Alman hukukunda anonim şirket yönetim organı ortakların talimatlarından bağımsız hareket eder (Alm POK m. 76). Dolayısıyla ortakların şirket üzerinde hâkimiyet kurması pek mümkün değildir. Ancak sözleşmesel konzern bağlamında bu kurala istisna getirilmiş, hâkim şirkete konzernin çıkarına olmak kaydıyla bağlı şirketin zararına yol açacak nitelikte talimat verme hakkı tanınmıştır (Alm POK m. 308/1). Ancak bağlı şirkete verilecek talimatların doğurabileceği olumsuzlukları dengelemek adına hâkim şirkete bağlı şirketin zararlarını tazmin etme (Alm POK m. 302) ve ayrıca hâkimiyet sözleşmesinin sona ermesi halinde hâkim şirkete bağlı şirket alacaklılarına teminat gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir (Alm POK m. 303)⁸¹¹.

Alman konzern hukukunda yönetsel farklılıklar sebebiyle sözleşmesel hâkimiyet genellikle anonim şirketler bakımından ortaya çıkmaktadır⁸¹². Ancak limited şirketlerde de sözleşmeye dayalı hâkimiyet ilişkisi kurulması mümkündür⁸¹³.

2.5.8.3.3. Fiili Konzern

2.5.8.3.3.1. Adi Fiili Konzern

İki şirket arasında bir hâkimiyet sözleşmesi bulunmamasına rağmen fiilen bir hâkimiyet ilişkisi söz konusu ise bu durum fiil konzern olarak nitelendirilmektedir⁸¹⁴. Fiili konzernde hâkim şirket kural olarak bağlı şirketi zararına yol açacak işlemlere girmeye zorlayamaz. Kaybın denkleştirilmesi bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır (Alm POK m. 317/1). Hâkim şirket, bağlı şirketi zararına yol açacak nitelikte talimat verirse en geç iş yılı sonuna kadar bağlı şirketin kaybını telafi etmek zorundadır. Aksi takdirde bağlı

810 Boyacıoğlu, s. 292 vd.; Okutan Nilsson, s. 36 vd.; Göktürk, s. 28-30.

811 Bu hususta bkz. Wimmer-Leonhardt, s. 13 vd.; Dähnert, s. 111 vd.; Boyacıoğlu, 288 vd.; Okutan Nilsson, s. 39-43; Yanlı, s. 169-170, 190; Akın, s. 179.

812 Yanlı, s. 207-208; Alting, s. 235, 237.

813 Alting, s. 237.

814 Boyacıoğlu, 288; Okutan Nilsson, s. 48 vd.; Göktürk, s. 30.

şirketin zararını tazminle yükümlüdür. Ancak bağımsız bir şirketin basiretli yöneticisinin de benzer durumda aynı şekilde hareket edeceği ispat edilirse bu yükümlülük doğmaz (Alm POK m. 317/2)⁸¹⁵.

Sözleşmesel konzernin en önemli sonucu; ana şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetinin bağlı şirkete herhangi bir zarar vermiş olması şartı aranmaksızın hâkim şirketin bağlı şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutulmasıdır. Farklı bir deyişle sözleşmesel konzernde bağlı şirketin zararının hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığı yönünde bir karine söz konusudur⁸¹⁶. Fiili konzernde ise bağlı şirketin zararının hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığı yönünde bir karine söz konusu değildir. Bu nedenle sözleşmesel konzernde bağlı şirketin sadece zararını ispat etmesi yeterliyken, fiili konzernde bağlı şirketin zarara neden olan olayı ve zararın hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığını ispat etmesi gerekir⁸¹⁷. Ancak bağlı şirketin zarara neden olan olayı ve zararın hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığını ispat etmesi oldukça zordur. İspat konusundaki bu zorluk sebebiyle fiili hâkimiyet durumunda bağlı şirkete tanınan zararının giderilmesini talep hakkı uygulama açısından pek işlevsel görülmemektedir⁸¹⁸. Nitekim bu nedenle öğreti ve yargı uygulamasının katkısı sonucu nitelikli fiili konzern kurumu ortaya çıkmıştır.

2.5.8.3.3.2. Nitelikli Fiili Konzern

2.5.8.3.3.2.1. Nitelikli Fiili Konzernin Yargı Uygulaması Sonucu Ortaya Çıkması

Alman hukukunda sözleşmesel ve fiili hâkimiyete ilişkin açık kanuni düzenleme bulunmakla birlikte nitelikli fiili hâkimiyet, fiili hâkimiyete ilişkin düzenlemelerin alacaklıların korunması açısından yetersiz kalması sonucu içtihat yoluyla ortaya

815 Bu hususta bkz. Wimmer-Leonhardt, s. 64 vd.; Dâhnert, s. 137 vd.; Alting, s. 234; Schiessl, s. 498-499; Yanlı, s. 196-197, 202.

816 Alting, s. 238.

817 Alting, s. 238.

818 Wimmer-Leonhardt, s. 85-86; Alting, s. 241; Yanlı, s. 206.

çıkıştır⁸¹⁹. Nitekim adi fiili hâkimiyet durumunda bağlı şirketin sadece belirli bir işlemde kaynaklanan tazminat talebi güvence altına alınır. Sözleşmesel hâkimiyetin aksine fiili hâkimiyette bağlı şirketin bütün zararlarının hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığı yönünde bir karine söz konusu değildir. Fiili hâkimiyet durumunda bağlı şirketin hâkimiyet ilişkisi sebebiyle zarara uğradığını ve zarara sebep olan fiili ispat etmesi gerekir. Ancak hâkimiyetin yoğunlaşarak nitelikli hale geldiği durumlarda bağlı ortaklığa zarar veren işlemleri tespit etmek ve dolayısıyla ispat etmek kolay değildir. İspat zorluğu sebebiyle bağlı şirketin zararının tazminini talep hakkı işlevsiz kalmaktadır⁸²⁰. Dolayısıyla fiili hâkimiyet durumunda dahi yetersiz kalan koruma nitelikli fiili hâkimiyet durumunda evleviyetle yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle Alman öğreti ve yargı uygulamasında nitelikli fiili hâkimiyet durumunda alacaklılar için özel bir korumanın gerekli olduğu kabul edilmiş ve Autokran⁸²¹ kararıyla birlikte nitelikli fiili konzern kurumu geliştirilmiştir⁸²².

Fiili hâkimiyette hâkim şirketin kural olarak bağlı şirkete zarar verici nitelikte talimat vermesi söz konusu olmadığından bağlı şirket belli ölçüde bağımsızlığını korumaktadır⁸²³. Nitelikli fiili hâkimiyet durumunda ise tıpkı sözleşmesel hâkimiyette olduğu gibi hâkim şirket bağlı şirketin yönetimine sınırsız ve sürekli bir şekilde müdahale etmekte, bağlı şirkete zarar veren işlemleri ayırt etmek mümkün olmamaktadır. Nitelikli fiili hâkimiyet bu açıdan sözleşmesel hâkimiyete benzemektedir. Bu nedenle sözleşmesel konzerne ilişkin özellikle Alm POK 302 ve 303 hükümlerinin kıyasen nitelikli fiili hâkimiyet durumunda da uygulanacağı kabul edilmiştir. Sözleşmesel hâkimiyette olduğu gibi nitelikli fiili hâkimiyette de bağlı şirketin bütün zararlarının hâkimiyet ilişkisinden kaynaklandığı karinesi geçerlidir⁸²⁴. Dolayısıyla nitelikli fiili hâkimiyette fiili hâkimiyetten farklı olarak bağlı şirketin zarara neden olan fiili ve zararın hâkimiyet

819 Boyacıoğlu, 291 vd.; Göktürk, s. 31; Deilman, Barbara: Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns, Berlin 1990, s. 14 vd.

820 Okutan Nilsson, s. 51; Yanlı 206-207; Alting, s. 238, 241.

821 BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188.

822 Goette/Habersack/Kalss, s. 149, Nr. 69; Deilman, s. 13-14; Göktürk, s. 31; Yanlı, s. 211; Okutan Nilsson, s. 51.

823 Okutan Nilsson, s. 49-50.

824 Alting, s. 242, 243; Yanlı, s. 211,214; Boyacıoğlu, s. 291.

ilişkisinden kaynaklandığını ispat etmesine gerek yoktur, zararını ispat etmesi yeterlidir. Bağlı şirket zararını ispat ettiği takdirde hâkim şirketin bu zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak adi fiili hâkimiyette olduğu gibi nitelikli fiili hâkimiyette de hâkim şirkete kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kaçınma imkânı tanınmıştır. Autokran kararında hâkim şirkete, Alm POK m. 317/2 kapsamında bağımsız bir şirketin basiretli yöneticisinin de benzer durumda aynı şekilde hareket edeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Ancak Tiefbau ve Video kararında bu kurtuluş kanıtı değiştirilerek hâkim şirketin bağlı şirketin zararının hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanmadığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı öngörülmüştür⁸²⁵.

Teorik açıdan nitelikli fiili konzernin anonim şirket bağlamında da gündeme gelmesi mümkün olmakla birlikte pratik açıdan bu pek gerçekleşmez. Zira anonim şirketlerde talimatın söz konusu olabilmesi için özel bir hâkimiyet sözleşmesinin akdedilmesi şarttır, fiilen hâkimiyet kurulması mümkün değildir. Oysa limited şirketlerde ortaklara bağlayıcı şekilde talimat hakkı bizzat kanun tarafından verilmiştir (Alm LŞK m. 37/1). Bu nedenle nitelikli fiili konzern genellikle limited şirketler bağlamında gündeme gelir⁸²⁶. Nitekim aşağıda inceleneceği üzere nitelikli fiili konzerne ilişkin Federal Mahkeme tarafından karara bağlanan davaların tümü limited şirketle ilgilidir⁸²⁷.

2.5.8.3.3.2.2. Nitelikli Fiili Konzerne İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararları

Nitelikli fiili konzernin ilk defa ortaya çıktığı Autokran kararına⁸²⁸ konu olan olayda, davalı yedi adet limited şirketin tek hissedarı ve yöneticisiydi. Davacı, bu yedi şirkete 39 adet otomobilvinci kiralamıştı. Bağlı şirketler ödemede temerrüde düşünce davacı kira sözleşmelerini feshetmiş, 700.000 Mark tutarındaki alacağını tespit ettirmiş ancak bağlı şirketlerden sadece 44.000 Mark tahsil edebilmiştir. Bunun üzerine davacı, bağlı şirketlerde tek ortak olan hâkim şirketten ödeme talebinde bulunmuştur. Alman Federal Mahkemesi, hâkim hissedarın bağlı şirketler üzerinde sürekli ve kapsamlı etki uyguladığı

825 Alting, s. 243, 248.

826 Alting, s. 237; Yanlı, s. 208, 210.

827 Alting, s. 242; Yanlı, s. 207; Boyacıoğlu, s. 291.

828 BGHZ 95, 330.

ve şirketlerin çıkarlarını göz ardı ettiği gerekçesiyle nitelikli fiili konzern kapsamında Alm POK m. 302 ve 303 hükümlerinin kıyasen uygulamak suretiyle hâkim ortağı sorumlu tutmuştur⁸²⁹. Mahkeme bu kararında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için öncelikle bir konzern ilişkisinin varlığını daha sonra hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde sürekli ve kapsamlı etki uygulaması şartını aramış, bu iki şart gerçekleştiği takdirde hâkim şirketin bağlı şirketin çıkarlarını göz ardı ettiğini varsaymıştır. Ancak mahkeme davalı hâkim ortağa, Alm POK m. 317/2 kapsamında somut olayda bağımsız bir şirketin yöneticisinin de bu şekilde hareket edeceğini ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır. Bu kurtuluş kanıtı Tiefbau ve devamındaki kararlarda değiştirilerek hâkim şirketin, zararın hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir⁸³⁰.

Tiefbau kararına⁸³¹ konu olayda davalı, limited şirket şeklinde işletilen bir inşaat şirketinin sürekli işlem yaptığı bir bankaydı. Banka bir süre sonra bu şirkette hâkim ortak konumuna gelmiş, bankanın talimatı üzerine inşaat şirketinin zararına bazı işlemler yapılmıştır. Şirketin iflas sürecine girmesi üzerine iflas idaresi hâkim konumdaki banka aleyhine Alm POK m. 302 kapsamında ödeme talebinde bulunmuştur⁸³². Alman Federal Mahkemesi, davacının talebini kabul etmiş, ayrıca Autokran kararından farklı olarak hâkim şirketin bağımsız bir şirketin yöneticisinin de somut olayda aynı şekilde davranacağını ispat ederek (Alm POK m. 317/2) sorumluluktan kurtulma imkânı vermemiş, hâkim şirketin sorumluluktan kurtulabilmesi için bağlı şirketin zararlarının kendi kontrolünden kaynaklanmadığını ispatı şart koşturmuştur⁸³³.

Video kararına⁸³⁴ konu olayda video kopyalama işiyle iştigal eden davacı, davalının tek ortağı ve yöneticisi olduğu bir limited şirkete karşı 1,4 milyon Mark talepte bulunmuş ancak alacağını tahsil edememiştir. Bunun üzerine talebini hâkim ortağa yöneltmiştir.

829 Alting, s. 245; Calise, s. 5.

830 Alting, s. 245; Calise, s. 5.

831 BGHZ 107, S. 7

832 Alting, s. 245; Calise, s. 6.

833 Alting, s. 246; Calise, s. 7.

834 BGHZ 115, 187.

Alman Federal Mahkemesi, davalının borçlu şirketin tek ortağı ve yöneticisi olması ve başka şirketlerde de faaliyet göstermesi sebebiyle nitelikli fiili konzern kapsamında hâkim şirketi sorumlu tutmuştur⁸³⁵. Ancak Tiefbaue kararında olduğu gibi ortaya çıkan zararın hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanmadığının ispatı halinde hâkim şirkete sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır⁸³⁶. Video kararı, hâkim şirketin bağlı şirket aleyhine hareket edeceği yönünde oluşturduğu varsayım sebebiyle öğretide eleştirilmiştir. Zira Video kararında Alman Federal Mahkemesi, şirkette tek ortak ve yönetici konumunda bulunan bir kişinin başka şirketlerde de faaliyet göstermesini bağlı şirket aleyhine hareket edildiğinin ispatı için yeterli görmüştür. Öğretide bu karinenin çürütülmesinin neredeyse imkânsız olduğu, bu kararın bir şirkette tek ortak ve tek yönetici konumunda bulunan bir kişi açısından sınırlı sorumluluğun kısıtlanması anlamına geldiği belirtilmiştir⁸³⁷.

Son olarak TBB⁸³⁸ kararında davalı, eşinin tek hissedarı olduğu TBB-GmbH'nin yöneticisiydi. Davacı, TBB-GmbH'den aralarında akdedilen inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan alacağını tahsil edemeyince, davalının eşinin TBB-GmbH'de saman adam niteliği taşıdığını, sadece kocasına ait payları emaneten elinde tuttuğunu, TBB-GmbH'de kocanın tek hissedar olarak görülmesi gerektiğini ileri sürerek davalı kocadan ödeme talebinde bulunmuştur.

Alman Federal Mahkemesi bu kararında, Video kararına yöneltilen eleştiriler doğrultusunda nitelikli fiili konzern için aradığı şartları güncellemiştir. Buna göre artık nitelikli fiili konzern kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yönetim yetkisinin kalıcı ve kapsamlı bir şekilde kullanılması gerekli değildir⁸³⁹. Hâkimiyetin açıkça kötüye kullanılması ve bağlı şirketin bundan zarar görmesi sorumluluk için yeterlidir⁸⁴⁰. Bir şirket, grup menfaati gerekçesiyle uygulanan tedbirler sonucunda

835 Alting, s. 246; Calise, s. 7.

836 Calise, s. 7.

837 Calise, s. 8; Yanlı, s. 215, 257.

838 BGHZ 122, 123.

839 Dähnert, s. 125; Calise, s. 8; Akın, s. 214.

840 Alting, s. 244.

yükümlülüklerini yerine getiremeyecek hale gelmişse bağlı şirketin menfaatine aykırı hareket söz konusudur⁸⁴¹.

Bu kararlar birlikte nitelikli fiili konzernde hâkimiyetin bağlı şirketin zararına neden olacağı yönündeki varsayım terk edilmiş⁸⁴², hâkim şirketin sorumlu tutulabilmesi için bağlı şirketin zararının hâkimiyet ilişkisi sebebiyle ortaya çıktığının davacı tarafından ispatı şartı aranmıştır. Ancak şirketin iç işlerine dair hiçbir bilgisi olmayan bağlı şirket alacaklılarının bunu ispat etmesi oldukça zordur. Bu nedenle Alman Federal Mahkemesi, davalıya olay hakkında ayrıntılı bilgi verme yükümlülüğü yüklemiş, bilgi sahibi olmasına rağmen açıklama yapmayan kişinin karşı tarafın iddiasını ikrar ettiğini varsaymıştır⁸⁴³. Esasen bu kararlar birlikte hâkim şirketin sorumluluğunun nitelikli fiili konzern kapsamında değerlendirilmesi görüşünden ilk defa sapılmıştır⁸⁴⁴. Nitekim takip eden Bremer Vulkan kararıyla birlikte bu görüşten tamamen vazgeçilerek şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale nedeniyle sorumluluk kurumu ortaya çıkmış, limited şirketler açısından nitelikli fiili konzernin şartları ve sonuçları üzerine yürütülen tartışmalar önemini yitirmiştir⁸⁴⁵.

