

Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK – Doç. Dr. Tekin MEMİŞ
(Kadir Has Üniversitesi)

Bir tüzel kişinin borcu için bir başka tüzel kişinin ya da gerçek kişinin sorumlu tutulması aslında kural olarak Türk sorumluluk hukukunun, şirketler hukukunun ve icra iflas hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Nitekim, Türk özel hukukunda, bir alacaklının borçlu dışındaki üçüncü kişileri takip etmesine imkan veren açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Fakat, öyle haller olabilir ki, şirket ile ortak arasındaki ayırımın muhafaza edilmesi ya da bir şirket ile diğer bir şirketin ya da gerçek kişinin birbirinden ayrı varlıklar olduğunun katı bir şekilde kabul edilmesi hakkaniyetle ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayabilir.

İşte, bu gibi durumlarda çare olarak uygulanabilecek ne gibi yöntemlerin geliştirildiğini incelemek gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, incelemizde pozitif hukukumuzda mevcut yasal hükümlerden (örneğin BK m.41 vd., m. 55, m. 100 ve m. 410 vd., TTK m. 321 ve m. 336) hakim ortağın sorumluluğunun gündeme getirilmesinde yararlanılabiliyor yararlanılamayacağına ve yararlanılabilecekse ne ölçüde ve ne şekilde yararlanılabileceğine değinilmeyecek; bu hükümlerin dışında kalıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen arayışlar üzerinde durulacaktır.

I- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Anonim şirketler hukukunda geçerli olan ve şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının şirket ortaklarının malvarlıklarından ayrı olmasını ifade eden sınır-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

lı sorumluluk ilkesinin, ekonomik hayatta girişimciler için serbest bir hareket alanı sağladığı bugün herkes tarafından kabul edilen bir olgudur. Nitekim Batı hukuk düzenlerinde bütün kanun koyucular sermayenin etkili bir şekilde bir araya getirilmesini ve hisselerin el değiştirebilmesini sağlamış; buna karşılık tüzel kişinin malvarlığı ile ortakların malvarlıklarının kanunen birbirinden ayrı olduklarını kabul etmişlerdir. Bunun nedeni; girişimcilerin, sınırlı sorumluluk prensibi olmadan ticari faaliyetlere atılarak yatırım yapmalarının ve taahhütler yüklenmelerinin pek mümkün olmadığına anlaşılmış olmasıdır.

Ancak, diğer taraftan, bu durumun alacaklılar için potansiyel bir tehlike oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir. Zira, tüzel kişiliği haiz bir ortaklıkta “sınırlı sorumluluk ilkesi” ile “kişiliklerin ayrılığı ilkesi”nin bilinçli ve sistemli olarak alacaklılara zarar verecek şekilde kötüye kullanılması uygulamada ortaya çıkan durumlardan biridir. Bu gibi durumlarda alacaklıların haklarını korumak için Anglo-Sakson ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde “**Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması Teorisi**” (Durchgriffshaftung veya th orie de la transparence) geliştirilmiş ve tüzel kişiliğin arkasına sığınarak tüzel kişiliği kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkanı doğmuştur. Böylece, alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan bir sermaye ortaklığının borçlarından dolayı o ortaklığın ortaklarına da müracaat imkanı sağlanmış olmaktadır. Bu gibi durumlarda ortakların sorumluluğu adeta sınırsızdır¹.

Bu teorinin en önemli özelliği; tüzel kişi ortaklığın borçlarından dolayı onun ortaklarının sorumlu tutulmasını mümkün kılmak olduğu kadar, şirket ortaklarının borçlarından dolayı bizzat tüzel kişinin sorumlu tutulmasını da imkan dahiline sokmasıdır².

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, sermaye ortaklıklarında **sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir**. Zira, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla, tüzel kişi ile ortakları arasındaki ayırım ilkesi alacaklılar lehine görmezden gelinmekte, ihmal edilmektedir. Buna göre, “tüzel kişilik perdesi” kaldırılarak “sınırlı sorumluluk kalkanı” bir kenara itilmekte ve ortaklığın borçlarından dolayı ortakların şahsen sorumlu olmalarının yolu açılmaktadır.

¹ Bkz. **Tekinalp, G/Tekinalp, Ü.**, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 387 vd.; **Seven, V./Göksoy, C.**, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İBD, 1986, Sayı 6, s. 2458.