2.5.8.4. Türk Hukukunda Konzern Sorumluluğu

2.5.8.4.1. Genel Olarak

Türk hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu -Alman hukukundan farklı şekilde- hâkimiyetin kaynağından bağımsız olarak düzenlenmiş, ister sözleşmesel ister fiili hâkimiyet söz konusu olsun aynı sorumluluk hükümleri öngörülmüştür. Ancak -fiili ve nitelikli fiili hâkimiyete benzer şekilde- kısmi hâkimiyet ve tam hâkimiyet olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır⁸⁴⁶. Sorumluluk hükümleri genel olarak kısmi hâkimiyet esas

841 Calise, s. 8; Akın, s. 214.

842 Yanlı, s. 215-216; Dâhnert, s. 126; Calise, s. 9; Goette/Habersack/Kalss, s. 149, Nr. 69.

843 Yanlı, s. 222; Calise, s. 9; Alting, s. 246.

844 Dâhnert, s. 127; Calise, s. 9.

845 Goette/Habersack/Kalss, s. 150, Nr. 69; Akın, s. 215.

846 Aytaç, Sorumluluk, s. 17-18; Akın, s. 33.

alınarak düzenlenmiş, tam hâkimiyet bakımından kısmi hâkimiyete ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır⁸⁴⁷.

TTK m. 195/1 hükmü gereği bir ticaret şirketi:

- a- Diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse
- b- Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse
- c- Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa
- d- Diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hâkim diğeri bağlı şirkettir⁸⁴⁸.

TTK m. 195/1 hükmünde zikredilen durumlarda hâkim şirket, bağlı şirkete talimat verme hakkına değil sadece yönlendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle kısmi hâkimiyet olarak nitelendirilmektedir⁸⁴⁹. Bir şirketin başka bir şirketin paylarının tamamını elinde bulundurduğu durumlarda ise hâkim şirkete bağlı şirketin yönetim organını bağlayıcı şekilde talimat verme yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle bu durum tam hâkimiyet olarak nitelendirilmektedir (TTK m. 203)⁸⁵⁰.

2.5.8.4.2. Kısmi Hâkimiyet Durumunda Sorumluluk

TTK m. 202 hükmü gereği, hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini

847 Aytaç, Sorumluluk, s. 18.

848 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Kontrol İlkesi, s. 1550 vd.; Aytaç, Sorumluluk, s. 15 vd.; Okutan Nilsson, s. 101 vd.

849 Okutan Nilsson, s. 160; Göktürk, s. 63 vd.

850 Okutan Nilsson, s. 155 vd.; Göktürk, s. 97 vd.; Akın, s. 311 vd.

yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez. Bunu yapmak isteyen hâkim şirketin bağlı şirketin kaybını o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanınması gerekir. Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan, yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Şirket iflas etmemiş olsa dahi, alacaklılar da şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilir. Ancak TTK m. 202/I-d hükmünde Alman hukukunda fiili konzerndeki kurtuluş kanıtına (Alm POK m. 317/2) benzer bir kurtuluş kanıtı getirilmiştir. Buna göre; işlemin aynı veya benzeri koşullarda şirket menfaatini dürüstlük kuralına göre gözeten ve tedbirli yöneticinin özeniyle hareket eden bağımsız bir şirketin yönetim organı tarafından da yapılacağı ispat edilebiliyorsa sorumluluk gündeme gelmeyecektir (TTK m. 202/I-d)⁸⁵¹.

Hâkim şirketin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için kusur şartının aranıp aranmayacağı konusunda kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Konu hakkında öğretide iki farklı görüş dile getirilmektedir. Bir görüş kusurun şart olmadığını ileri sürerken⁸⁵² diğer bir görüş ise kusur şartını aramaktadır⁸⁵³. Kusurun şart olmadığını savunan görüşe göre sorumluluğun gündeme gelebilmesi için hâkim şirketin yönlendirmesi sonucu bir zararın ortaya çıkması ve zararın denkleştirilmemesi yeterlidir. Nitekim TTK m. 202/1 hükmünün gerekçesinde hâkim şirketin bağlı şirket tarafından gerçekleştirilen işlem ile hâkimiyet ilişkisi arasında bir illiyet bağının olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmiştir. Kanun koyucu kusursuzluğun ispatını değil illiyet bağının olmadığını ispatını aramıştır⁸⁵⁴. Kanaatimizce kusur

851 Akın, s. 184-185.

852 Akın, s. 181, 263. Okutan Nilsson, s. 332. Hâkim şirketin sorumluluğu açısından kusur şartının söz konusu olmadığı, kusurun hâkim şirketin yönetim kurulunun sorumluluğu açısından aranacağı yönünde bkz. Aytaç, Sorumluluk, s. 42.

853 Poroy, Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2021, s. 207, Nr. 186; Şenocak Kemal/Türkmen, Emre: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2023, s. 733; Göktürk, s. 204;.

854 Okutan Nilsson, s. 332; Akın, s. 182.

sorumluluğunun kural kusursuz sorumluluğun istisna nitelikte olduğu ve hâkim şirketin sorumluluğu konusunda genel olarak kusur esasına dayanan TTK m. 553 vd. hükümlerine atıf yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda sorumluluğun kusur esasına dayandığını kabul etmek gerekir.

2.5.8.4.3. Tam Hâkimiyet Durumunda Sorumluluk

TTK m. 203 hükmü gereği, bir şirket başka bir şirkette tek pay sahibi konumdaysa tam hâkimiyet söz konusudur. Tam hâkimiyet durumunda şirkette başka bir ortak olmadığından dava hakkı sadece şirket alacaklılarına tanınmıştır⁸⁵⁵. Ancak kısmi hâkimiyetten farklı olarak tazminatın şirkete mi yoksa alacaklılara mı ödeneceği konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Öğretide bazı yazarlar TTK m. 202-e hükmüne yapılan atıf sebebiyle tazminatın şirkete ödeneceğini savunmaktadır⁸⁵⁶. Aksi görüşteki yazarlar ise tazminatın alacaklılara ödeneceğini kabul etmektedir⁸⁵⁷. Kanaatimizce sorumluluk hükümlerinin işlevsel hale gelebilmesi için tazminatın iflas dışında alacaklılara ödenmesi daha uygundur. Aksi takdirde bu davanın uygulaması pek mümkün olmayacaktır.

2.5.8.5. Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Engel midir?

Şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin Türk-Alman hukukundaki düzenlemeler geniş anlamda (gerçek olmayan) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilebilir⁸⁵⁸. Hatta öğretide bazı yazarlar, konzern sorumluluğunu kanun tarafından düzenlenmiş tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hali olarak da nitelendirmektedir⁸⁵⁹.

855 Aytaç, Sorumluluk, s. 38.

856 Özsu, Güray: Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk, Ankara 2021, s. 123; Göktürk, s. 278.

857 Okutan Nilsson, s. 434; Akın, s. 319.

858 Goette/Habersack/Kalss, s. 148.

859 Bu hususta bkz. Yanlı, s. 197, 237. Alman konzern hukukundaki düzenlemelerin sadece bir kısmının kanunen düzenlenmiş tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak nitelendirilebileceği, Alm POK m. 302, 303, 309/4, 317/4 hükümlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, zira tüzel kişilik

Türk-Alman hukukunda hâkim şirketin sorumluluğu açıkça düzenlendiği için şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun ikincil nitelikte olduğu, açık kanuni düzenlemelerin varlığı halinde bu yola başvurulamayacağı dikkate alındığında şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna ihtiyaç olmadığı düşünülebilir⁸⁶⁰. Ancak kanaatimizce mevcut yasal düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla bu boşluğu doldurmak elbette mümkün olmalıdır⁸⁶¹. Şirketler topluluğunda sorumluluğa ilişkin hükümler genellikle hâkim şirketin sorumluluğunu düzenlemekte, bir nevi tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması kurumunu ikame etmektedir. Topluluk hukukuna ilişkin düzenlemeler genel anlamda bağlı şirketin sorumluluğunu düzenlemekte, farklı bir ifadeyle tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması kurumunu ikame etmemektedir⁸⁶². Esasen şirketler topluluğunda sorun da zaten hâkim şirkete başvurulmasına rağmen zararın tazmin edilemediği durumlarda gündeme gelir. Yavru şirketin zararını tazmin etmek zorunda kalan hâkim şirket, ödeme yapmaktan kaçınmak için malvarlığını başka bir yavru şirkete devreder. Alacaklılar ana şirkete başvurduğunda alacağını tahsil edemez. Malvarlığı

perdesinin kaldırılması durumunda alacaklıların hem bağlı hem de hâkim şirkete karşı talepte bulunabileceği oysa Alm POK m. 302, 303 ve 309/4, 317/4 kapsamında bunun mümkün olmadığı, bu kapsamda sadece Alm POK m. 319 vd. kapsamında bir anonim şirketin birleşmesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak değerlendirilebileceği nitekim bu durumda Alm POK m. 322/1 hükmü gereği ana şirketin bağlı şirketle birlikte sınırsız ve müteselsilen sorumlu olduğu yönünde bkz. Goette/Habersack/Kalss, s. 148, Nr. 65-68. TTK m. 202 hükmünün tüzel kişilik perdesinin yasal olarak kaldırılması olmadığı, genel hükümler kapsamında bir tazminat sorumluluğu olduğu, zira alacaklıların tazminatın kendilerine değil şirkete ödenmesini talep edebileceği, ancak tam hâkimiyete ilişkin TTK m. 206 hükmü kapsamında alacaklılara tazminatın kendilerine ödenmesi hakkı tanındığı yönündeki görüş kabul edilirse bunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Özsu, s. 88-89.

860 Konzern sorumluluğunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu gereksiz kıldığı yönünde bkz. Bork, s. 260.

861 Teubner, Gunther: Die ‚Politik des Gesetzes‘ im Recht der Konzernhaftung Pladoyer für einen Sektoralen Konzerndurchgrif, Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin 1990, s. 265; Bork, s. 257-258, 260; Eminoğlu, Cafer: Kuram - Uygulama İnkileminde 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, Ankara 2018, s. 44 vd.; Şahin, s. 1633. Her ne kadar şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğu düzenlense de bu hükümlerin hâkim şirkete başvurulup başvurulamayacağı konusunda açık olmadığı, dolayısıyla konu hakkında içtihatlar oluşana kadar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında hâkim şirkete başvurulabileceği yönünde bkz. Tosun, Zelal Narçin: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması, THD, 2015, C. 10, Sa. 105, s. 94, 96.

862 Göktürk, s. 182; Şahin, s. 1634.

transfer edilen yavru şirkete başvurulduğunda ise sınırlı sorumluluk ilkesi gerekçe gösterilerek sorumluluktan kaçınılır. İşte bu gibi durumlarda tüzel kişilik perdesi çapraz kaldırılarak ana şirketin borcu için bağılı şirkete başvurulabilir⁸⁶³. Dolayısıyla konzern sorumluluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu tamamen dışlamamakta sadece uygulama alanını daraltmaktadır⁸⁶⁴. Bu nedenle şirketler topluluğunda da önleyici bir mekanizma olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyaç duyulabilir⁸⁶⁵. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, hâkim şirketin sorumluluğunu düzenleyen TTK hükümleri genellikle sözleşmesel alacaklılar dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu hükümler haksız fiil alacaklıları açısından yeterli bir koruma sağlamamaktadır⁸⁶⁶. Esasen sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı risk transferi teshlikesine karşı korunması gereken asıl grup sözleşmesel alacaklılar değil haksız fiil mağdurları gibi irade dışı alacaklılardır. Bu nedenle her ne kadar hâkim şirketin sorumluluğu açıkça düzenlense de, bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda şirketler topluluğunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması mümkündür⁸⁶⁷.

Öğretide Tosun⁸⁶⁸ konzern sorumluluğu ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun uygulama alanlarının farklı olduğunu, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun gündeme geldiği, yetersiz sermayelendirme ve malvarlıklarının karışması durumunda TTK m. 202 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli değildir. Söz konusu durumlarda elbette konzern sorumluluğu kapsamında hâkim şirkete başvurulabilmelidir⁸⁶⁹. Örneğin ana şirket sorumluluktan kaçınmak amacıyla yetersiz sermayeli bir bağılı şirket kurup riskli işlemleri bu şirket üzerinden yürütüyor ise TTK m. 202 vd. kapsamında hâkim şirket sorumlu tutulabilir. Ancak bu kapsamda hâkim şirketten zararı tazmin etmek mümkün

863 Benzer yönde bkz. Şahin, s. 1634.

864 Benzer yönde bkz. Teubner, s. 261-262; Bork, s. 257, 260; Frodermann/Jannott, s. 23-24, Nr. 9; Küçük, s. 336.

865 Hackney/Benson, s. 872.

866 Küçük, s. 332, 335-336; Göger, s. 258.

867 Benzer yönde bkz. Kuş, s. 56, 160.

868 Tosun, s. 95.

869 Nitekim TTK m 202/1-a kapsamında sayılan hallerin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vaka gruplarından birisi olan malvarlıklarının karışması bağlamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Şahin, s. 1634.

değilse o takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında hâkim şirket sorumlu tutulmalıdır.

Bu noktada son olarak şu hususa değinmek gerekir. Konzern sorumluluğuna öncelik tanınabilmesi için elde edilen tazminatın bağlı şirket alacaklılarının zararını gidermek için kullanılabilir olması gerekir. Konzern sorumluluğu iç sorumluluk öngördüğünden iflas dışında elde edilen tazminat gerek kısmi gerekse tam hâkimiyet durumunda bağlı şirket alacaklılarına değil şirkete ödenir⁸⁷⁰. Tazminat şirkete ödendiği takdirde hâkim şirket aynı şekilde bağlı şirketi zarara uğraticı faaliyetlerine devam eder. Dolayısıyla şirket alacaklıları açısından dava açılması pek işlevsel değildir⁸⁷¹. Bu nedenle öğretide mahkemenin tazminattan öncelikle davayı açan alacaklının yararlandırılması yönünde karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷². Kanaatimizce hâkim şirket bağlı şirkete ödenen tazminattan alacaklıların faydalanmasına engel olacak nitelikte faaliyetlere devam ediyor ise artık alacaklılara tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla doğrudan tazmin talep hakkı tanınmalıdır⁸⁷³. Ayrıca hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 202 vd. hükümleri sadece dolaylı zararlar açısından uygulama alanı bulmaktadır. Bağlı şirket alacaklılarının doğrudan zararlarına yönelik TTK m. 202 vd. kapsamında dava açmaları kural olarak mümkün değildir⁸⁷⁴. Bu nedenle bağlı şirket alacaklılarının doğrudan zararları açısından da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabilmelidir.

870 Göktürk, s. 219; Akın, s. 250. Alman hukukunda alacaklıların daha avantajlı olduğu zira şirketten alacağını temin edemeyen alacaklıların Alm POK m. 309/4 uyarınca dava açan pay sahiplerinden farklı olarak ödemenin doğrudan kendilerine yapılmasını isteyebilecekleri yönünde bkz. Göktürk, s. 219, dn. 650.

871 Akın, s. 261; Göger, s. 260.

872 Akın, s. 262.

873 Tosun, s. 96-97. Nitekim tazminat hâkim şirketin kontrolündeki bağlı şirkete ödeneceğinden konzern sorumluluğunun gerçekçi bir uygulamaya sahip olmadığı yönünde bkz. Akın, s. 259.

874 Akın, s. 252-253; Gültepe, s. 134; Kuş, s. 160; Göger, s. 254-255. Kısmi hâkimiyet durumunda doğrudan zararlar için genel hükümler kapsamında dava açılacağı, tam hâkimiyet durumunda ise hem doğrudan hem de dolayısıyla zararlar için dava açılacağı yönünde bkz. Aytaç, Sorumluluk, s. 47. Bu hususta ayrıca bkz. Şenocak/Türkmen, s. 735.

2.5.9. Tek Ortaklı Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Her ne kadar tek ortaklı şirketlerde ortak ile şirketin iki farklı kişiliği bulunsa da her iki kişi de aynı iradenin hâkimiyetindedir⁸⁷⁵. Bu nedenle tek ortaklı şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına (*Haftungsdurchgriff*) ilişkin şartların gündeme gelmesi daha olasıdır. Yine bilgi ve özelliklerin atfedilmesine (*Zurechnungsdurchgriff*) ilişkin şartların da tek kişilik şirkette daha sık gündeme geldiğini söylemek mümkündür⁸⁷⁶. Nitekim Alman Federal Mahkemesi 29.11.1956 tarihli bir kararında, tek kişilik şirkette tek ortağın şirket tüzel kişiliğini kötüye kullandığı, şirket ile ortağın özdeşleştiği gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir⁸⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de 24 Ocak 1924 tarihli bir kararında tek ortağı olduğu şirketin çektiği krediye kefil olan ortağın diğer kefilden ödeme talep edemeyeceğine, zira şirketin borcunun esasen tek ortağın borcu olduğuna hükmetmiştir⁸⁷⁸. 6102 sayılı TTK ile birlikte Türk hukukunda da tek kişilik şirket kurulmasına izin verilmiştir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yayımlanan istatistiklere bakıldığında kurulan limited şirketlerin ortalama %70'inin tek ortaklı olduğu görülmektedir⁸⁷⁹. Bu nedenle Türk hukukunda özellikle tek kişilik şirketler bağlamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplerin gündeme gelmesi olasıdır⁸⁸⁰.

Ancak tek kişilik şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin şartların daha sık gündeme gelmesi bu tür şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda daha hafif şartların aranması gerektiği anlamına gelmemektedir. Zira tek ortaklı şirket ile birden fazla ortaklı şirket arasında hukuken bir fark söz konusu değildir. Her iki şirket

875 Yanlı, s. 123; Dural, s. 104; Kaplan, s. 39; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 62, Nr. 47-48.

876 Aydoğan, Fatih: Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul 2012, s. 208; Yanlı, s. 187; Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 47, Nr. 5-12; Bozgeyik/Yavaşı, s. 303; Şahin, s. 1615; Ayan, s. 42; Kuş, s. 147 vd.; Neher, s. 177; Altıng, s. 200. Nitekim tek kişilik şirketlere izin verilmesinin nedenlerinden birisi de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumudur. Zira bu kurum sayesinde tek kişilik şirketlerin ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilebilmektedir. Bkz. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 28, Nr. 4-06.

877 BGH, 20.11.1956 = BGHZ 22, 226= BB 1957, 53.

878 BGE 53 11 25.

879 Bkz. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri>.

880 Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının tek kişilik şirketlerin müeyyidesi olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 335, Nr. 18-08.

açısından da sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir⁸⁸¹. Bu nedenle şirket tek ortak tarafından yönetilse dahi bu durum tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir⁸⁸².

2.5.10. Kükedisi Olarak Nitelendirilen Şirketlerde (*Aschenputtelgesellschaft*) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Bütün maliyetlere tek başına katlanıp elde ettiği gelirleri başka bir şirkete devreden şirketler kükedisi şirketi (*Aschenputtelgesellschaft*) olarak nitelendirilmektedir⁸⁸³. Bu yapılanma özellikle şirketler topluluğunda gündeme gelmekte, riskten kaçınmak amacıyla üretim birimi ile satış birimi ayrıştırılarak üretim yapan şirketin sadece maliyeti üstlenmesi satış biriminin ise sadece karları elde etmesi sağlanmaktadır⁸⁸⁴.

Aschenputtelgesellschaft yapılanması bir tür şirket formunun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Ancak öğretilerde hâkim görüş bu durumda sadece sınırlı sorumluluğun sağladığı risk çeşitlendirme imkânından yararlandığı, sorumluluktan kaçınmak amacıyla bu yapılanmaya başvurulsa dahi, her şirketin kendi muhatabına karşı sorumlu olacağı, dolayısıyla üretimle görevli olan şirket alacaklılarının satış birimine başvuramayacağı kabul edilmektedir⁸⁸⁵.

Bu görüş kanaatimizce isabetlidir. Ancak bu görüşün kabul edilebilmesi için söz konusu birimlerin yeterince sermayelendirilmesi gerekir. Yeterli sermaye özgülenmeden sorumluluktan kaçmak amacıyla bu yola başvurulmuşsa diğer şirket de sorumlu

881 Yanlı, s. 137; Dural, s. 104; Kütükçü, s. 105; Göger, s. 192 vd.; Neher, s. 176-177; BGH NJW 1993, 193.

882 Yanlı, s. 186; Çamoğlu, s. 13; Aydoğan, s. 207; Topaloğlu, s. 2089; Kaplan, s. 42; Akıncı, s. 663, dn. 39; Kaşak, s. 1257; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 390; Ayan, Özge: Tek Kişilik Şirketlerin Uygulamaya Yansımaları, AHBVÜHFD, 2019, C. 23, Sa. 3, s. 42; Schmidt/Lutter, s. 48, Nr. 21; Altıng, s. 201; Cataldo, s. 475.

883 Wahl, s. 113; Calise, s. 52. Bu yapılanmanın İngiliz hukukunda “phoenik şirketler” olarak nitelendirildiği yönünde bkz. Şahin, s. 1629.

884 Benzer örnek için bkz. Bozgeyik/Yavaş, s. 305.

885 Yanlı, s. 72; Bainbridge, s. 526, 532; Wahl, s. 113-114; Hackney/Benson, s. 840; İmanalin, s. 94; Cataldo, s. 478; Gelb, s. 1. Bu durumun sorumluluk sebebi teşkil etmesi gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Calise, s. 52; Kütükçü, s. 120.

tutulabilmelidir⁸⁸⁶. Örneğin bir petrol şirketi, nakliyeden kaynaklanması muhtemel sorumluluktan kaçınmak için nakliye işini yetersiz sermayeli başka bir şirkete devretmiş ve kendine ait gemileri bu şirkete kiralamışsa bu iki şirket aynı kabul edilmeli ve nakliye şirketinin borcu için petrol şirketi sorumlu tutulabilmelidir⁸⁸⁷. Nitekim Pan Pacific Sash & Door Co. v. Greendale Park, Inc. davasına konu olayda, bir emlak şirketi işini iki şirkete ayırmış ilk şirkete taşınmazları devretmiş ikinci şirkete ise binaları inşa etme görevi yüklemiştir. İkinci şirkete inşaat malzemeleri satan tedarikçi alacağını tahsil edemeyince taşınmazlara sahip olan ilk şirkete başvurmuş, mahkeme her iki şirketin tek bir girişimin yarısı olduğu, her iki şirketin ortak, yönetici ve çalışanlarının aynı olduğu, aynı binayı kullandıkları ve inşaat şirketinin yeterince sermayelendirilmediği gerekçesiyle ilk şirketi ikinci şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutmuştur⁸⁸⁸. Yine Sabine Towing & Transportation Co. - Merit Ventures, Inc. davasında⁸⁸⁹ ve Washington National Corp. - Thomas davasında⁸⁹⁰ mahkeme benzer gerekçelerle tüzel kişilik perdesini kaldırarak diğer şirketin sorumluluğuna hükmetmiştir⁸⁹¹.

2.5.11. Bağımsız Otoriteler Tarafından Denetlenen Piyasalarda Faaliyet Gösteren Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Özellikle bankacılık, sigortacılık ve enerji gibi düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek durumlar pek ortaya çıkmaz. Zira kamu düzenini ilgilendiren bu tür piyasalarda faaliyet gösteren şirketler açısından asgari sermaye şartı çok yüksek tutulduğu gibi bu alanda faaliyet gösteren şirketler çok sıkı denetlenir⁸⁹². Dolayısıyla düzenlenmeye tabi alanda faaliyet gösteren şirketler açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çok nadir gündeme

886 Öztekin/Memiş, s. 214.

887 Bainbridge, s. 530.

888 Örnek için bkz. Bainbridge, s. 527.

889 575 F. Supp. 1442 (5th Cir. 1983).

890 570 P.2d 1268 (Ariz. 1977).

891 Altin, s. 232.

892 Smith, s. 1189 vd. Benzer yönde bkz. Hackney/Benson, s. 869; Bainbridge, s. 533..

gelir⁸⁹³. Sermaye piyasası mevzuatına tabi halka açık şirketler açısından da benzer şeyleri söylemek mümkündür.

Esasen ekonomik açıdan bakıldığında da düzenlemeye tabi alanlarda faaliyet gösteren şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulması menfaatler dengesi açısından uygun değildir. Zira bu tür alanlarda faaliyet gösteren şirketlerde zararın alacaklılar üzerine dışsallaştırılması riski, denetim konusunda belli bir maliyet üstlenilerek zaten giderilmiştir. Bu nedenle ekonomik anlamda düşünüldüğünde de bu tür düzenlemeye tabi alanlarda faaliyet gösteren şirketler açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulama alanı bulmayacaktır⁸⁹⁴.

2.5.12. Talepte Bulunanların Konumuna Göre Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sınırlı sorumluluk ilkesinin şirket alacaklıları açısından doğurduğu olumsuz sonuçları dengelemek amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Ancak sınırlı sorumluluğun alacaklılar üzerinde doğurduğu olumsuz etki alacaklının konumuna göre değişmektedir. Özellikle banka gibi yüksek müzakere gücüne sahip sözleşmesel alacaklılar, teminat veya risk primi talep ederek sınırlı sorumluluğun doğurduğu olumsuz sonuçlara karşı önlem alabilir. Ancak haksız fiil mağdurları ve işçi gibi müzakere gücü bulunmayan alacaklılar açısından teminat veya risk primi talep etmek genellikle mümkün değildir. Bu nedenle banka gibi yüksek müzakere gücüne sahip alacaklılara kıyasla haksız fiil mağdurları ve işçi gibi zayıf konumdaki alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplerinde daha esnek davranılması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁹⁵. Özellikle şirketler topluluğunda hâkim şirketin ortakları sınırlı sorumluluk ile zaten korunduğundan artık bağlı şirketin haksız fiili sebebiyle ana şirkete de başvurulabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁹⁶. Hatta bazı yazarlar haksız fiil

893 Smith, s. 1208, 1211; Bainbridge, s. 533; Pehlivan, s. 228.

894 Smith, s. 1210.

895 Smith, s. 1170, 1184; Imanalin, s. 98; Altıng, s. 204; Peterson, s. 80, 95; Millon, s. 1357; Pehlivan, s. 222. Bu yaklaşımın yerinde olmadığı yönünde farklı görüş için bkz. Calise, s. 64.

896 Imanalin, s. 98.

alacaklıları bakımından sınırlı sorumluluk ilkesinin tamamen kaldırılması gerektiğini ifade ettiği gibi⁸⁹⁷, bazı yazarlar ise sınırsız sorumluluğun ticari hayatı olumsuz etkileyeceği haksız fiil mağdurlarına iflas durumunda öncelik hakkı tanınmasının daha uygun bir çözüm olacağını dile getirmektedir⁸⁹⁸. Yüksek müzakere gücüne sahip alacaklılar açısından ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda daha katı şartların aranması gerektiği, bu tür alacaklıların mümkün olduğunca akdettikleri sözleşme hükümlerine havale edilmesi gerektiği, müzakere gücü yüksek olan alacaklıların taleplerine olumlu cevap verildiği takdirde bunun kendilerine, pazarlıklarından daha fazlasını vermek anlamına geleceği ifade edilmektedir⁸⁹⁹. Nitekim Tük yargı uygulaması da, ticari alacak söz konusu olduğunda daha katı kriterler uygularken⁹⁰⁰ işçi alacakları açısından organik bağ çerçevesinde daha esnek davranmaktadır⁹⁰¹. Öğretide de zayıf konumda olması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulabilecek en önemli alanın iş uyuşmazlıkları olduğu, zira zaten korumasız olan işçiye karşı bir de tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak durumun daha da kötüleştirilmesine izin verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰².

897 Bu yaklaşımın uygun olmadığı, şartlara göre bazen ortaklara koruma sağlanması bazı durumlarda ise sağlanmaması gerektiği yönünde bkz. Millon, s. 1355.

898 İmanalin, s. 98.

899 Smith, s. 1181; Peterson, s. 81.

900 Y.11.HD, T.22.4.2013; E.2012/7997, K.2013/7966 : *..davacının kendisine kredi borcu bulunan dava dışı Menar Narenciye Ltd. Şti.'nin ortaklarının tüzel kişilik zırhına bürünerek davalı Meysa Nak. Ltd. Şti., Alfa Sun Dış Tic. Ltd. Şti. ve Merban Tarım Ltd. 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 Menar Narenciye Ltd. 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 .../.../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 Menar Narenciye Ltd. Şti. ile el ve işbirliği içerisinde alacaklı bankayı zarara uğratmak kastıyla hareket ettiklerine dair olguların kanıtlanmadığı, 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 karar verilmiştir."*

901 Bu hususta 2. Bölüm 2.5.12 numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

902 Özkan, Aytül: İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, ÇÜHFD, 2020, C. 5, Sa. 1, s. 2508.

Ancak öğretide haksız fiil mağdurları lehine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda daha esnek davranılması gerektiği ifade edilse de⁹⁰³, ABD hukukunda Thompson ve Kanada hukukunda Khimji/Nicholls tarafından yapılan amprik araştırmada mahkemelerin haksız fiilden ziyade sözleşmesel alacaklılar lehine tüzel kişilik perdesini daha çok kaldırdığı gözlemlenmiştir. Nitekim ABD hukukunda sözleşmesel alacaklar bakımından %41,98 oranında tüzel kişilik perdesi kaldırılırken, haksız fiilde %30,97 oranında tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumluluğuna hükmedilmiştir⁹⁰⁴. Yine Kanada hukukunda da %37,30 oranında sözleşmesel alacaklılar lehine, %33,33 oranında ise haksız fiil alacaklıları lehine tüzel kişilik perdesi kaldırılmıştır⁹⁰⁵. Ancak bu istatistiklerin nedeni haksız fiilden kaynaklanan taleplerde sözleşmeden kaynaklanan taleplere nazaran daha hafif şartlar arandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu istatistiklerin temel sebebi, sözleşmesel ilişkilerde genellikle alacaklıları yanıltıcı beyanda bulunulduğundan mahkemelerin ilgili sözleşmeyi dikkate almaması, dolayısıyla bir nevi söz konusu alacaklıyı sözleşmesel alacaklı kategorisinde değerlendirmemesidir.

2.5.13. Şirketin Ödeme Gücünün Ortadan Kalkmasının/İflasının Temelinde Yatan Gerekçeye Bağlı Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Sınırlı sorumluluğun neden olduğu alacaklılar üzerine risk transferi, kural olarak şirketin iflası halinde gündeme gelir. Dolayısıyla bunu önlemek için ortaya çıkan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna da genellikle şirket iflas ettiğinde başvurulur. Ancak iflasın gerçekleştiği her durumda ortakları sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira iflas etmiş olması tek başına şirketin mali açıdan sorumsuz yönetildiği anlamına gelmez. Ortak ve yöneticilerin iyi niyetli bütün çabalarına rağmen söz konusu girişim yine de başarısız olabilir. Her ticari girişimde belli bir miktar risk söz konusudur ve bu riskin tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir⁹⁰⁶. Özellikle yeni kurulan küçük işletmeler için başarısızlık oranı oldukça yüksektir. Nitekim 2002 Nobel Ekonomi Ödülü sahibi mutluluk araştırmasının yürütücüsü Daniel Kahnemann'a göre, şirket kurucularının %80'i

903 Peterson, s. 66, 82.

904 Thompson, s. 1058, 1068 vd. Bu hususta ayrıca bkz. Bainbridge, s. 505.

905 Khimji/Nicholls, s. 244.

906 Millon, s. 1368.

piyasada kalıcı olarak faaliyet göstereceklerine inanırken, %75'i beş yıl sonra ortadan kaybolmaktadır⁹⁰⁷. Başka bir araştırma çalışan sayısı az olan yeni işletmelerin dört yıl hayatta kalma şansının %37 ve on yıl hayatta kalma şansının %9 olduğunu, 500'den fazla çalışanı olan şirketlerin ilk on yılda hayatta kalma şansının ise % 36 olduğunu göstermiştir⁹⁰⁸. Bunların çoğu olağan ticari başarısızlık vakalarıdır⁹⁰⁹. Bu nedenle ortakların tahmin edemediği makul olarak nitelendirilebilecek olaylardan kaynaklanan iflas, olağan iş başarısızlığı kapsamında değerlendirilmelidir⁹¹⁰.

Ancak şirket alacaklılara zarar vermek kastıyla iflas ettirilmiş de olabilir. Bu gibi durumlarda ortaklara tanınan sınırlı sorumluluk imtiyazının sınırı doğru tespit edilmelidir⁹¹¹. Sınırlı sorumluluk imtiyazı ortaklara işlerinin maliyetlerini alacaklılara transfer etme konusunda geniş bir özgürlük tanımamalıdır. Sınırlı sorumluluk sadece ortakların işlerini iyi niyetle, alacaklıların çıkarlarına saygı duyacak şekilde yönettikleri durumlarda geçerli olmalıdır. Eğer şirket mali açıdan sorumsuz şekilde yönetilmişse buna sebep olan ortaklar alacaklılara karşı sorumlu tutulmalıdır. Kısaca sınırlı sorumluluk, yatırımcıları sadece özenli davranmalarına rağmen önleyemedikleri zararlara ilişkin sorumluluk taleplerine karşı korumalıdır⁹¹².

Alacaklılara karşı özenli davranmak zorunda olan ortaklar şirketin borçlarını ödeme kabiliyetini sürekli kontrol etmelidir. Bu konuda ortakların, şirketin borç altına girdiği anda bu yükümlülüğü zamanında yerine getirebileceğine iyi niyetle inanıp inanmadığı dikkate alınmalıdır. Özellikle kredi çekildiği anda şirketin ödeme gücü olmadığı açıksa veya daha sonra yapılan hileli işlemler sonucunda şirketin ödeme gücü ortadan kaldırılmışsa ortaklar sorumlu tutulmalıdır⁹¹³. Ancak kredi çekildiği anda şirketin ödeme gücü olmasına rağmen üretim maliyetlerinin artması veya yeni hukuki düzenlemeler gibi

907 Schall, Glaubigerschutz, s. 300. Benzer yönde bkz. Halmer, s. 60

908 Hackney/Benson, s. 897.

909 Millon, s. 1340.

910 Millon, s. 1341.

911 Y.11.HD, T.8.7.2014, E.2013/15971, K.2014/12971: "*Sorun tüzel kişilik kalkanının kullanılmasına nereye kadar izin verilmesi gerektiği*" noktasında toplanmaktadır."

912 Millon, s. 1356.

913 Millon, s. 1345, 1364.

öngörülemeyen gelişmeler nedeniyle şirketin ödeme gücünü kaybetmesi halinde ortaklar sorumlu tutulmamalıdır. Bu konuda önemli olan husus, hissedarların şirketin borçlarını geri ödeme kabiliyetine ilişkin değerlendirmesinin gerçekçi olması ve hüsnü kuruntulara dayalı tahminlere değil, şirketin geleceğine ilişkin makul bir öngörüye dayalı olmasıdır⁹¹⁴. Ortaklar değerlendirme yaparken geçmiş dönemdeki kayıtlardan yararlanabilir. Ancak yeni kurulan şirketlerde geçmişe ilişkin bir kayıt bulunmadığından tahmin yapmak zorlaşır. Bu durumda gelecekteki satış tahminlerine güvenilebilir. Mahkemeler bu konuda somut olayın gerçekleştiği andaki koşulları dikkate alarak değerlendirme yapmalıdır⁹¹⁵.