² **Yanlı, V.**, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 1.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, haklara ve mallara el koymanın sadece ve sadece borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanabileceği yolundaki icra iflas hukuku kuralının da ihmal edilmesi anlamına gelmektedir.

1. Karşılaştırmalı Hukukta Perdenin Kaldırılması Teorisi ve Uygulama

a. Alman Hukukunda

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düşüncesi ilk olarak Anglô Amerikan hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu teori daha sonra Kara Avrupası hukukunda da önemli bir uygulama alanına kavuşmuştur. Almanya’da perdeyi kaldırma teorisi ve bu teorinin uygulanma şartları, 1920’li yıllardan itibaren tartışılmış ve yüksek mahkeme kararlarına konu olmuştur. Alman İmparatorluk Mahkemesine göre, **“hayatın gerçekleri, ekonomik ihtiyaçlar ve olayların tabiatı”** gerektiriyorsa, tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir³. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra tüzel kişilik perdesini kaldırma tartışmaları Alman doktrininde mukayeseli hukuk çalışmaları ile daha da geliştirilerek sistematik hale getirilmiştir.

Alman hukuk doktrininde perdenin kaldırılması teorisinin dayanağı olarak genellikle dürüstlük kuralı gösterilmekte ve bu teori, kötüye kullanma teorisinin bir başka görüntüsü olarak da nitelendirilebilmektedir. Buna göre, teori; **“tüzel kişilik yapısının kullanılmasının hukuk düzenine aykırı düşüğü ve özellikle kötüye kullanıldığı ya da şirket ile ortaklar arasındaki ayrılığa dayanmanın dürüstlük kuralına aykırı düşüğü”** hallerde uygulanabilecektir. Bu haller “hukuki bağımsızlığın kötüye kullanılması”, “yaratılmış bağımsızlık görüntüsü”, “bağımlı olma ilişkisinin kötüye kullanılması” gibi terimlerle ifade edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, perde kaldırılarak ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için, tüzel kişilik yapısı, tartışmaya yer vermeyecek şekilde kötüye kullanılmış olmalıdır⁴.

Alman hukuk doktrininde perdenin kaldırılması teorisinin dayanağı olarak kullanılan bir başka argüman “normların amacı”dır. Bu görüşe göre, aslında perdenin kaldırılmasının tüzel kişiliğin kötüye kullanılıp kullanılmadığı ile ilgisi bulunmamaktadır; perdenin kaldırılması için, her olayda normun kanuni kapsamı ve o normun koruduğu çıkarlar belirleyici olmalıdır. Şu halde, her olayda önce normun koruduğu çıkar tespit edilecek, daha sonra tüzel

³ RGZ 99, s. 232 vd.

⁴ Bkz. **Serick, R.**, Rechtsform und Realitaet Juristischer Person, 2. Auflage, Tübingen, 1955, s. 24 vd.

kişilik perdesinin kaldırılmasının ve hakim ortağın malvarlığına müracaat edilmesinin zorunlu olup olmadığına bakılacaktır⁵.

Uzlaştırıcı görüşe göre ise, tüzel kişiliğin kendine özgü kurumsal bir değeri bulunmakla birlikte bu değer üçüncü kişilerle ilişkilerde özel hukuka tabidir⁶.

Alman yargı uygulamasında ve hukuk öğretisinde perdenin kaldırılması teorisi sıkça işlenmiş ve çok sayıda karara konu teşkil etmiştir⁷.

b. ABD Hukukunda

ABD hukukunda, perdeyi kaldırma teorisini ortaya koyan mahkeme kararlarında teoriyi açıklamak için birbirinden farklı birçok kavrama yer verilmele birlikte, emsal karar niteliğini taşıyan Bartle v. Home Owners Cooperative (N.Y. 1955) kararı, ABD hukuk öğretisinin temellerini yansıtmaktadır. Bu karara göre perdeyi kaldırma teorisi "**aldatıcı davranışı önlemek veya hakkaniyeti sağlamak**" amacına yönelmiştir⁸.

c. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda, genellikle, perdeyi kaldırma teorisinin dayanağını İsv. MK. m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralının oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bir tüzel kişilik, ortakları ya da yöneticileri tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek şekilde kullanılırsa, tüzel kişiliğin ayrı bir hukuki varlık olduğu ve bu nedenle o tüzel kişinin ortaklarının ya da yöneticilerin malvarlığına başvurulamayacağı savunması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir⁹. İsviçre yargısında konu ile ilgili olup hukuki gerçek yerine ekonomik gerçeği dikkate alan çok sayıda karara rastlamak mümkündür¹⁰. Yalnız, bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre doktrini perdenin kaldırılması teorisinin hukuki dayanağı ko-

⁵ Müller-Ferienstels, W., Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Person im Privatrecht, AcP 1975, s. 522.