Ortaklar özellikle haksız fiil alacaklıları açısından da özenli hareket etmelidir. Zira haksız fiil sebebiyle alacaklı konumuna gelen kişiler zarara sebep olan şirketle müzakere imkânına sahip olmadığı gibi ortaya çıkan zararlar genellikle şirket sermayesiyle karşılanamayacak derecede yüksektir⁹¹⁶. Bu nedenle ortakların haksız fiil alacaklılarının taleplerinin karşılanabilmesi için sigorta yaptırmaları gerekir⁹¹⁷. Bu konuda daha önce gerçekleşen rizikolar veya benzer alandaki şirketlerin sigorta maliyetleri esas alınabilir⁹¹⁸. Ancak ortaklardan makul olarak beklenemeyecek olaylardan kaynaklanan zararlara karşı önlem alması istenmemelidir. Aksi takdirde en ufak riske karşı dahi yüksek primli sigorta yapılması gerekir ki bu yatırım teşvikini engeller. Bu nedenle sınırlı sorumluluk ile haksız fiil alacaklılarının menfaatleri arasında makul bir denge sağlanmalı, uygun sigorta fonu oluşturulduğu takdirde makul haddi aşan haksız fiil zararlarına karşı ortaklar sorumlu tutulmamalıdır. Haksız fiil mağdurları yine de işletme sahiplerini sübvansiyon etmeli, ancak bu sübvansiyon, öngörülmesi mümkün olmayan kazalardan kaynaklanan kayıplarla

914 Millon, s. 1367, 1364.

915 Millon, s. 1365, 1368.

916 Modern endüstriyel işletmelerin çok büyük ölçekte zarar verebildiği gibi toplu haksız fiil davalarının bu tür işletmelerin benzeri görülmemiş bir potansiyel sorumlulukla karşı karşıya kalmasına neden olduğu, nitekim son yıllarda çok sayıda kamu şirketinin, bazılarını iflasa sürükleyen milyarlarca dolarlık davalarla karşı karşıya kaldığı yönünde. Bkz. Bainbridge, s. 494.

917 Hackney/Benson, s. 891, 892; Millon, s. 1356, 1360; Michael, s. 51; Vandekerckhove, s. 111; Bremm, s. 135-136; Halmer, s. 98.

918 Millon, s. 1375-1376.

sınırlı kalmalıdır. Böylece sınırlı sorumluluk yatırımcıları öngörmeleri mümkün olmayan sorumluluk tehlikelerine karşı korumalıdır⁹¹⁹.

2.6. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURUMUNUN İSTİSNAİ VE İKİNCİL NİTELİĞİ

Sınırlı sorumluluğun ticari hayattaki kritik önemi dikkate alındığında, bu ilkenin göz ardı edilmesi anlamına gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun istisnai nitelik taşıdığı, istisnalar dar yorumlanır ilkesi gereği sistemin özüne dokunan⁹²⁰ bu yola nadiren başvurulması gerektiği, tüzel kişiliğin kolayca göz ardı edilemeyeceği ifade edilmektedir⁹²¹. Özellikle daha uygun yasal araçlar mevcut olduğu takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gelişi güzel kullanılmaması, perdenin kaldırılması imkânının adalet algısına ulaşmak için açık ve basit bir araç haline getirilmemesi⁹²², kötüye kullanılmadığı sürece tüzel kişiliğe saygı duyulması gerektiği ifade edilmektedir⁹²³. Zira

919 Millon, s. 1374, 1375.

920 Yılmaz, L. s. 254; Y.11.HD, T.8.7.2014, E.2013/15971, K.2014/12971: “Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bu sistemi sorgulamakta ve hakkın kötüye kullanıldığı bazı hallerde bu iki ayrı kimliğin, birbirinden bu denli keskin hatlarla ayrılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu teori, sistemin özüne dokunduğu için, ancak münferit olaylarda, halin icabına göre uygulanmalıdır”; Y.19. HD, T.24.03.2015, E.2014/7187, K.2015/4144 (Karşı oy): “...Bazı durumlarda kaçınılmaz olmakla birlikte burada tek hukuki dayanağımız olan hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili kural genel kural değildir; istisna kuraldır. İstisnaları da dikkatli ve özenle, amacına uygun olarak kullanmak ve istisnaları genel hale dönüştürmemek gerekmektedir. Başka bir anlatımla, bu teori kişiler hukukunun temel ilkesi olan ayrılık ilkesinin özüne dokunduğu için ancak münferit olaylarda, halin icabına göre tatbik edilmeli ve somut olayla sınırlı kalacak şekilde kullanılmalı, genelleştirilmemelidir.”; Y.11. HD, T.4.4.2019, E.2017/2384, K.2019/2653 : “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi” ana kuralın istisnası olarak ancak belirli ve sınırlı durumlarda “sakınılarak” uygulanması gereken bir yoldur”

921 Yanlı, s. 85; Dural, s. 98; Çamoğlu, s. 12; Şahin, s. 1607; Kendigelen, s. 32; Akıncı, s. 661; Antalya, s. 149; Kervankıran, s. 459; Yavaş, s. 22, dn. 23; Kütükçü, s. 107; Solak, s. 659; Kaşak, s. 1257; Göger, s. 107; Smith, s. 1170; Neher, s. 176; Bremm, s. 64; BGH NJW 1974, 1683; BGH DB 1978,1269; RGZ 156, 271, 277; BGHZ 20, 4, 11 = NJW 1956, 785; BGHZ 54, 222, 224 = NJW 1970, 2015; BGHZ 68, 312, 314 f. = NJW 1977, 1449; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522. Buna karşın şirketler topluluğunda sınırlı sorumluluk ilkesinden vazgeçmeye yönelik sektöre özgü güçlü eğilimler olduğunu yönünde bkz. Hüffer/Koch, s. 6.

922 Tan/Wang/Hofmann, s. 203; Bitter, s. 1578; BGHZ 20, 4, 11.

923 Tan/Wang/Hofmann, s. 154; Schall, Piercing the Corporate Veil, s. 571. Aynı yönde bkz. Y.9.HD, T.13.6.2022, E.2022/6274, K.2022/7556 : “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 teorisinin 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. Zira tüzel kişilik perdesinin

alacaklıların korunması ne kadar hayatiyse, sermaye şirketlerinde güven ve istikrar ortamının korunması da bir o kadar hayati'dir. Nitekim öğretide tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai yönüne dikkat çekmek adına sonuçları ağır olmakla birlikte “yıldırım gibi nadir” bir kurum olduğu ifade edilmektedir⁹²⁴. Kıta Avrupası özellikle Alman hukukunda bu ilkeye bağlı hareket edilmektedir⁹²⁵. Buna karşın ABD’de mahkemeler bu konuda daha liberal bir tutum sergilemektedir⁹²⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, genellikle şirketin yükümlülüklerini yerine getiremediği (iflas ettiği) durumlarda ortaya çıkar. İflas hükümleri şirketin varlıklarının tüm alacaklılara eşit ve adil bir şekilde dağıtımını amaçlayan düzenlemeler içerir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun iflas sürecini baltalama ve erken harekete geçerek dava açan alacaklıyı diğer alacaklılara kıyasla daha avantajlı konuma getirme tehlikesi vardır. Zira bir alacaklı direkt ortağa başvurduğunda tazminat ortağın şahsi malvarlığına ödenir. Bu durum bir bütün olarak alacaklılara dağıtılabilecek varlık havuzunu azaltır ve daha hızlı hareket edebilen, genellikle daha büyük mali kaynaklara sahip alacaklıları daha üstün bir konuma getirir. Oysa dava hakkı şirkete ait olduğunda tazminat şirkete ödenir ve bundan tüm alacaklılar yararlanır. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ne kadar liberal yaklaşılsa, iflas sürecini baltalama riski de o kadar yüksek olur⁹²⁷. Nitekim bu nedenledir ki, Alman öğretisinde bazı yazarlar, bizce de haklı olarak alacaklıların doğrudan talep hakkının iflas öncesi dönemle sınırlandırılması gerektiğini, iflas gerçekleştiğinde eşit yararlanmayı sağlamak adına talep hakkının öncelikle iflas idaresine ait olması gerektiğini savunmuştur⁹²⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun iflas sürecini baltalayan bu yönü, ikincil nitelik taşıdığı için kabulünü gerektirmektedir.

aralanması, tüzel kişilerin borçlarından dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağı ilkesinin, özellikle şirketlerin sadece sermayeleri ile sorumlu olacakları ve tüzel kişilerin borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulamayacağı kuralının önemli bir istisnasını teşkil etmektedir”

924 Millon, s. 1330.

925 Tan/Wang/Hofmann, s. 204; Kervankıran, s. 459.

926 Tan/Wang/Hofmann, s. 204.

927 Tan/Wang/Hofmann, s. 154.

928 Calise, s. 18. Benzer yönde bkz. Wahl, s. 65; BGHZ 151, 181 (187).

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai niteliğini destekleyen bir başka bakış açısı, diğer yasal imkânlarla potansiyel örtüşmesidir. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin şartların sağlandığı hemen hemen her durumda başvurulabilecek başka bir hukuki imkân mevcuttur⁹²⁹. Sorumluluğa neden olan davranış zaten yasal düzenlemeler tarafından yaptırma tabi tutulmuşsa kanunda düzenlemesi bulunmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulmamalıdır⁹³⁰. Nitekim bu nedendir ki, Alman öğretisinde daha doğrudan ve etkili çözümler sağlayan diğer imkânlar nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun büyük ölçüde gereksiz hale geldiği ifade edilmekte⁹³¹, hatta bazı yazarlar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun tamamen terk edilmesi gerektiğini dahi savunmaktadır⁹³². Yine Türk hukuku açısından da takip hukukunda tasarrufun iptali ve istihkak davalarında da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine takip hukukuna özgü yollara başvurulmakta, eğer bu imkânlar yeterli olmaz ise son çare olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu tercih edilmektedir⁹³³.

929 Tan/Wang/Hofmann, s. 154. Benzer yönde bkz. Yavaş, s. 22-23; Eryiğit, s. 232.

930 Yanlı, s. 85; Kendigelen, s. 32; Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 355; Yılmaz, L., s. 254; Kervankıran, s. 471; Şahin, s. 1632; Göger, s. 109; Tan/Wang/Hofmann, s. 155; Peterson, s. 69; Calise, s. 12.

931 Tan/Wang/Hofmann, s. 204.

932 Schmith Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1991, s. 7, dn. 14; Hüffer/Koch, s. 7; Wilhelm, s. 285 vd.; Tan/Wang/Hofmann, s. 185; Bremm, s. 91. İsviçre hukuku açısından bkz. Kehl, Dieter: Der sogenannte Durchgriff, Zurich 1991, s. 41-68. ABD hukuku açısından benzer yönde bkz. Bainbridge, s. 516. Bu görüşün yerinde olmadığı, nitekim öngörülen kanuni düzenlemelerin tüm kötüye kullanımları engellemediği, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun varlığını devam ettirmesi gerektiği yönünde bkz. Millon, s. 1358-1360; Wachter, s. 22; 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, MÜHFHAD, 2017, C. 23, Sa. 1, s. 377.

933 Yıldırım, Kamil: Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarında Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlanan Enstrümanlar, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008, İstanbul 2008, s. 193; Yavaş, s. 23; Şahin, s. 1635; Y.9.HD, T.04.07.2008, E.2008/12832, K.2008/18892 : “*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*”; Y.11.HD, T.4.4.2019, E.2017/2384, K.2019/2653: “*...Kötü niyetle ve mal kaçırmaya yönelik tasarruflarla ilgili olarak yasal şartların varlığı halinde tasarrufun iptali, muvazaa nedeniyle işlemin iptali gibi hukuki sürecin işletilmesinin mümkün olduğu ve davacı bankanın da zaten bazı taşınmazlar için tasarrufun iptali davası açtığı, yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi*”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu ve somut uyuşmalık bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşmadığı...”

Esasen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun istisnai niteliği güçler ayrılığı ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim kanun koyucular faydalarının zararlarından ağır bastığı düşüncesiyle tercih haklarını sınırlı sorumluluktan yana kullanmıştır. Dolayısıyla güçler ayrılığı ilkesi gereği yargı organının yasama organı tarafından yapılan bu tercihe mümkün olduğunca saygı göstermesi gerekir. Ayrıca sınırlı sorumluluğun avantajları günümüz ticari yaşamı için çok önemlidir. Bu avantajların korunması için sınırlı sorumluluğun ortaklara sağladığı güven ve kesinlik ortamının muhafazası gerekir⁹³⁴. Hâkim ortağın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumlu tutulması sorumsuzca risk alma cesaretini kıracağı doğrudur. Ancak bunun aşırıya kaçması yatırım yapma isteğini de sonlandırır. Bu açıdan dengenin çok iyi sağlanması gerekir ki, bu ancak kurumun istisnai niteliği kabul edilerek mümkün olabilir⁹³⁵.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu sadece yasal düzenlemeye karşı değil kıyasın mümkün olduğu durumlarda da ikincil nitelik taşır. Nitekim bu nedendir ki, limited şirketlere ilişkin konzern düzenlemesinin bulunmadığı Alman hukukunda bir dönem nitelikli fiili hâkimiyet durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin ilkeler değil sözleşmesel konzerne ilişkin anonim şirket hükümleri kıyasen uygulanmıştır⁹³⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmesel bir ilişki söz konusu ise bu durumda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna değil sözleşme hükümlerine başvurulmalıdır. Hatta sözleşmesel alacaklılar sözleşme sırasında işletmesel risklere karşı önlem alabildiklerinden bu tür alacaklılar açısından kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılamaması gerektiği kabul edilmektedir.

Bu başlık altında son olarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabilmesi için öncelikle borçlu şirkete karşı takip başlatıp aciz vesikası alınmasının gerekli olup olmadığı sorusu üzerinde durmakta fayda vardır. Kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortakların sorumluluğunu, tıpkı kollektif şirket ortaklarının

934 Tan/Wang/Hofmann, s. 152.

935 Millon, s. 1363.

936 Bork, s. 259.

sorumluluğunda olduğu gibi (TTK m. 237, 238) ikincil nitelikte bir sorumluluk olarak değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla öncelikle sorumlu şirkete karşı takip başlatıp aciz vesikası almadan şirket ortaklarına başvurulamamalıdır. Ancak bu kabul tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması için geçerlidir. Aralarında organik bağın varlığı sebebiyle tüzel kişilik perdesi çapraz kaldırılıyor ise bu durumda iki şirket bir nevi özdeş kabul edildiğinden borçlu şirkete başvurma şartı aranmaksızın diğer şirkete başvurulabilmelidir⁹³⁷.

2.7. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması dış sorumluluk doğurmaktadır⁹³⁸. Dolayısıyla ortaklar şirkete karşı değil⁹³⁹ direkt alacaklılara karşı sorumludur⁹⁴⁰. Tüzel kişilik perdesini kaldırarak ortaklara başvurulması genellikle şirketin iflası halinde gündeme geldiğinden⁹⁴¹ bu durum diğer alacaklıların zararlıdır. Zira tazminat şirkete ödenecek olsa bundan iflas alacaklılarının tümü yararlanır. Ancak dış sorumlulukta elde edilen tazminattan daha önce harekete geçip davayı önce açan alacaklı yararlanır. Nitekim bu nedenledir ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortakları sorumlu tutmanın ikincil nitelikte ve istisnai bir imkân olduğu, özellikle iç sorumluluk öngören (tazminatın şirkete ödenmesini gerektiren) daha özel bir düzenleme söz konusuysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin haksız yere alınan menfaatlerin sermayenin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında şirkete iadesi mümkünse artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim Trihotel kararında Alman Federal Mahkemesi'nin, şirketin

937 Aynı yönde bkz. Şahin, s. 1636-1638.

938 Nitekim Trihotel kararıyla birlikte varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk iç sorumluluk olarak tasarlandığından artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Hüffer/Koch, s. 7

939 Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek sebepler aynı zamanda şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceğinden ek olarak iç ilişkide şirkete karşı sorumluluk da gündeme gelir. Bkz. Goette/Habersack/Kalss, s. 157.

940 Bremm, s. 89-90. Maddi anlamda yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda ortakların direkt alacaklılara karşı değil şirkete karşı sorumlu olacağı yönünde görüş için bkz. Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 383.

941 Altıng, s. 197. Şirketin iflası dışında alacaklıların ortaklara başvurmamasını gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı yönünde bkz. Schmidt/Lutter, s. 46, Nr. 14.

varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluğu haksız fiil kapsamında değerlendirmesine rağmen sorumluluğu iç sorumluluk olarak nitelendirmesinin temel nedeni de elde edilecek tazminattan alacaklıların bir bütün olarak yararlandırmak istemesidir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortaya çıkan sorumluluk sınırsız sorumluluk niteliği taşımaktadır⁹⁴². Dolayısıyla bu sorumluluk türü ortakların bütün malvarlığını kaybetmesine neden olabilir. Öğretide yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı durumlarda ortakların sadece mevcut sermaye ile olması gereken sermaye arasındaki farktan sorumlu tutulması gerektiği de savunulmakla birlikte⁹⁴³ bu görüşün isabetli olmadığı, yetersiz sermaye sebebiyle tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında da ortakların sınırsız sorumlu olacağı, zira mevcut sermaye ile olması gereken sermaye arasındaki farkın genellikle ortaya çıkan zararı tazmin konusunda yetersiz kalacağı ifade edilmektedir⁹⁴⁴. Aynı zamanda malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda da, karışan varlıklar çok büyük olmasa da sınırsız sorumluluğun geçerli olacağı kabul edilmektedir⁹⁴⁵. Nitekim öğretide tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun ortaya çıkardığı bu ağır sorumluluğa dikkat çekmek adına “yıldırım gibi nadir ama şiddetli” bir kurum olduğu ifade edilmektedir⁹⁴⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun sınırsız sorumluluk doğurması ortakların tamamının sınırsız şekilde sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kural olarak şahsi sorumluluk doğurur. Dolayısıyla sadece şirket üzerindeki hâkimiyetini kullanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren olaya neden olan ortak sorumlu tutulabilir. Ancak sorumluluğu doğuran olaya birden fazla ortak sebep olmuşsa müteselsil sorumluluk ilkesi geçerlidir⁹⁴⁷. Bu noktada sorumlu ortaklar açısından mutlak teselsül ilkesinin mi yoksa farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mi geçerli

942 Halmer, s. 137, 202; Goette/Habersack/Kalss, s. 157; Alting, s. 2010.

943 Bu yönde bkz. Hackney/Benson, s. 888.

944 Yanlı, s. 118-119; Goette/Habersack/Kalss, s. 157. Benzer yönde bkz. Alting, s. 2010.

945 Goette/Habersack/Kalss, s. 158.

946 Millon, s. 1330.

947 Goette/Habersack/Kalss, s. 158; Hackney/Benson, s. 876.

olacağı sorusu önem arz etmektedir. Kanaatimizce müteselsil sorumluluk durumunda tıpkı şirket yöneticilerinin sorumluluğunda olduğu gibi farklılaştırılmış teselsül prensibi kabul edilmeli, ortaklar sadece kendi fiillerinin sonuçlarından sorumlu olmalıdır.

2.8. TÜRK YARGI UYGULAMASINDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI VE ORGANİK BAĞ KAVRAMI

2.8.1. Türk Yargı Uygulamasında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumuna Yaklaşım

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, Anglo-Saxson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde 20. yüzyılın başlarından itibaren uygulanmakla birlikte Türk hukukunda geçmişinin çok daha yeni olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim ilk olarak 1905 yılında ABD’de gündeme gelen ve 1920’li yıllardan itibaren Alman mahkemeleri tarafından uygulanan bu kurum, Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması adı altında ilk kez 2005 yılında İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde uyuşmazlık konusu olarak incelenmiştir⁹⁴⁸⁹⁴⁹. Ancak ismen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak nitelendirilmese de vergi yükümlüsünün tespitine ilişkin Danıştay kararlarında konu daha önce ele alınmıştır. İlgili Danıştay içtihatlarında⁹⁵⁰ “*mücerret hukuki durumun değil, fiili durumun esas alınması*” gerektiği vurgulanarak bir nevi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna işaret edilmiştir⁹⁵¹. Günümüzde ise özellikle işçi alacakları açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik talepler sıklıkla gündeme gelmektedir.

948 İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, T.17.05.2005, E.2002/843, K.2005/64.

949 Nitekim 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz sonucunda 21 adet bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devri tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna olan ihtiyacı Türk hukuku açısından da gözler önüne sermiş, nitekim bu nedenle Bankacılık Kanunu m. 110 hükmünde (RG, T. 01.11.2005, S. 25983) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bkz. Ulusoy, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 393-394; Cengiz, s. 372, 390 vd.; Şahin, s. 1614; Yalçın, s. 278-279; Özkurt, Ayşegül: Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul 2018., s. 103 vd.

950 Örnek karar için bkz. Danıştay 4. Dairesi, E. 1961/14471, K. 1962/644.

951 Seven/Göksoy, s. 2459; Öztekin/Memiş, s. 201.

Türk yargı uygulamasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik taleplere uyumsuzluk konusuna göre farklı yaklaşılmaktadır. Nitekim işçi alacağı söz konusu olduğunda mahkemelerin daha esnek davrandığı ancak ticari uyumsuzluklarda kurumun istisnai niteliğine vurgu yapılarak daha katı bir tutum sergilendiği görülmektedir. Esasen işçi alacaklıları açısından takınılan bu tavır yerindedir. Zira daha önce ayrıntılı olarak incelendiği üzere işçiler müzakere gücü bulunmayan zayıf konumda alacaklılardır. Her ne kadar bir sözleşme ilişkisi bağlamında alacaklı konumuna gelseler de işçilerin -banka gibi sofistike alacaklıların aksine- sınırlı sorumluluğun ortaya çıkardığı risk transferine karşı kendilerini korumaları pek mümkün değildir. Dolayısıyla işçi alacaklılarından kaynaklı taleplerde daha esnek davranılması yerindedir. Bu durum sınırlı sorumluluk ilkesinin temelinde yatan amaçla da uyumludur. Zira sınırlı sorumluluğun temelinde yatan amaçlardan birisi işletmesel riski en ucuz maliyetle taşıyabilen kişi üzerine yüklemektir. İşçilerin bu konumda olmadıkları ortadadır. Dolayısıyla iş uyumsuzluklarında işletmesel riski tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortaklar üzerine geri transfer etmek yerindedir. Kuşkusuz işçi alacaklıları bakımından burada söylenenler haksız fiil sebebiyle alacaklı konumuna gelen kişiler açısından da geçerlidir. Dolayısıyla her ne kadar Türk hukukunda bu yönde bir yargı kararına henüz tesadüf edilemese de şirket faaliyetleri esnasında uğradığı haksız fiil sonucu zarar gören alacaklılar tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine karşı da daha esnek yaklaşılmalıdır.

2.8.2. Türk Yargı Uygulamasında Organik Bağ Kavramı

Genellikle şirketler topluluğunda gündeme gelen tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması durumunda, topluluğa dâhil bir bağlı veya ana şirketin borcu için diğer bağlı şirketin malvarlığına başvurulmaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasında herhangi bir topluluğa dâhil olmayan şirketler de aralarında organik bağın varlığı gerekçe gösterilerek birbirlerinin borçları için sorumlu tutulmaktadır⁹⁵². Nitekim Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunun incelendiği ilk uyumsuzlukta İzmir 4. Asliye Ticaret

952 YHGK, T.25.2.2020, E.2017/914, K.2020/197; Y.19.HD, T.24.03.2015, E.2014/7187, K.2015/4144; Y.11.HD, T.2.12.2013, E.2013/7068, K.2013/21876; Y.11.HD, T.12.3.2014, E.2013/13698, K.2014/4730; Y.11.HD, T.14.3.2014, E.2012/14228, K.2014/4972; Y.23.HD, T.23.12.2015, E.2014/10384, K.2015/8391.

Mahkemesi şirketler topluluğuna dâhil olmayan iki şirketten birini aralarında organik bağın varlığı gerekçesiyle diğer şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutmuş⁹⁵³, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararı onamıştır⁹⁵⁴.

Türk yargı uygulamasında organik bağ kavramına özellikle iş uyuşmazlıklarında başvurulmakta⁹⁵⁵ iş uyuşmazlıklarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ziyade organik bağ kavramı tercih edilmektedir⁹⁵⁶. Nitekim Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daireleri'nin aralarında organik bağın varlığı gerekçesiyle, farklı şirketlerde çalışan işçilerin işçilik haklarının hesaplanmasında her iki şirketi de tek bir işveren gibi kabul ettiği pek çok kararı bulunmaktadır⁹⁵⁷. Yargıtay bu kararlarında, özellikle kıdem tazminatının hesaplanmasında her iki şirkette çalışılan süreleri birlikte değerlendirmektedir. Yine işe iade davalarında 30 işçi çalıştırma koşulunun sağlanıp sağlanmadığı tespit edilirken farklı şirketlerdeki çalışan sayısı tek bir şirketmiş gibi esas alınmaktadır⁹⁵⁸.

Organik bağ, iki tüzel kişilik ya da tüzel kişinin ortakları arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir⁹⁵⁹. Organik bağın varlığı için iki ayrı tüzel kişilik veya iki ayrı tüzel kişinin

953 İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, T.17.05.2005, E.2002/843, K.2005/64.

954 Y.19.HD, T.15.05.2006, E.2005/8774, K.2006/5232.

955 Ulucan, Devrim, İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İÜHFİM, 2016, C. 74, s. 753 vd.; Yurdakul, Berk Arda: Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Ankara 2023, s. 115 vd.; Biczaz, Fatma Arda: Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul 2017, s. 41 vd.; Yılmaz, G., s. 357; Göger, s. 95.

956 Özkan, s. 2508; Yurdakul, s. 115 vd.

957 Y.9.HD, T.27.06.2011, E.2011/30351, K.2011/19152; Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402, K.2022/9440; Y.9.HD, T.27.06.2011, E.2011/30349, K.2011/19150; Y.22.HD, T.26.11.2014, E.2014/24696 K.2014/33391; Y.9.HD, T.15.11.2016, E.2016/29064 K.2016/20166; Y.22.HD, T.26.11.2019, E.2016/23075, K.2019/21551.

958 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, Gaye: İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumları, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı, 06 Nisan 2019/Bolu-Abant, Ankara 2019, s. 16 vd.; Biczaz, s. 81 vd.

959 Öztekin/Memiş, s. 211; Şahin, s. 1621; Y.9.HD, T.2.12.2014, E.2014/23021, K.2014/36630: “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”; Y.9.HD, T.29.9.2015, E.2014/12841, K.2015/26694: “Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır”; Y.9.HD, T.04.07.2008, E.2008/12832 K.2008/18892: “Organik Bağ” tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile

ortakları arasında belli bir ilişkinin, iktisadi veya ticari bağımlılığın, kader birlikteliğinin veya birlikte hareket olgusunun varlığı gerekmektedir. Yargıtay kararlarında aşağıdaki şartlar biri veya bir kaçının mevcut olması halinde organik bağın varlığı kabul edilmektedir⁹⁶⁰.

1. Borçlu şirkete ait bir kısım belgelerin davalı şirketin işyerinde bulunması
2. Borçlu şirket ile davalı şirket arasında devir ilişkisinin olması
3. İki şirketin aynı merkezden idare edilmesi
4. Farklı şirketler kurularak, farklı tüzel kişiliklerin çatısı altında dolandırıcılık yapılması (borçlu şirket adına işlemler yapılması ve fakat bu şirketin içi boşaltılarak başka bir şirket adına malvarlığı edinilmesi)
5. İki şirketin faaliyet alanlarının ve müşteri çevrelerinin aynı olması
6. İki şirketin çalışanlarının önemli ölçüde aynı olması
7. Şirket yöneticilerinin aynı olması
8. Ortaklar arasındaki akrabalık ilişkisi⁹⁶¹
9. Borçlu şirket temsilcisi ile davalı şirket temsilcisinin baba oğul olması
10. Şirketler arasındaki iktisadi bütünlük bulunması
11. Haciz mahalline gidildiğine borçlu şirket temsilcisinin kasada otururken görülmesi
12. Borçlu şirketin levhasının haciz adresinin girişinde bulunması
13. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının, organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması
14. Şirketler arasında muvazaalı işlemler yapılması
15. Aynı e-posta adresinin veya banka hesabının kullanılması

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararlarında dile getirilen bu kriterlerden hiç birisi tek başına bir şirketin borcundan dolayı diğer şirketi sorumlu tutmak için yeterli değildir. Bu konuda dikkate alınması gereken esaslı unsur alacaklılardan mal kaçırmak, alacaklıları

birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağına sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur.”

960 Akıncı, s. 673; Yurdakul, s. 30 vd. Bu hususta ayrıca bkz. Yılmaz, G., s. 358 vd; Şahin, s. 1621 vd.; Bicz, s. 55 vd.

961 YHGK, T.14.6.2022, E.2019/149, K.2022/894 ; Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402 K.2022/9440 :*“Şirketler arasında ortakların akraba olması tek başına organik bağ veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir veya şirketlerin aynı faaliyeti yürütüyor olması organik bağ için yeterli değildir”*

zarara uğratmak maksadıyla hareket edilip edilmediğidir. Eğer bu maksatla hareket söz konusu değilse, her iki şirket aynı adreste faaliyet gösterse, ortakları ve yöneticileri aynı olsa, ve hatta bir şirkete ait evrakların tamamı diğer şirkette bulunsa dahi aralarında organik bağın varlığı gerekçesiyle bir şirketin borcu için diğer şirkete başvurulamazdır⁹⁶². Zira organik bağ kavramının temelinde de tıpkı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında olduğu gibi sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasını engelleme amacı yatmaktadır. Dolayısıyla bu yönde bir amacın olduğuna ilişkin somut bir gösterge söz konusu değilse iki şirket arasında organik bağın var olduğu gerekçesiyle sınırlı sorumluluk ilkesi ihlal edilmemelidir⁹⁶³.

Ancak uygulamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla elde edilmesi mümkün olmayan sonuçların organik bağ kavramıyla elde edilmeye çalışıldığı; organik bağ kavramıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin bertaraf edilmesi yönünde bir eğilimin oluştuğu, özellikle varlık yönetim şirketleri tarafından soyut gerekçelerle hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecek şekilde bağımsız kişiliğe sahip şirketlerden alacak tahsiline çalışıldığı görülmektedir. Her ne kadar zayıf konumdaki işçi ve haksız fiil mağdurları bakımından bir nebze anlaşılabilir olsa da, ticari amaçla hareket edilen ilişkiler söz konusu olduğunda bu eğilim kesinlikle terk edilmeli, günümüz sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluğun kural tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun istisna nitelik taşıdığı gerçeği göz önünde bulundurulmalı, ticari alacaklar bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

962 Nitekim bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi borçlu şirkete ait bir kısım belgenin haciz sırasında davacı şirket iş yerinde olduğunun görüldüğü, dosyada bulunan Ticaret Sicil Memurluğu kayıtları incelendiğinde, her iki şirketin de kurucu ortaklarından S. K., L. K. ve A. Y.'ün her iki şirkette de ortak olduğunun görüldüğü, her iki şirketin de aynı kişilere ait olduğu, şirketlerin faaliyet alanının da aynı olduğu, her iki şirketin iş merkezinin de Ticaret Sicil Müdürlüğü kayıtlarına göre aynı adreste ve aynı ilçede olduğu, her iki şirketin de birbirini tamamlayan ve birbirinin devamı niteliğinde, sadece unvan değişikliğine uğrayan şirketler olduğu, davaya konu bedelin her iki şirketin de borcu sayılması gerektiğine karar vermiş Yargıtay bu gerekçeleri sorumluluk için yeterli görmemiştir. Bkz. Y.19.HD, T.20.2.2014, E.2013/17519, K.2014/3332 .

963 Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402 K.2022/9440 : “Organik bağ kavramı, tüzel kişilik perdesinin aralanmasına göre daha geniş bir anlama sahip olsa da organik bağın varlığı, tek başına tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektirmemektedir. Başka bir deyişle şirketler arasında organik bağ tespit edilse dâhi tüzel kişilik perdesinin aralanması ve alacağın perdenin arkasındakinden de istenebilmesi için sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığının da somut verilerle ispatlanması gerekmektedir...”; Y.13.HD, T.9.11.2012, E.2012/16510 K.2012/25274; Y.13.HD, T.28.03.2013, E.2013/820 K.2013/7793; Y.3.HD, T.17.12.2013, E.2013/15109, K.2013/18024; Y.11.HD, T.10.3.2014, E.2013/15772, K.2014/4589; Y.3.HD, T.3.12.2019, E.2019/593, K.2019/9655.

kurumuyla elde edilmesi mümkün olmayan sonuçların organik bağ kavramıyla elde edilmesine izin verilmemelidir. Özellikle tahsil edilebilirlik kabiliyeti düşük olan alacakları devralan varlık yönetim şirketlerinin organik bağ gerekçesiyle bağımsız kişiliğe sahip şirketlerden alacak taleplerine temkinli yaklaşılmalıdır. Bu noktada işletmesel riskleri kendi rızalarıyla üstlenen sözleşmesel alacaklılar tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine daha katı yaklaşılması gerektiği gibi, tahsil edilebilirlik kabiliyeti düşük olan alacakları miktarından çok daha düşük bedel ödeyerek devralan varlık yönetim şirketlerinin taleplerine de mesafeli yaklaşılmalı, kural olarak alacağın tahsil edilememesi riskini bilerek üstlendikleri kabul edilmelidir.

2.8.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ Arasındaki İlişki

Organik bağ ve tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması için aranan şartlar çoğu kez aynı anda gerçekleşmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da aynı olayda her iki kavrama birlikte başvurduğu sıklıkla görülmektedir⁹⁶⁴. Ancak her ne kadar aksi kanaatte olsak da gerek öğretide gerekse yargı kararlarında organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun farklı olduğu dile getirilmektedir⁹⁶⁵. Organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması arasındaki farklar şu şekilde sıralanmaktadır;

964 Akıncı, s. 674; Yılmaz, G., s. 358; Şahin, s. 1618-1619.

965 Akıncı, s. 673; Öztekin/Memiş, s. 210; Yılmaz, G., s. 352, 357; Kaya, s. 486; Şahin, s. 1618; Y.11.HD, T.27.4.2022, E.2020/6239, K.2022/3479: *“Bilindiği üzere, perdenin kaldırılması müessesinde olduğu gibi hukuki dayanağı TMK m. 2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması olan organik bağın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile benzer yönleri bulunmasına rağmen farklı bir kavramdır. Şöyle ki; perdenin kaldırılması teorisi, şirket borçlarından dolayı ortaklarının sorumluluğuna ya da ortakların borçlarından dolayı şirketin sorumluluğuna veyahut da şirketler topluluğunda ana- yavru şirket sorumluluğuna gidilmesi imkânını alacaklılara verirken, organik bağ, bir tüzel kişinin borcundan dolayı başka bir tüzel kişinin sorumluluğuna gitme imkânı tanımaktadır. Yine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında iktisadi bütünlük şartı aranırken, organik bağın uygulanması için bu şart aranmaz. Bunlardan başka, perdenin kaldırılması için malvarlıklarının karışması ile sermaye yetersizliği gibi şartlarda gerekli iken organik bağ uygulamasında bu şartlarda aranmamaktadır. Organik bağ uygulamasında, borçlunun diğer tüzel kişiliği alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kullanma niyeti yeterlidir”*.

- 1- Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılabilmesi için iki şirket arasında iktisadî bütünlük şartı aranırken⁹⁶⁶ organik bağın varlığı açısından böyle bir şart aranmadığı ifade edilmektedir⁹⁶⁷.