⁶ Rehbinder, E., Konzernaussehenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Hamburg 1969, s. 96.

⁷ Bu örnekler için bkz. Spindler, Beck'scher Online-Kommentar, München 01.06.2007, Edition: 7, (Hrsg: Bamberger/Roth), Rn. 55-60.

⁸ Seven, V./Göksoy, C., s. 2461.

⁹ Meiyer-Hayoz, A./Forstmoser, P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2004, § 2, n. 34; Bolt, M., La protection des créanciers sociaux contre les conséquences de la domination, Lausanne 1988, sh. 90 vd.

¹⁰ Bu örnekler için bkz. Seven, V./Göksoy, C., s. 2462 vd.

nusunda bazı tereddütler de yaşamaktadır. İsv. MK m. 2’de ifadesini bulan dürüstlük kuralı genellikle teorinin dayanağı olarak kabul edilmekte ise de, kamu düzeni, normun yorumlanması, ahlaka aykırılık, verilen bilgi veya beyandan kaynaklanan sorumluluk gibi dayanaklar da doktrinde rastlanan çeşitli cazibe noktalarıdır¹¹.

İsviçre’de perdenin kaldırılması teorisinin daha ziyade tek kişi ortaklıklarında uygulandığı görülmektedir. Nitekim, bu teorinin uygulanmasının kabul edildiği birçok kararda, şirketin hisselerinin tamamen veya büyük oranda hakim ortağa ait olduğu müşahade edilmektedir. Bu bağlamda İsviçreli yazarlar perdenin kaldırılmasının üç şekilde gerçekleşebileceğine işaret etmektedirler¹². Birinci hal, borçlu şirkete ilave olarak (onun yanında) hakim ortağın da sorumlu tutulmasının gerekmesidir (perdenin doğrudan kaldırılması)¹³. İkinci hal, borçlu hakim ortağa ilave olarak (onun yanında) şirketin sorumluluğunun kabul edilmesidir (perdenin ters çevrilmiş kaldırılması). Bu durumda, örneğin borçlu hakim ortak şirketteki hisselerini hileli olarak alacaklılarından kaçırırsa, şirkete ait bir gayrimenkul bu hakim ortağın borcu için alacaklılar lehine haczedilebilecektir¹⁴. Nihayet son ihtimalde, borçlu şirkete ilave olarak (onun yanında), (aynı ana şirkete bağlı) bir kardeş şirketin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir¹⁵ (perdenin yatay kaldırılması)¹⁶.

Fakat, uygulamada durum her zaman bu kadar net olmayabilir. Gerçekten de, özellikle şirketler gruplarında ana şirketin yavru şirketin sermayesine tam olarak iştirak etmesi nadirdir. Bu gibi durumlarda yavru şirket hiç kuşkusuz “tek bir merkez” tarafından “kontrol” edilmektedir, ama hisseleri çapraşık bir ilişkiler zinciri içinde değişik gerçek veya tüzel kişilerin elindedir. Onun için İsviçre’de bu olguya dikkat çekilerek, perdenin kaldırılması teorisi gibi kaypak bir kavramın kabulünün bir şirketi “kontrol eden” her ortağın otomatik olarak o şirketin borçlarından sorumlu tutulmasına götüreceği, oysa İsviçre Medeni Kanununun 2.maddesinin bir hakkın “açıkça” kötüye kullanılmasını yasakladığı, sadece düzgün olmayan veya sadece anormal olan bir davranışı hedef almadığı belirtilmektedir¹⁷.

¹¹ **Rehbinder, E.**, s.100; Bolt, M., sh.90.

¹² **Ruedin, R.**, Droit des sociétés, Berne 2007, s.142 ve 143.

¹³ Örnek için bkz. JdT 1956 I.491.

¹⁴ ATF 102 III.165.

¹⁵ ATF 116 Ib.331.

¹⁶ Fransızca “levée latérale du voile” olarak ifade edilen bu hal, Almanca eserlerde “Quer-durchgriff” olarak adlandırılmaktadır.

¹⁷ **Bolt, M.**, s. 96.

d. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda perdenin kaldırılması, tüzel kişiliğin ortaklar tarafından kötüye kullanılması ve özellikle ortakların şirketi para toplamak ve servetlerini artırıcı eylemlere alet etmek suretiyle onun ödeme gücünü zayıflatmaları hallerinde kabul edilmektedir. Ayrıca ortaklar, şirketten, şirketin aktifini azaltacak şekilde borç almaları veya şirketin aktifinin yetersizleşmesine karşın şirketi tasfiye etmemeleri ya da şirketin sermayesini artırmamaları hallerinde de sorumlu tutulabilmektedirler. Ortakların sorumluluğuna gidilen bir başka durum da, şirketin ortağının şirkete borç vermesi halidir. Böylece, şirketin aslında tasfiye olması gerekirken borçlanmasına imkan verilerek tüzel kişiliğinin devamının sağlanması ve bu yolla şirket alacaklılarının alacaklarının tehlikeye düşürülmesi önlenmek istenmektedir. Bu durumda şirket ortağı, şirketten olan alacağını, ancak diğer alacaklılar alacaklarını aldıktan sonra şirket tüzel kişiliğinden talep edebilmektedir¹⁸. İngiliz mahkemelerinin perdenin kaldırılması konusunda vermiş oldukları çok sayıda karar vardır⁹.

e. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda da alacaklının borçluyu aşır bir başka tüzel kişiyi sorumlu tutabilmesini sağlamak için genellikle “tüzel kişiliğin kötüye kullanılması (abus de la personnalité morale)” kavramı kullanılmaktadır. Bu çerçevede şu hususa değinmek gerekir ki, Fransız pozitif hukukunda tüzel kişiliğin, şirketi hukuken veya fiilen yöneten kişi tarafından kötüye kullanıldığı hallerde, bu yöneticinin, tacir olmasa bile, şahsi iflasının istenebileceği de kabul edilmektedir (art L 651-2 vd.)²⁰. Bu hallere bazı örnekler vermek gerekirse; tüzel kişinin malvarlığı üzerinde kendi malvarlığı imiş gibi tasarrufta bulunmak, davranışlarını maskeleyen tüzel kişilik örtüsü altında kişisel yararları için ticari işlemler yapmak, kişisel amaçlarla veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak iştirak ettiği bir başka tüzel kişiyi kayırmak için tüzel kişinin mallarını veya kredisini onun menfaatlerine aykırı olacak şekilde kullanmak gibi haller gösterilebilir. Hemen belirtelim ki, örnek kabilinden verdiğimiz bu gibi durumlarda (hukuki veya fiili) yönetici ayrıca tüzel kişinin borçlarından da sorumlu tutulabilecektir (action en responsabilité pour insuffisance d’actif, obligation aux dettes sociales).

¹⁸ Heinz, Die englische Limited, 2. Auflage München 2006, Rn. 1-4.

¹⁹ Bkz. Heinz, Rn. 5-7.

²⁰ Seven, V./Göksoy, C., s. 2463; Öztekin, S., La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding, Etude de droit français avec référence au droit suisse et au droit turc, Lausanne 1982; Saint-Alary Houin, C., Droit des entreprises en difficulté, 5 ème éd., Paris 2006, s. 758 no. 1286 vd.

Bu bağlamda Fransız hukukunun "fiili yönetici"den ne anladığına değinmek gerekirse, şirketin yönetimine olumlu ve bağımsız bir şekilde müdahale eden herkes, fiilen yönetici olarak kabul edilebilir. Örneğin, şirket adına sözleşme akdedip imzalayan ortak; yavru şirketi ve onun yöneticilerini kontrol eden ana şirket; şirketin yönetimine müdahale eden bir teknik danışman; istifa etmiş olmakla birlikte şirketin yönetimine aktif olarak katılmaya devam eden eski yönetici; hukuken yönetici olarak görünen kimsenin, yönetici gibi hareket eden ve kambiyo senedi keşide eden kocası; sermayeye iştiraki üçüncü kişiler tarafından haklı olarak çok ciddi bir finansal kontrol garantisi olarak algılanan ve böylece onlarda bir güven duygusu yaratan bir banka, mahkeme kararlarıyla fiilen yönetici olarak kabul edilmiştir²¹.