Kanaatimizce iktisadi bütünlük tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılabilmesi için de gerekli bir şart değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından olmazsa olmaz nitelik taşıyan tek unsur tüzel kişiliğin kötüye kullanılarak alacaklılara zarar verilmesidir. Eğer bu amaçla hareket edildiği sabitse aralarında iktisadi bütünlük bulunmayan iki şirketi pekâlâ birbirlerinin borcundan sorumlu tutmak mümkün olmalıdır. Örneğin; aynı topluluğa dâhil olmakla birlikte farklı alanlardan faaliyet gösten iki şirketten birinin malvarlığı hâkim şirketin etkisi sonucunda usulsüz şekilde diğer bağlı şirkete aktarılmış ise aralarında iktisadi bütünlük bulunmasa da tüzel kişilik perdesi çapraz kaldırılarak bir şirketin borcu için diğer şirket sorumlu tutulabilmelidir.

- 2- Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılabilmesi için malvarlıklarının karışması veya yetersiz sermayelendirme gibi şartların gerçekleşmesi gerekirken organik bağ yoluyla sorumluluğun gündeme gelebilmesi için malvarlıklarının karışması veya yetersiz sermaye şartlarının aranmayacağı ifade edilmektedir⁹⁶⁸.

Kanaatimizce ne tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ne de organik bağ çerçevesinde sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yetersiz sermayelendirme

966 YHGK, T.14.6.2022, E.2019/149, K.2022/894; Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402, K.2022/9440: “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. Ancak 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 ... yapan kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisinde tek bir şirketle ... yapıyor 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 ... alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir.”

967 Akıncı, s. 673; Öztekin/Memiş, s. 210; Yılmaz, G., s. 352, 357; Kaya, s. 487; Şahin, s. 1618-1619; Y.9.HD, T.04.07.2008, E.2008/12832, K.2008/18892: “Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz...”; Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402, K.2022/9440; Y.9.HD, T.15.9.2022, E.2022/8402, K.2022/9440 .

968 Y.9.HD, T.04.07.2008, E.2008/12832, K.2008/18892.

şartı söz konusu değildir. Yetersiz sermayelendirme sadece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda dikkate alınabilecek önemli unsurlardan birisidir. Malvarlığının karışması ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ziyade organik bağ çerçevesinde sorumluluğun gündeme gelebilmesi için zorunlu bir unsurdur. Zira iki şirket arasında organik bağın varlığı tek başına sorumluluk için yeterli değildir. Eski şirket sona erdirilip yeni bir şirket kurularak aynı faaliyetlere devam edilse dahi bu sorumluluk için yeterli değildir. Sorumluluğun gündeme gelebilmesi için eski şirketin içi boşaltılarak yeni şirkete aktarılması gerekir. Eğer eski şirketin malvarlığına dokunulmaksızın yeni şirket üzerinden faaliyetlere devam ediliyorsa sorumluluk gündeme gelmemelidir.

- 3- Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için kötüye kullanma tek başına yeterli değilken organik bağın uygulanabilmesi için borçlunun diğer tüzel kişiliği alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kullanma niyetinin yeterli kabul edildiği ifade edilmektedir⁹⁶⁹.

Kanaatimizce bu tespit de isabetli değildir. Zira bu tespit tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasının yeterli olmadığı varsayımına dayanmaktadır. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Dolayısıyla tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olmadığı yönünde söylem isabetli bir söylem değildir.

- 4- Organik bağ tanık beyanları ile de ispat edilebilmektedir⁹⁷⁰. Dolayısıyla organik bağ kavramından hareket ederek sonuç almak daha kolaydır⁹⁷¹.
- 5- Organik bağın varlığı halinde bir şirketin borçlarından dolayı bir başka şirketin malvarlığına başvurulabilmektedir. Fakat iki şirket arasındaki organik bağın

969 Akıncı, s. 673; Kaya, s. 486; Öztekin/Memiş, s. 210-211. Y.11.HD, T.27.4.2022, E.2020/6239 K.2022/3479.

970 Akıncı, s. 673; Yılmaz, G., s. 359; Kaya, s. 488; YHGK, T.16.04.2003, E. 2003/9 – 279, K., 2003/292; Y 22. HD, T.27.03.2018, E.2017/44748, K.2018/7787.

971 Akıncı, s. 673; Yılmaz, G., s. 357; Öztekin/Memiş, s. 210.

varlığı şirket ortaklarına başvurulabilmesi için yeterli değildir. Oysa tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması halinde şirketin yanı sıra ortakların malvarlığına da başvurulabilmektedir⁹⁷². Bu ihtimalde tüzel kişilik perdesi iki kere kaldırılmaktadır. Önce kardeş şirketler arasındaki daha sonra kardeş şirket ile ortakları arasındaki perde kaldırılmaktadır. Bu yönüyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması organik bağa göre daha avantajlıdır. Çünkü kardeş şirketin içi boşaltılıp malvarlığı ortakların üzerine aktarıldığında organik bağ çözüm olmamakta, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir⁹⁷³.

Yukarıda söylenenler çerçevesinde her ne kadar öğreti ve Yargıtay kararlarında aksi ifade edilse de, organik bağ kavramının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumundan farklı olduğu düşünülmemelidir. Her iki kurum da tüzel kişiliğin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Yargıtay'ın böyle bir ayrıma gitmesinin temel sebebi özellikle işçi taleplerinde daha esnek yaklaşmaktır. Bu nedenle organik bağ kavramının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna alternatif oluşturduğu yönünde bir algıya mahal verilmemelidir. Bunun yerine işçi alacakları açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerinde daha esnek davranılması gerektiğinin belirtilmesi yeterlidir.

Dolayısıyla organik bağ kavramını tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ayrı bir kurum olarak değil, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin bir vaka grubu olan alanların karışması kapsamında değerlendirmek daha uygundur⁹⁷⁴. Ancak Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği gibi şirketler arasında organik bağın varlığı (aynı gruba dâhil olma, aynı kişi tarafından yönetilme, ortakların aynı olması hatta aynı iş kolunda faaliyet gösterme) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir⁹⁷⁵. Perdenin kaldırılarak ortağın sorumluluğuna gidilebilmesi için alacaklılardan mal kaçırmak

972 Yılmaz, G., s. 357; Kaya, s. 487; Öztekin/Memiş, s. 210.

973 Akıncı, s. 673-674; Yılmaz, G., s. 358.

974 Benzer yönde bkz. Şahin, s. 1651.

975 Y.9.HD, T.21.6.2022, E.2022/5791, K.2022/8080; Y.9.HD, T.21.6.2022, E.2022/5791, K.2022/8080; Y.22.HD, T.18.2.2020, E.2016/23441, K.2020/2815.

amacıyla kötünietli hareket şarttır. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukukî dayanağı hakkın kötüye kullanılması yasağıdır⁹⁷⁶.

2.8.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına Yönelik Taleplerin Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin tüm sorumluluk vakalarını kapsayan genel bir zamanaşımı süresinden bahsetmek mümkün değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumluluk durumunda geçerli olan zamanaşımı süresi şirketin sorumluluğu için geçerli olan süre esas alınarak belirlenmelidir. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılması alacaklıya şirketin yanında ortaklara da başvurma imkânı tanır, ortak şirketin borçları için sorumlu tutulmaktadır⁹⁷⁷.

2.8.5. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin Davaların Görüleceği Mahkeme

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna sadece ticari uyuşmazlıklarda değil, alacağın niteliği önem arz etmeksizin tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı idare, vergi ve iş uyuşmazlıklarında da başvurulabilmektedir⁹⁷⁸. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin (iş, vergi, asliye hukuk, asliye ticaret) görevli olacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin tüm sorumluluk vakalarını kapsayan genel bir zamanaşımı süresinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi davanın görüleceği genel bir mahkemeden bahsetmek de mümkün değildir. Görevli mahkeme belirlenirken uyuşmazlık konusu alacak esas alınmalı, iş uyuşmazlıklarında iş, vergi uyuşmazlıklarında vergi, idari uyuşmazlıklarda idare mahkemeleri ve ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan alacaklara ilişkin taleplerde ticaret mahkemeleri görevli kabul edilmelidir. Ticari nitelikte

976 Yanlı, s. 17; Dural, s. 98, 101; Kaşak, s. 1254; Şahin, s. 1609; Uyar, s. 376; Y.3.HD, T.3.12.2019, E. 2019/593, K.2019/9655; YHGK, T.14.6.2022, E.2019/149, K.2022/894.

977 Goette/Habersack/Kalss, s. 158; Kaplan, s. 45; Göger, s. 152.

978 Tekinalp/Tekinalp, s. 390; Cengiz, s. 379; Göger, s. 92.

olmayan malvarlığına ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁷⁹ (HMK) m. 2 uyarınca Asliye Hukuk Mahkemeleri, kira alacağına ilişkin davalarda HMK m. 3 uyarınca Sulh Hukuk Mahkemeleri görevli olmalıdır⁹⁸⁰.

Ancak bu noktada işçi alacakları açısından şu hususa dikkat çekmek gerekir: Uygulamada işçi alacakları açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinde bulunulduğunda ve borçlu ticaret şirketi olduğunda iş mahkemelerinin mi yoksa ticaret mahkemelerinin mi görevli olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar TTK m. 19/2 hükmü gereği burada işçi açısından da bir ticari iş söz konusu olsa dahi, her ticari iş ticari davaya vücut vermez. Dolayısıyla ticari iş kapsamına girse dahi işçi alacakları açısından iş mahkemeleri görevli kabul edilmelidir.

2.8.6. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin Davalar Zorunlu Arabuluculuğa Tabi midir?

Son yıllarda mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla iş uyuşmazlıklarında⁹⁸¹, konusu bir miktar alacak veya tazminat olan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklarda⁹⁸², tüketici uyuşmazlıklarında⁹⁸³ ve son olarak kira uyuşmazlıklarında⁹⁸⁴ arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir. Bu noktada tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda da arabulucuya başvurunun zorunlu olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin taleplerin zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilirken alacağın niteliği esas alınmalıdır. Eğer asıl alacak zorunlu arabuluculuğa tabi ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin talepler açısından da arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada da, şirkete başvuru yapılmadan önce zorunlu arabulucuya başvuru şartı yerine

979 RG, T. 04.02.2011, S. 27836

980 Kuş, s. 196, dn. 828.

981 Bkz. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 (RG. 25.10.2017, S. 30221).

982 Bkz. Türk Ticaret Kanunu m. 5/A (RG. 14.02.2011, S. 27846).

983 Bkz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A (RG. 28.11.2013, S. 28835).

984 İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 37 (RG. T. 05.05.2023, S.32154)

getirilmiş ise ortaklara başvurulabilmesi için ayrıca arabulucuya başvurulmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce bu ihtimalde de arabulucuya başvurulmalıdır.

SONUÇ

Sermaye şirketlerinde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi gereği, şirket alacaklılarının yegâne güvencesi şirket malvarlığıdır. Alacaklıların, şirket borçları için ortaklara başvurması kural olarak mümkün değildir. Bu durum, yatırımı teşvik etmek amacıyla sermaye şirketi ortaklarına tanınmış önemli bir imtiyazdır. Ancak sınırlı sorumluluk ilkesi bünyesinde önemli bir meşruiyet sorunu barındırmaktadır. Şöyle ki; ticari hayatta geçerli olan fırsat-risk dengesi göz önünde bulundurulduğunda yatırım yapan bir kişi yatırımının olumlu sonuçlarından tek başına kendisi faydalıyor ise, olumsuz sonuçlarını da tek başına kendisinin üstlenmesi gerekir. Oysa sınırlı sorumluluk sayesinde yatırımcı elde edilen kardan tek başına kendisi yararlanırken sadece yatırdığı sermayeyi riske etmekte, aşan riskler şirket alacaklıları üzerine transfer edilmektedir. Dolayısıyla şirket karının tamamından tek başına faydalanan ortakların neden zararın tamamını da tek başına kendisinin üstlenmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Sınırlı sorumluluk ilkesini temellendirmek için, şirketin bağımsız bir kişiğe sahip olması, mülkiyet kontrol ayrımı, denetim ve izleme maliyetlerinin azalması gibi çeşitli gerekçeler dile getirilmekle birlikte bunlardan en önemlisi yatırımcıların risk direncini kırarak ihtiyaç duyulan sermayenin toplanmasıdır. Nitekim ortakların sorumluluğu yatırdıkları sermaye miktarıyla sınırlandırıldığında yatırım konusunda daha istekli davranmaktadırlar. Ancak yatırımı teşvik etmesi de tek başına sınırlı sorumluluğu gerekçelendirmek için yeterli olmamaktadır. Zira her ne kadar sınırlı sorumluluk sayesinde yatırım teşvik edilse de, elde edilen menfaatten girişimci tek başına faydalırken risklerin bir kısmı alacaklılar üzerine transfer edilmektedir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluğun meşruiyetine ilişkin sorunun temelinde, kardan tek başına faydalanan yatırımcılar, neden risklerin bir kısmını alacaklılar üzerine transfer edebilmelidir? sorusu yatmaktadır. Bu soru karşısında, sınırlı sorumluluk sayesinde ortaya çıkan yatırımı teşvik etkisinden sadece yatırımcının değil bir bütün olarak toplumun tamamının faydalandığı, nitekim yatırım teşvik edildiğinde istihdamın ve devletin vergi gelirinin arttığı, dolayısıyla işletmesel risklerin bir kısmının alacaklılar üzerine transfer edilmesinin meşru olduğu ifade edilmektedir. Diğer bir gerekçe olarak ise işletmesel risk tamamen ortaklara yüklendiği takdirde özellikle halka kapalı şirket

ortaklarının bu riski taşımasının son derece zor olduğu, oysa riskin bir kısmı alacaklılar üzerine transfer edildiği takdirde alacaklıların (özellikle bankaların) müzakere gücü sayesinde bu riski yönetebileceği ifade edilmektedir.

Topluluk dışı şirketlerde olduğu gibi şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir. Nitekim bir şirkete gerçek kişinin ortak olması ile tüzel kişinin ortak olması arasında hukuki açıdan herhangi bir fark söz konusu değildir. Dolayısıyla bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişilikte ortak sıfatını taşıdığı durumlarda da sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir. Hatta şirketler topluluğunda çifte sorumluluk sınırlaması olduğu söylenebilir. Özellikle ana şirket ortakları, hem ana şirket tüzel kişiliği hem de topluluk ilişkisi aracılığıyla sınırlı sorumluluğa sahiptir. Dolayısıyla şirketler topluluğunda ana şirket ortaklarına çifte koruma sağlanmaktadır. Bu durum, özellikle ana şirketi bağlı şirket aleyhine riskli davranışa daha çok teşvik etmekte, şirketler topluluğunda alacaklılar üzerine risk dışsallaştırılması tehlikesi daha çok gündeme gelmektedir.

Öğretide bazı yazarlar, ana şirket ortaklarının zaten sınırlı sorumluluk sayesinde korunduğunu, dolayısıyla şirketler topluluğunda yatırımı teşvik için sınırlı sorumluluk öngörülmesinin gerekli olmadığını savunmaktadır. Ancak her ne kadar ana şirket ortakları sınırlı sorumluluk sayesinde korunsa da, tüzel kişiler de yatırım yapmak için sınırlı sorumluluğa ihtiyaç duyar. Nitekim yeni bir piyasaya girmek isteyen şirketler, başka şirketleri devralmak yerine onları hâkimiyetleri altına almayı tercih eder. Bunun temel nedeni hâkim şirketin sorumluluğunu sınırlamak istemesidir. Dolayısıyla yatırım teşviki için şirketler topluluğunda da sınırlı sorumluluğa ihtiyaç duyulur.

Her ne kadar yatırımı teşvik konusunda olumlu sonuçlar doğursa da sınırlı sorumluluk aynı zamanda bazı olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Öncelikle sınırlı sorumluluk, sadece pozitif beklenen değere sahip projeler açısından değil aynı zamanda riskli projeler açısından da teşvik oluşturmaktadır. İkinci olarak, işletmesel riskleri herhangi bir karşılık olmaksızın özellikle haksız fiil mağdurları ve işçi gibi zayıf konumdaki şirket alacaklıları üzerinde transfer etmektedir. Bu nedenle sınırlı sorumluluk uygulamada sıklıkla kötüye kullanılmaktadır. Özellikle şirketler topluluğunda hâkim şirket, birden fazla bağlı şirket

oluşturarak faaliyetlerini bağlı şirketler aracılığıyla yürütmekte, kâr elde edildiği takdirde bundan yararlanmakta, zarar ortaya çıktığında ise sınırlı sorumluluk ilkesine dayanarak sorumluluktan kaçınmaktadır. Bu tür kötüye kullanımların önüne geçebilmek adına öğreti ve uygulamanın katkısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu oluşturulmuş, istisnai bazı durumlarda şirketin borçları için ortaklara başvurulabileceği kabul edilmiştir. Ancak bunun hangi şartlar altında mümkün olacağı konusunda geçmişten günümüze henüz yeknesak bir uygulama oluşturulamamıştır. Esasında bu yönde bir çaba içerisine girilmesi de yerinde değildir. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar bünyesinde çok farklı menfaatleri barındırmaktadır. Bu nedenle her uyuşmazlıkta uygulanabilecek sabit kriterler belirlemek yerine her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması daha uygundur.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin vaka grupları incelendiğinde genel olarak beş grubun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar; şirket yapısının kötüye kullanılması, alanların ve malvarlığının karışması, şirket üzerinde hâkimiyet ve yetersiz sermayelendirme. Alman hukukunda gerek öğreti gerekse yargı uygulamasında malvarlığının karışması sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmektedir. Yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda da öğretinin çoğunluğu bunun mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak Alman yargı uygulaması, yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusuna oldukça çekimser yaklaşmaktadır. Şirket üzerinde hâkimiyet, alanların karışması ve şirket yapısının kötüye kullanılması ise tek başına sorumluluk sebebi sayılmamaktadır. Esasen bu üç durum tek başına bir vaka grubu oluşturmaktan ziyade malvarlığının karışması ve yetersiz sermayeye ilişkin uyuşmazlıklar açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu üç unsuru ayrı bir vaka grubu olarak incelemektense malvarlığının karışması ve yetersiz sermayelendirme sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için gerekli olan ekstra şartlar olarak nitelendirmek mümkündür. Esasen şirket üzerinde hâkimiyetin tek başına sorumluluk sebebi sayılmaması yerindedir. Zira gerek halka kapalı şirketlerde gerekse şirketler topluluğunda ortakların şirket üzerinde belli oranda kontrolü söz konusudur. Kontrol tek başına sorumluluk için yeterli kabul edilirse çoğu şirkette ortakların sorumlu tutulması gerekir.