2. Türk Hukukunda Perdenin Kaldırılması Teorisi ve Uygulama

Hemen işaret etmek gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı sadece ticaret hukuku alanında kullanılan bir kavram değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı, kamu hukuku ve özel hukukun çeşitli dallarında ortaya çıkabilmektedir. Bu kavram, özellikle vergi hukuku alanında sık sık başvurulan bir kavramdır. Kanunun tüzel kişi yanında onun ortaklarına da başvurulmasını düzenlediği hallere örnek olarak, limited ortaklıkların ortaklarının o limited ortaklığın amme borçlarından dolayı sorumluluğunu öngören AATUHK. 35. maddesi ve kollektif ortaklıklarla ilgili TTK m. 178-182 gösterilebilir. TTK m. 179 I'de, kollektif ortaklıklarda ortaklığın borçlarından birinci derecede ortaklığın kendisinin sorumlu olacağı belirtildikten sonra, ortakların hangi hallerde ortaklık ile beraber sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. TTK m. 180 ise alacaklıların ortaklık aleyhine almış oldukları bir mahkeme ilamına dayanarak ortakları da takip edebilme imkanını düzenlemektedir. Öğretide bazı yazarlar bu hükümlerin perdenin kaldırılması uygulamasına örnek teşkil ettiği görüşündedir. Ancak, bu sayılan hallerde, aslında, gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsetmek kanaatimizce doğru değildir. Zira zaten bu hallerde kanun koyucu, ortağın sorumluluğunu açık bir kanun hükmü ile düzenlemiş, tüzel kişiliğin varlığının buna engel teşkil etmediğini sarahaten belirtmiştir.

Türk hukukunda perdenin kaldırılması teorisi, uzun zaman açıkça ve ismen zikredilmemekle birlikte, özellikle vergi davalarında uygulanmıştır. Bu kararlardan birinde Danıştay, "**mücerret hukuki durumun değil, fiili durumun esas alınması**" gerektiğini vurgulayarak perdenin kaldırılması teorisini uygulamıştır (bkz. Danıştay 4. D. E. 1961/4471, K. 1962/644).

²¹ Bkz. Saint Alary Hotin, C., s. 739-740 no. 1257.

Özel hukuk alanında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, mukayeseli hukuka atıf yapılarak perdenin kaldırılması teorisinden bahsedilmiştir: "...batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere (Almanca druglift²², İngilizce the lift of weil) perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir..." (HGK. 22.09.2004, E. 2004/4-360, K. 2004/431).

Yargıtay daha yeni bir başka kararında perdenin kaldırılması teorisinden bahsetmiş, ancak somut olayda şartların oluşmadığı sonuca varmıştır (19. HD., 07.04.2005, E. 2004/9514, K. 2005/3750): "...Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davalı Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş.'nin daha önce iflas ettiği, makinanın davacı tarafından Ahmet Aydın'ın ortak olduğu İnfex firmasına sattığı, satış konusu makinanın Falez İplik A.Ş.'ne teslim edildiği, makinayı teslim alan Falez İplik A.Ş.'nin satış bedellerinden sorumlu olduğu, Depo emrinde gösterilen meblağın bu davalı tarafından ödenmediği, diğer davalılar yönünden tüzel kişilik perdesinin aralanması talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle Falez İplik A.Ş.'nin iflasına, Örsa Tekstil A.Ş. ve Örsa Holding A.Ş. daha önce iflas ettiğinden iflas talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına, diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı ve TMSF tarafından temyiz edilmiştir. - Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle satış sözleşmesinde bedeli garanti eden Örsa Tekstil A.Ş. ve faturada ismi geçen ve makinaların teslim edildiği Falez İplik A.Ş. haricindeki davalıların davacı şirketle ticari ilişkisinin bulunmamasına, Örsa Tekstil A.Ş. ve Falez İplik A.Ş. haricindeki davalıların satış bedelinden sorumlu tutulmamasında bir isabetsizlik olmamasına göre, davacı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun temyiz itirazlarının reddiyle hüküm ONANMASINA...karar verildi."