Alman yargı uygulaması, yeni bir vaka grubu olarak şirketin varlığını yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk kurumunu geliştirilmiştir. 2001 tarihli Bremer Vulkan kararından sonra ilk kez bu isimle anılan vaka grubu, bir dönem nitelikli fiili konzern kapsamında değerlendirilmiş, daha sonra tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının bir türü olarak ele alınmış, en nihayetinde Trihotel kararıyla birlikte haksız fiil kapsamına sokulmuştur. Bu karardan sonra Alman öğretisinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik katı tutum daha da sertleşmiş, sadece malvarlığının karışması durumuna indirgenmiştir. Diğer haller varlığı yok edici nitelikte müdahale sebebiyle sorumluluk (haksız fiil) bağlamında ele alınmıştır.

ABD hukukunda ise, ayrı ayrı vaka grupları oluşturmak yerine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin taleplerde hangi hususların dikkate alınacağı tespit edilmiş, özellikle yetersiz sermayelendirme, malvarlıklarının karışması, şirket ortak ve yöneticilerinin aynı olması, kanunda öngörülen yükümlülükler uyulmaması gibi durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumluluğuna hükmedilebileceği vurgulanmıştır. Kanaatimizce ABD hukukundaki bu yaklaşım daha isabetlidir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere; hâkimiyet, alanların karışması ve şirket formunun kötüye kullanılması gibi hususlar tek başına sorumluluk sebebi teşkil etmemekte, yetersiz sermayelendirme ve malvarlığının karışması ile birleştiklerinde sorumluluğa yol açmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin talepler alacaklıların niteliğine göre farklı şekilde ele alınmalıdır. Özellikle haksız fiil mağdurları ve işçi gibi zayıf konumdaki alacaklıların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönündeki taleplerine daha esnek, bir sözleşme ilişkisi kapsamında alacaklı konumuna gelen kişilerin taleplerinde ise daha katı bir tutum sergilenmelidir. Zira tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, sınırlı sorumluluk ilkesinin özellikle işçi vb. zayıf konumdaki müzakere gücü bulunmayan alacaklılar üzerinde ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları dengelemek amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Sözleşme esnasında ekstra güvence talep etme imkânı bulunan alacaklılar açısından korunmalarını gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Sözleşmesel alacaklıları akdettiği sözleşme ilişkisine havale etmek en doğru olandır. Dolayısıyla özellikle varlık yönetim şirketleri tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerine son derece temkinli yaklaşılmalı, bu tür şirketlerin alacağın tahsil edilememe ihtimalini bilerek alacağı devraldıkları unutulmamalıdır. Her iki şirketin birbirinden bağımsız kişiliğinin, hukuki ilişkilerinin ve yükümlülüklerinin olduğu, her iki şirketin bağımsız bir sorumluluk kütesi oluşturduğu, alacaklılar açısından sadece muhatabı oldukları kişilerin malvarlıklarının güvence oluşturduğu, bir kişi veya şirket alacaklısına güvence sağlayan malvarlığının diğer kişinin alacaklılarının tatmini için kullanılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği unutulmamalıdır. Nitekim her bir tarafla işlem yapan kişiler sadece muhatap oldukları tarafın mali durumunu dikkate alarak işlem yapmakta, işlem yaptığı tarafın ödeme gücünü yetersiz görüyor ise aynı veya şahsi teminat talep etmek suretiyle kendini güvence altına alabilmektedir. Ticari ilişkiye giren kişilerin muhatabının mali durumunu göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla alacaklılardan mal kaçırmak maksadıyla bir tarafın malvarlığından diğer tarafa herhangi bir malvarlığı geçişi somut olarak ispatlanmadıkça tarafların temerrüt riskini sadece o tarafla işlem yapan kişiler üstlenmelidir.

Ancak şirket borç ödemekten âciz hale geldikten sonra, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yeni bir şirket kurup, yeni şirket üzerinden aynı faaliyetlere devam edilmesi halinde iki şirket özdeş kabul edilip yeni şirket eski şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bunun için yeni kurulan şirket ile eskisinin faaliyet alanları aynı olmalı, ortaklık yapısında ayniyet veya büyük ölçüde benzerlik bulunmalı, hukuken veya fiilen her iki şirket de aynı kişi yahut kişilerce yönetilmeli, yeni şirket alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli olarak kurulmalıdır.

Alman öğretisinde genellikle şirketin malvarlığının sadece kendi alacaklılarına güvence oluşturduğu gerekçesiyle ortağın borcu için şirkete başvurulamayacağı (perdenin tersten kaldırılamayacağı) kabul edilmektedir. Kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılmasına bu denli toptan reddedici bir yaklaşım yerinde değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, kim tarafından olursa olsun tüzel kişiliğin alacaklılardan mal kaçırmak adına kötüye kullanıldığı her durumda uygulanabilmelidir. Bu nedenle

özellikle tek kişilik şirket kurup alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla malvarlığını şirkete devreden ortağın borcu için şirkete başvurulabilmelidir.

Türk-Alman hukukunda şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğu açıkça düzenlense de topluluk hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabilmelidir. Zira hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler her zaman alacaklılar açısından yeterli koruma sağlamamaktadır. Ayrıca hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin hükümler tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması durumunu düzenlemektedir. Bu hükümler bir bağlı şirketin borcu için diğer bağlı şirketin sorumluluğunu düzenlememektedir. Dolayısıyla hâkim şirket, sorumluluktan kaçınmak adına malvarlığını başka bir bağlı şirkete nakletmişse tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumluluk gündeme gelebilmelidir.

Sonuç olarak her ne kadar genel bir ölçüt vermek mümkün olmasa da, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin talepler açısından şu yolun izlenmesinde fayda vardır.

- 1- Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulmadan önce söz konusu uyuşmazlık açısından uygulanabilir yasal bir düzenlemenin veya bir sözleşmenin olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer bir düzenleme veya sözleşme mevcut ise zarar bu yolla tazmin edilmelidir.
- 2- Eğer bir düzenleme mevcut değilse, son çare olarak somut olay açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir.
- 3- Bu kapsamda esaslı unsur olarak, tüzel kişiliğin kötüye kullanılıp kullanılmadığı, tüzel kişilik vasıtasıyla alacaklılara zarar verme iradesinin var olup olmadığı tespit edilmelidir.

Bu tespit yapılırken, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla borçlu şirketten, sorumlu tutulmak istenen şirkete malvarlığı naklinin olup olmadığı incelenmelidir. Özellikle borçlu şirket faaliyete geçtikten uzun bir süre sonra, alacaklıları zarara uğratmak amacıyla yeni bir şirket kurulup, malvarlığını yeni şirkete transfer ederek, eski şirketle aynı veya

benzer faaliyete devam ediliyor ise tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir.

- 4- İkinci olarak, düşük sermayeli şirket kurup, bu şirket üzerinden çok yüksek meblağda işlem yapıp yapılmadığı ve şirketin borç ödeme durumu incelenmelidir.
- 5- En nihayetinde talepte bulunan kişinin konumu dikkate alınmalıdır. Eğer tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinde bulunan kişi, müzakere gücü bulunan bir kişi ise kural olarak talebe daha temkinli yaklaşılmalıdır. Eğer talepte bulunan, işçi ve haksız fiil mağduru gibi zayıf konumda ise talebe daha olumlu yaklaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Achsnich, D. (2010). *Die Haftung Faktischer Organe in der Aktiengesellschaft*. Hamburg: Verlag Dr. Kovaç.
- Akdağ Güney, N. (2010). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, B. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık (Sorumluluk).
- Akdağ Güney, N. (2016). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, B. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akın, İ. (2014). *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Adalet.
- Akıncı, Ş. (2019). Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları. *SÜHFD*, 27(3), 651-678.
- Aksoyak, M. (2016). *Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Alting, C. (1995). Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *TJCIL*, 2(2), 190-250.
- Antalya, G. (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008 içinde* (143-152. ss.). İstanbul.
- Arkan, S. (2020). Lifting the Corporate Veil in Turkish Company Law (An Overview). Burak Öztürk (ed.) *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı* içinde (139-145. ss.). Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları.
- Ayan, Ö. (2019). Tek Kişilik Şirketlerin Uygulamaya Yansımaları. *AHBVÜHFD*, 23(3), 25-51.
- Aydoğan, F. (2012). *Tek Kişi Ortaklığı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Aytaç, Z. (1982). *Anonim Ortaklıklarda İbra*. Ankara.

Aytaç, Z.(2013). Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu. *BATİDER*, 29(4), 5-55 (Sorumluluk).

Bainbridge, S. M. (2000). Abolishing Veil Piercing. *JCL*, 480-534.

Başlamışlı Güvenir, D. (2023). Şirketler Hukukunda Ortaklar Tarafından Sağlanan Ödünçlere İlişkin Yaklaşım Üzerine Karşılaştıralı Bir İnceleme. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu, Şirketler Hukuku 3. Oturumu Sunum Videosu*, <https://www.youtube.com/live/CtLbLFg2-D8?feature=shared>, dakika 53 vd. (E.T: 20.10.2023)

Battal, A. (1998). Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi. *YD*, 24(4), 645- 662.

Baycık, G. (2019). İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumları. Levent Akın (ed.), *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı 06 Nisan 2019/Bolu-Abant* içinde (16-24. ss.). Ankara: İntes Yayınları.

Benne, D. (1978). *Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung*. Köln.

Bertschinger, U. (2000). Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte Schliessen Anspruch der Gesellschaft aus. *SZW/RSDA*, 4, 197-200.

Bicaz, F. A. (2017). *Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. İstanbul: Legal.

Biggel, H. (1940). *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*. Zürich.

- Bilgili, F. (2004). *Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıklarının Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu*. Ankara: Seçkin.
- Bitter, G. (2010). Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1. *ZInso*, 13(35), 1505-1582.
- Bork, R. (1994). Zurechnung im Konzern. *ZGR*, 23(2), 237-265.
- Boyacıoğlu, C. (2006). *Konzern Kavramı*. Ankara: Nobel.
- Bozgeyik, H. ve Yavaşı, M. (2014). Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. *THD*, 9(100), 299-311.
- Böckli, P. ve Bühler, C. B. (2009). Der Staat als Faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft. Philippin/Gilliéron/Vulliemin/Michel (ed.), *Mélanges En L'honneur de François Dessemontet* içinde (17-41. ss.) Lausanne.
- Böckli, P. (2014). Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts. Rolf Sethe ve Peter R. Isler (ed.), *Verantwortlichkeit im Untemehmensrecht VII*, içinde (203-245.ss.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Böckli, P. (1993). Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, *SZW/RSDA*, 6, 261-279 (Verantwortlichkeitsrecht).
- Brass, M. (2001). *Der umgekehrte Haftungsdurchgriff im Deutschen und US-Amerikanischen Recht*. Frankfurt: Peter Lang.
- Bremm, G. (2016). *Die Problematik Einer Gesellschafterhaftung im Wege des Durchgriffs wegen Materieller Unterkapitalisierung*. Linz.
- Calise, F. (2006). *Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch auf andere juristische Personen als die GmbH anwendbar?*. Köln.

- Can, O. (2016). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Malvarlığı Haklarının Korunmasında Ticaret Şirketi Ortaklarının Başvurucu Sifatının Değerlendirilmesi ve Tüzel Kişilik Perdenin Kaldırılması Teorisi. *İNÜHFD*, 7(2), 71-82.
- Cataldo, B. F. (1953). Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations. *Law&Contemp.Prob*, 473-504.
- Cengiz, D. (2017). Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler. *MÜHFHAD*, 23(1), 371-440.
- Chammartin C. ve von der Crone, H. C. (2005). Der Déchargebeschluss. *SZW/RSDA*, 6, 329-338.
- Çamoğlu, E. (2016). Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması. *BATİDER*, 32(2), 5-17.
- Dâhnert, A. (2012). *Konvergenz der Konzernhaftung im englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Dauner-Lieb, B. (2008). Die Existenzvernichtungshaftung als Deliktische Innenhaftung Gemäß § 826 BGB Besprechung der Entscheidung BGH Dstr 2007, 1586 (TRIHOTEL). *ZGR*, 1, 34-48.
- Deilman, B. (1990). *Die Entstehung des qualifizierten faktischen Konzerns*. Berlin: Duncker.
- Doğan, B. F. (2011) *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, B. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Drobnig, U. (1959). *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. Frankfurt.
- Drygala, T., Staake, M. ve Szalai, S. (2011). *Kapitalgesellschaftsrecht mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*. Leipzig: Springer.

- Dural, M. (1998). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması). *Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu* içinde (97-107 ss.). Ankara 1998.
- Easterbrook, F. H. ve Fischel, D. R. (1985). Limited Liability and the Corporation. *UCLR*, 52(1), 89-117.
- Eminoğlu, C. ve Çakır, F. B. (2014), Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması. *GÜHFD*, 28(3-4), 277-297.
- Eminoğlu, C. (2022). *Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı*. Ankara: Adalet.
- Eminoğlu, C. (2018). 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* içinde (9-55. ss.). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.
- Eryiğit, H. (2020). Alacaklıların Korunmasına İlişkin Farklı Yöntemlerin Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi. *İMÜHFD*, 7(1), 215-237.
- Esen, E. (2012). *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, B. 2. İstanbul: Beta.
- Forstmoser, P. ve Jaag, T. (2000). Der Staat als Aktionär: Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Nicolas Druey ve Peter Forstmoser (ed.), *Schriften zum neuen Aktienrecht 15* içinde (15-92). Zürich: Schulthess Verlag.
- Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A. ve Nobel, P. (1996). *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stampfli Verlag.
- Forstmoser, P. (1982). Der Organbegriff im Aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, Forstmoser ve Schlupe (ed.), *Freiheit und*

Verantwortung im Recht, Festschrift Zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz içinde (125-150. ss.). Bern: Stämpfli Verlag.

Friedman, M. ve Savage, L.J. (1948). The Utility Analysis of Choices Involving Risk. *JPE*, 56, 279-304.

Frodermann, J. Ve Jannott, D. (2017). *Handbuch des Aktienrechts*, Aufl. 9. Heidelberg: C. F Müller.

Gao, X. (2001). *Vermögensvermischung als Haftungstatbestand im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Aachen: Shaker Verlag.

Gelb, H. (1982). Piercing the Corporate Veil-The Undercapitalization Factor. *CKLR*, 59 (1), 1-22.

Glanzmann, L. ve Wolf, M.(2019). Haftung Faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung. Thomas Sprecher (ed.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen* içinde (21-45. ss.). Zürich: Schulthess Verlag.

Glanzmann, L. (2014). Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der Finanziellen Krise des Unternehmens. Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (ed.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* içinde (247-286. ss.). Bern: Schulthess Verlag.

Gloger, C.(2007). *Haftungsbeschränkung versus Gläubigerschutz in der GmbH*. Berlin: Carl Heymanns.

Goette, W., Habersack, M. ve Kalss S. (2019). *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 1 §§ 1-75*, Aufl. 5. München: C.H. Beck.

Göger, Y. E. (2020). *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. Ankara: Yetkin.

Göktürk, K. (2022). *Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları*, B. 2. Ankara: Adalet.

- Gül, H. (2017). Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. *İBD*, 91(6), 203-215.
- Gültepe, İ. (2022). *Bağlı Şirketi Kayba Uğratma Suretiyle Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı*. Ankara: Seçkin.
- Güner, T. (2018). Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Gürel, M. (2022). Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu. İstanbul: Onikilevha (Taahhütler).
- Gürel, M. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarı'sında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Habersack, M. (2008). Trihotel- Das Ende der Debatte? Überlegungen zur Haftung für Schädigende Einflussnahme im Aktien- Und Gmbh-Recht. *ZGR*, 533-559.
- Hackney, W. P. ve Benson T. G. (1982). Shareholder Liability for Inadequate Capital. *UPLR*, 43(837), 838-879.
- Halmer, D. P. (2013). *Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff zur Rechtsökonomik beschränkter Haftung bei Unterkapitalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hansmann, H. ve Kraakman, R. (1991). Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts. *YLJ*, 100(7), 1879-1934.
- Hartmann, R. (1945). *Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft*. Bern.
- Hatemi, H. (1979). *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Heintzman, T. G. ve Kain, B. (2013). Through the Looking Glass: Recent Developments in Piercing the Corporate Veil. *BFLR*, 28(3), 525-548.

- Helvacı, M. (2001). *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, B. 2. İstanbul: Beta (Sorumluluk).
- Helvacı, M. (2009). Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi. *BATİDER*, 25(4), 229-251.
- Hermes, J. (2006). *Wunsch und Wirklichkeit der GmbH-Haftungsbeschränkung: Eine Rechtsstatsachenuntersuchung*. Baden-Baden: Nomos.
- Hillman, R. W. (1997). Limited Liability in Historical Perspective. *WLLR*, 54(2), 613-627.
- Hommelhoff, P. (2019). Konzernorganisation und Haftungsbeschränkung – zur Legitimität des faktischen Konzerns –. *ZGR*, 48(3), 379-411.
- Hölters, W.ve Weber, M. (2022). *Aktiengesetz, Kommentar*, Aufl. 4. München: C.H. Beck.
- Hüffer, U. ve Koch, J. (2021). *Aktiengesetz*, Aufl. 15. München: C.H. Beck.
- Imanalın, A. (2011). Rethinking Limited Liability. *CSLR*, 89- 99.
- Isler, P. R. ve Schott, B. G. (2014). Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für Nicht Minder-Konforme Vergütungen. Rolf Sethe ve Peter Isler (ed.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII* içinde (7-38. ss.). Zurich: Schulthess Verlag.
- Isler, Peter R. (2013). Die kreditgebende Bank-ein faktisches Organ des Schuldners?, Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber ve Roger Zäch (ed.), *Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag* içinde (287-301. ss.). Zürich: Schulthess Verlag.
- Isler, Peter R. (2008). Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen. Rolf H. Weber ve Peter Isler (ed.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV* içinde (87-115). Zurich: Schulthess Verlag. (Verantwortlichkeitsprozessen).