Yargıtay'ın çok yeni bir diğer kararında ise (19. HD., 29/09/2006 tarih ve 2006/1122 E., 2006/9002 K. sayılı karar) aynen şu şekilde beyanda bulunulmuştur: "Dava dışı Atlasbank Off Shore Ltd. Şti. ile davacı ve davalı Kentbank A.Ş. aynı gruba (Süzer Holding A.Ş.) dahil şirketlerdir. Dava konusu kredi, Kentbank A.Ş.'nin kaynaklarından kullandırıldığı halde kredi sözleşmesinde dava dışı Atlasbank Off Shore Ltd. Şti. kredi alacaklısı gibi gösterilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden gerçek alacaklının Kentbank A.Ş. olduğu görülmektedir..."

Şimdi zikredeceğimiz kararlar ise, Türk hukukunda perdenin kaldırılması teorisi Yargıtay tarafından, hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıkça vurgulanarak uygulanmıştır. Bu kararda, önce İzmir Asliye 4. Ticaret Mah-

²² "Durchgriff" olacak.

kemesi somut olayda perdenin kaldırılması teorisini uygulamış ve daha sonra da Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin kararını, "tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına..." ifadeleri ile onamıştır. İlk derece mahkemesi, kararında, olayı aynen şu şekilde tartışmış ve hüküm tesis etmiştir: "Uyuşmazlık, davalı Ege A.Ş vekilinin savunmaları da nazara alındığında 20.09.2000 tarihli 2 adet faturanın ve keza 04.10.2000 tarihli fatura tutarından davalılardan hangisinin sorumlu olduğu veya ikisinin de sorumlu olup olmadığı noktasındadır. -Davalı Ege A.Ş vekili ısrarla kendi üzerlerine düşen edimin BK'nın 173/1 ve 174. maddeleri gereğince Ege Ltd. Şti. (diğer davalı) tarafından üstlenildiğini bu sebeple kendi sorumluluklarını olmadığını iddia etmektedir... - Bilirkişilerin ayrıntılı raporlarına göre, alacak miktarı konusunda tereddüt olmamakla birlikte, iki ihtimal ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bunlardan davalı Ege A.Ş.'nin farklı tüzel kişilik esasına dayalı savunmaları ele alındığında, farklı tüzel kişilikler oldukları tartışmasız görülmektedir. Bu bağlamda 20.09.2000 tarihli iki adet fatura alacağı tutarı 62,680.USD'den sadece direkt olarak Ege Ltd. Şti.'nin sorumlu olduğu bilahare 04.10.200 tarihli faturadan dolayı da 31.340._ USD'nun 27.02.2001 tarihli yazı ile rıza verildiğinden (faks metnine dayalı olup ancak bu faks metni davacı tarafça teyit edilmemiştir.) ve borç Ege Ltd. Şirketine devir olunmakla sonuç olarak borcun tamamından davaya cevap vermeyen [ve davayı] takip etmeyen Ege Ltd. Şti.'nin sorumlu olabileceği birinci ihtimal olarak belirtilmiştir. İkinci ihtimal olarak ise, her iki davalı farklı tüzel kişilik gibi görünse de bunun biçimsel olarak ele alınmayacağı, uyuşmazlığın iktisadi ve ticari boyutları ile değerlendirilmesi gerektiği, her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşlikten hareketle, sadece anılan şirketlerin hukukî anlamda farklı tüzel kişilikler olmalarına dayanan davalı Ege A.Ş.'nin savunmalarının hukuken geçerli olmayabileceği, söz konusu şirketlerin aynı ve tek kişi olarak kabul edilmesinin gerekli olduğu zikredilmiştir. İkinci ihtimal çerçevesinde her iki şirket sicil kayıtlarının incelenmesinde, hukuki açıdan farklı tüzel kişilik olsalar bile sözleşme tarihleri itibarı ile, temsil ve ilzama yetkili kişinin aynı olup, ortaklarının da aynı şahıslardan müteşekkil olduğu sabit olmakla, bilahare davaya cevap vermeyen Ege Ltd. Şti. ortaklarının hisselerinin üçüncü şahıslara devir edildiği anlaşılmaktadır. Hülasa taraflar [faturadaki] satış sözleşmesinin yapıldığı tarihte iki şirketin ortak ve yöneticileri aynı şahıslardır. Faturaların kesilmesi tarihinden bir iki ay sonra Ege Ltd. Şti.'nin hisseleri devredilmiştir. ***Bu durum her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşliği ortadan kaldırmamakla bilahare yapılan hisse devirlerinin borçtan kurtulmaya matuf muvazaalı devirler olduğu izlenimini vermektedir.*** Dolayısı ile hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa da, iktisadi açıdan bir özdeşlik bulunduğu kabul gibi görülmek-