- İzmirli, Y. (2001). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.
- Kaplan, İ. (2009). Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları. *BATİDER*, 25(4), 37-46.
- Karasu, R. (2015). *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, B. 2. Ankara: Yetkin.
- Kaşak, F. E. (2020). Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. *MÜHFHAD*, 26(2), 1242-1263.
- Kaya, B. (2022). Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri. *HÜHFD*, Özel Sayı, 482-493.
- Kehl, D. (1991). *Der sogenannte Durchgriff*. Zürich.
- Kendigelen, A. (2012). Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. Abuzer Kendigelen (ed.). *Hukuki Mütalaalar içinde* (27-35. ss.). İstanbul: Onikilevha.
- Kervankıran, E. (2007). Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması. *ErzÜHFD*, 11(3-4), 453-472.
- Kesik Canbulut, B. (2023). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması. *LHD*, 18(212), 3703-3715.
- Khimji, M. F. ve Nicholls, C. C. (2015). Piercing the Corporate Veil in the Canadian Common Law Courts: An Empirical Study. *Queen's L*, 41(1), 207-254.
- Kırca, İ., Şehirali Çelik, F. H. ve Manavgat, Ç. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku*, C. I. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.
- Kırca, İ. (2004). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu. *BATİDER*, 22(3), 85-96.
- Kırca, İ. (2012). Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği. *BATİDER*, 28(2), 51-59.

- Klappstein, V. (2013). Directors' Duties and Liability in Germany, in: Annex to Study On Directors' Duties and Liability, Prepared for the European Commission DG Markt by Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster, LSE, 2013, http://Ec.Europa.Eu/Internal_Market/Company/Docs/Board/2013-Study-Reports_En.Pdf. (E.T: 11.09.2023).
- Kleinertz, K. (1967). *Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH-Zugleich ein Beitrag zur Missbrauchslehre und zur Durchgriffshaftung*, Köln.
- Klopfer, R. (2016). Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation für Verantwortlichkeitsklagen in Konzernverhältnissen. Peter R. Isler ve Rolf Sethe (ed.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII içinde* (7-32. ss.). Zurich: Schulthess Verlag.
- Koçaşlan, G. (2011). *Risk Altında Karar Almada Neoklasik ve Alternatif Yaklaşımlar: Kayıplar Alanında Risk Tavrılarına İlişkin Davranışsal Bir Araştırma*. İstanbul.
- Kuhn, G. (1979). Haftan die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?. Marcus Lutter, Walter Stimpel ve Herbert Wiedemann (ed.), *Festschrift für Robert Fischer içinde* (351-364). De Gruyter.
- Kunz, P. V. (2014). Materielle Organschaft (Faktische VR): Voraussetzung Sowie Folgen im Aktienrecht. Peter V. Kunz, Florian S. Jörg ve Oliver Arter (ed.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX içinde* (174-194. ss.). Bern: Stämpfli Verlag.
- Kuş, U. B. (2020). *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. Ankara: Seçkin.
- Küçük, D. (2019). Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları. *AnBD*, 1, 289-360.
- Kütükçü, D. (2009). Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması. *BÜHFKHD*, 63, 105-126.

- Lehmann, M. (2009). Das Privileg der Beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht. *ZGR*, 15(3), 345-371.
- Lieder, J. ve Bialluch, M. (2019). Differenzhaftung und Existenzvernichtungshaftung bei Verschmelzung – Zugleich Besprechung von BGH v. 6.11.2018 – II ZR 199/17. *ZGR*, 760-779.
- Macey, J. R. (1995). The Limited Liability Company: Lessons for Corporate Law. *WULR*, 73(2), 433- 454.
- Maizes, R. (1996). Limited Liability Companies: A Critique. *JLR*, 70(3), 575-608.
- Matschernus, G. (2007). *Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH*. Baden Baden: Nomos.
- Metzler, L. ve Schmuki, M. (2004). Die Aktionärserschaft des VR-Mitglieds - Zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis. *AJP*, 169-174.
- Metzler, L. ve Schmuki, M. (2001). Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat Einer Aktiengesellschaft. *AJP*, 945-948 (Déchargeerteilung).
- Meyer, J. (2000). *Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften*. Heidelberg: Springer (Haftungsbeschränkung).
- Meyer, J. (2017). *Wirtschaftsprivatrecht Eine Einführung*, Aufl. 8. Heidelberg: Springer.
- Michael, D. C. (2000). To Know a Veil. *JCL*, 41-62.
- Millon, D. K. (2007). Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability. *ELJ*, 56(5), 1305-1382.
- Moeremans, D. (1989). *Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschem und Argentinischem Recht*. Münster.

- Monsch, M. ve von der Crone, H. C. (2012). Durchgriff und wirtschaftliche Einheit Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013. *SZW/RSDA*, 2013, 445-457.
- Muchlinski, P. (2010). Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?. *CJE*, 34, 915–928.
- Mülberr, P. O. ve Wilhelm A. (2014). Existenzvernichtungshaftung-Gesellschafterhaftung Für Gläubigerschädigende Einwirkungen auf die Gesellschaft. Kemal Şenocak, Mathias Rohe, M.A., Ali Yarayan, Başar Ay (ed.), *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları 15 –16 Mayıs 2014 içinde* (185-216. ss.).
- Mühlens, J. (2006). *Der Sogenannte Haftungsdurchgriff im Deutschen und Englischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Müller-Freifels, W. (1957). Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht. *AcP*, 6(156), 522-543.
- Nannt, S. (2008). Der Existenzvernichtende Eingriff des GmbH-Gesellschafters. *StudZR*, 2, 211-234.
- Neher, F. (2011). *Innengesellschaftliche Haftung für die Verletzung von Sorgfaltspflichten und Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften*. Baden-Baden: Nomos.
- Okutan N. G. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*. İstanbul: Onikilevha.
- Özkan, A. (2020). İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi. *ÇÜHFD*, 5(1), 2493-2522.
- Özkurt, A. (2008). *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. İstanbul: Onikilevha.

- Özsu, G. (2021). Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet.
- Öztan, B. (1970). *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Öztek, S. ve Memiş, T. (2008). Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (195-1216. ss.). İstanbul.
- Pehlivan, S. (2018). İngiltere ve ABD Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. *İBD*, 92(2), 210-232.
- Peterson, C. W. (2017). Piercing the Corporate Veil by Tort Creditors. *JBTL*, 13(4), 63-95.
- Plüss, A. (2002). Haftung aus faktischer Organschaft – Risiken von Aktionärspools, Beiräten und Steuerungsausschüssen. *IWIR*, 1, 25-28.
- Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2021). *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Tekinalp, G. (1982). Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu. *Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan* içinde (347-398. ss.). İstanbul.
- Pulaşlı, H. (2018). Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler. *BATİDER*, 34(2), 5-19 (Sermayesiz Sermaye Şirketi).
- Pulaşlı, H. (2022). *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, B. 4. Ankara: Adalet (Şerh).
- Pulaşlı, H. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu. Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan

Seçkin Ozanoğlu, Süleyman Yılmaz (ed.), *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* içinde (571-590. ss.). Ankara: Seçkin.

Rehbinder, E (1969). *Kornzenaußenrecht und allgemeines Privatrecht*. Gehlen.

Roth, G. H. (2009). Zur Economic Analysis der beschränkten Haftung. *ZGR*, 15(3) 371-382.

Röck, S. (2011). *Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung Indisponibilität - Gläubigerbezug – Schadensberechnung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Röhrich, V. (2000). Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz. Canaris, Claus-Wilhelm (ed.), *Festschrift zum 50 jährigen Bestehen des BGH* içinde (83-122. ss.). München: Verlag C.H. Beck.

Sağlam, İ. (2008). Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (153-161. ss.). İstanbul.

Schall, A. (2014). Durchgriffshaftung im Aktienrecht –Haften Aktionäre für Existenzvernichtende Eingriffe, Qualifiziert Faktische Konzernierung oder Materielle Unterkapitalisierung?. Mathias Habersack, Karl Huber ve Gerald Spindler (ed.), *Festschrift für Eberhard Stitz zum 65. Geburtstag* içinde (537-555. ss.). München: Verlag C.H. Beck. (Durchgriffshaftung).

Schall, A. (2009). *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Glaubigerschutz*. München: Verlag C.H. Beck (Glaubigerschutz).

Schall, A. (2016). The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK. *ECFLR*, 13(4), 549-574 (Piercing The Corporate Veil).

Schanze, E. (1975). *Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung*. Frankfurt am Main: Metzner Verlag.

- Schiessl, M. (1986). The Liability of Corporations and Shareholders for the Capitalization and Obligations of Subsidiaries under German Law. *NJILB*, 7(3), 480-506.
- Schmidt, K. Ve Lutter, M. (2020). *Aktiengesetz, Kommentar*, Aufl. 4. Köln: Otto Schimiedt.
- Serick, R. (1955). *Rechtsform und Realitat juristischer Personen*. Berlin: W. de Gruyter.
- Serozan, R. (1990). *Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Seven, V. ve Göksoy, C. (2006). Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bir Kararın Değerlendirilmesi. *İBD*, 80(6), 2455-2470.
- Siebert, W. (1954). Einmann-GmbH und Strohmann-Gründung. *BB*, s. 417 vd.
- Smith, D. G. (2008). Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries. *BYLUR*, 2008(4), 1169- 1210.
- Speranzin, M. (2008). Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law, Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (163-172. ss.). İstanbul.
- Staudinger, A. (2008). Haftung des Gesellschafters wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs - Aktuelle sach- und kollisionsrechtliche Zweifelsfragen. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (317-349. ss.). İstanbul.
- Şahin, A. (2022). Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması. *LHD*, 20(233), 1603-1662.
- Şener, O. H. (2017). *Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Şenocak, K. ve Türkmen, E. (2023). *Şirketler Hukuku Şerhi*. Ankara: Seçkin.

- Tan, C.H., W. J. ve H. C. (2019). Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives. *BBLJ*, 16(1), 140-203.
- Tekinalp, G. ve Tekinalp, Ü. (1995). Perdeyi Kaldırma Teorisi. *Reha Poroy'a Armağan* içinde (387-404. ss.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi.
- Tekinalp, Ü.(2011). *Tek Kişilik Ortaklık I-Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık*. İstanbul: Vedat Kitapçılık (Tek Kişilik Ortaklık).
- Tekinalp, Ü. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi. Yasemin Güllüoğlu Altun (ed.), *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan Cilt II* içinde (1543-1556. ss.). İstanbul: Onikilevha (Kontrol İlkesi).
- Teubner, G. (1990). Die Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung Pladoyer für einen Sektoralen Konzerndurchgrif. Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt ve K. Peter Mailänder (ed.), *Festschrift für Ernst Steindorff* içinde (261-279. ss.). Berlin: De Gruyter.
- Thompson, R. B. (1995). Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *CLR*, 76(5), 1036-1074.
- Topaloğlu, M. (2010). Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt II* içinde (2083-2103. ss.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Torggler, U. (2006). Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff. *JBI*, 2, 85 vd.
- Tosun, Z. N. (2015). Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması. *THD*, 10(105), 89-103.
- Trautmann, T. N. (2020). *Die Legitimation der Beschränkten Haftung im Konzern*. Baden-Baden: Nomos.
- Türk, A. (2016). Sermaye Ortaklıklarında Öz Kaynakların Yerini Tutan Ödünçler Kurumuna İhtiyaç Olup Olmadığı Sorunu (Alman Hukukundaki Yasal

Düzenleme ve İsviçre Hukuku Çerçevesinde Değerlendirme ve Yasal Düzenleme Önerisi). *BATİDER*, 32(2), 99-145.

Ulucan, D. (2016). İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. *İÜHFMD*, 74, 753-760.

Ulusoy, E.(2010). Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor. *İNÜHFD*, 1(1), 68-85.

Ulusoy, E. (2008). Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (351-405. ss.). İstanbul. (Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması).

Uyar, T. (2016). Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi. *ABD*, 2, 343-403.

Uyanık, N. K. (2023). *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ*. Ankara: Seçkin.

Vandekerckhove, K. (2007). *Piercing the Corporate Veil*. Kluwer Law International.

von Greyerz, C. (1984). Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht. *ZBJV*, 120, 441-446.

Wachter, T. (2014). *AktG Kommentar zum Aktiengesetz*, Aufl. 2. Köln: RWS Verlag.

Wahl, A. (2005). *Die Haftung der GmbH-Gesellschafter Wegen Existenzvernichtung - Verletzung der Vermögensbindung in der GmbH* –. Frankfurt: Peter Lang.

Watter, R. ve Dubs, D. (2001). Der Dechargebeschluss. *AJP/PJA*, 8, 908-923.

Watter, R. ve Pellanda, K. R. (2006). Die Richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Rolf H. Weber (ed.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III* içinde (47-95. ss.). Zürich: Schulthess Verlag.

- Wede, M. (2016). *Die Pflicht zur Verlustübernahme im GmbH Vertragskonzern - Erforderlichkeit und Rechtfertigung einer Analogie von § 302 AktG im GmbH-Recht* –. Bremen.
- Weller, M. P. (2007). Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung Durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, Zugleich Besprechung BGH V. 16.7.2007 - II ZR 3/04 ZIP 2007, 1552 (Trihotel). *ZIP*, 36, 1681-1689.
- Wilhelm, A. (2020). Grundsätze der Haftung Dritter im Recht der Gesellschafterdarlehen. *ZIP*, 221-222.
- Wilhelm, J. (1981). *Rechtsform und Haftung bei derjuristischen Person*. Berlin: Heymann.
- Wimmer-Leonhardt, S. (2004). *Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Yalçın, T.(2008). Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (277-315. ss.). İstanbul.
- Yanlı, V. (2000). *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*. İstanbul: Beta.
- Yasaman, H. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü. *BATİDER*, 25(4), 71-94.
- Yasan, M. (2023). Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği ve Yeterliliğinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu, Şirketler Hukuku I. Oturumu Sunum Videosu*, <https://www.youtube.com/live/RnM3ax2ginY?feature=share>, dakika 21 vd. (E.T: 20.10.2023)

- Yavaş, M. (2008). İcra İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması. *THD*, 24, 17-46.
- Yıldırım, K.(2008). Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarında Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlanan Enstrümanlar. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (173-194. ss.). İstanbul.
- Yılmaz, G. (2021). Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması. *TFM*, 7(2) 351-363 (Yılmaz G.).
- Yılmaz, L. (2008). Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (233-259. ss.). İstanbul. (Yılmaz L.).
- Yurdakul, B. A. (2023). *Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. Ankara: Seçkin.
- Yüksel, K. (2008). Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması. Erol Ulusoy (ed.) *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 2 Şubat 2008* içinde (261-276. ss.). İstanbul.
- Ziemons, H. (1996). *Die Haftung der Gesellschafter für Einflusnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH*. Berlin.



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 14/11/2023

Tez Başlığı: SERMAYE ŞİRKETLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 206 sayfalık kısmına ilişkin, 13/11/2023 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 12'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- Kaynakça hariç
- Alıntılar hariç
- Alıntılar dâhil
- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

14/11/2023

Adı Soyadı: TEMEL GÜNER

Öğrenci No: N18246144

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)

Programı: ÖZEL HUKUK

Statüsü: Doktora Bütünleşik Dr.

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

Prof. Dr. RAUF KARASU

(Unvan, Ad Soyad, İmza)



**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
Ph.D. DISSERTATION ORIGINALITY REPORT**

**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT**

Date: 14/11/2023

Thesis Title: PIERCING THE CORPORATE VEIL IN STOCK CORPORATIONS

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 13/11/2023 for the total of 206 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 12 %.

Filtering options applied:

- Approval and Declaration sections excluded
- Bibliography/Works Cited excluded
- Quotes excluded
- Quotes included
- Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

14/11/2023

Name Surname: TEMEL GÜNER

Student No: N18246144

Department: PRIVATE LAW (COMMERCIAL LAW)

Program: PRIVATE LAW

Status: Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISOR APPROVAL

APPROVED.

Prof. Dr. RAUF KARASU

(Title, Name Surname, Signature)



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 14/11/2023

Tez Başlığı: SERMAYE ŞİRKETLERİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

14/11/2023

Adı Soyadı: TEMEL GÜNER

Öğrenci No: N18246144

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)

Statüsü: Yüksek Lisans Doktora Bütünleşik Doktora

DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

Prof. Dr. RAUF KARASU

(Unvan, Ad Soyad, İmza)

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr



**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
ETHICS COMMISSION FORM FOR THESIS**

**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT**

Date: 14/11/2023

Thesis Title: PIERCING THE CORPORATE VEIL IN STOCK CORPORATIONS

My thesis work related to the title above:

1. Does not perform experimentation on animals or people.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not based on observational and descriptive research (survey, interview, measures/scales, data scanning, system-model development).

I declare, I have carefully read Hacettepe University's Ethics Regulations and the Commission's Guidelines, and in order to proceed with my thesis according to these regulations I do not have to get permission from the Ethics Board/Commission for anything; in any infringement of the regulations I accept all legal responsibility and I declare that all the information I have provided is true.

I respectfully submit this for approval.

14/11/2023

Name Surname: TEMEL GÜNER
Student No: N18246144
Department: PRIVATE LAW
Program: PRIVATE LAW (COMMERCIAL LAW)
Status: MA Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISER COMMENTS AND APPROVAL

Prof. Dr. RAUF KARASU

(Title, Name Surname, Signature)