tedir. Teoride ve MK'nun 2. maddesindeki bir hakkın kötüye kullanılmaya-
cağı ilkesi ışığında durum bu şekilde değerlendirilmektedir. -Mahkememizce
de ikinci ihtimal, yani *hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa da 'perdeyi
kaldırma teorisi' çerçevesinde her iki davalı şirket arasında kardeş şirket
ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik mevcuttur. Davalı Ege A.Ş.'nin tek sa-
vunması ayrı tüzel kişilik olduklarını borcun tamamından diğer davalının
sorumlu olduğu yönündedir. Bu savunma MK.'nun 2. maddesi kapsamın-
da hakkın kötüye kullanılmasıdır.* Zira yukarıda da açıklandığı gibi davacı
yurtdışı firması ile sözü geçen sözleşmeyi akdeden, malı teslim alan, bir kon-
teynirlik akreditifi çıkaran her iki şirketin ortak temsilcisidir. Bu tarihte her
iki şirket ortakları, aynı kişilerden müteşekkildir. Farklı tüzel kişilikler olgu-
su biçimsel olarak ele alınamaz. Taraflar arasındaki uyumsuzluk boyutları ile
dürüstlük kuralları çerçevesinde, hakkaniyet ölçütleri içinde dikkate alınarak
değerlendirilmelidir. *Davalı Ege A.Ş.'nin ödeme kabiliyeti olmayan, biçim-
sel olarak farklı tüzel kişilik bulunan, diğer şirkete borçları yüklemeye yö-
nelik çabaları, kabul görmemelidir. Dolayısı ile sonuç olarak tüm borçtan
her iki şirket müteselsilen sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır...*" (İzmir
Asliye 4. Ticaret Mahkemesi'nin 17.02.2005 tarih ve E. 2002/843, K.
2005/64 sayılı kararı).

Görüldüğü üzere, bu kararda açıkça *perdenin kaldırılması teorisi kabul
edilmiş* ve teorinin temeli dürüstlük kuralı ve hakkaniyete dayandırılmıştır.
İlk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın dayanağı aslında
doktrindeki görüşlerle uyusmaktadır.

3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırıldığı Haller

Yukarıda anılan hukuk sistemlerinde, bu teori, uzun zamandan beri, hem
içtihatlarda hem de literatürde, ortaklık tüzel kişiliğinin malvarlığı ile ortağın
malvarlığının ayrılığı ilkesinin ortadan kaldırılmasında kullanılmaktadır. Fa-
kat söz konusu uygulamalarda bu kabulün sıkı şartlara bağlandığına da özel-
likle işaret etmek gerekmektedir. Bu ülkelerdeki uzun uygulamalar, belirli
olay gruplarında ve belirli şartların varlığında tüzel kişilik perdesinin kaldırı-
labileceğini ortaya koymuştur²³.

Belirtmek gerekir ki, tüzel kişiliğin varlığı asıldır ve borcun yükümlüsü
olan tüzel kişilik varken bir başka şirkete ya da şirketin ortaklarına karşı bu
borçtan dolayı takip yapılamaz. Bu kural Türk şirketler hukukunun ve icra if-
las hukukunun temel kurallarından biri olduğu gibi, Avrupa hukuk düzenle-

²³ Froning/Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Auflage 2005, Rn. 119 vd.

rinde geçerli olan ilkelerin en başta gelenlerindedir. Ancak, bazı hallerde, özellikle şirketin tüzel kişiliğinin kötüye kullanıldığı dikkate alınarak, borçlu şirketin tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle (gerçek ya da tüzel kişi) ortakların sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir²⁴.

a. Tüzel Kişi İle Ortakların Alanlarının Organizasyon ve Malvarlığı Bakımından Birbirine Karışması (*Sphärenvermischung, la confusion des patrimoines*)

Sınırlı sorumluluk ilkesi tüzel kişilerde, ortakların malvarlığından bağımsız, ayrı bir malvarlığının oluşumunu sağlamaktadır. Ortaklar tarafından getirilen sermaye, artık ortakların malvarlığı olmaktan çıkmakta ve ortaklığın malvarlığı haline gelmektedir. Hatta ortaklığın tasfiyesi halinde dahi ortak, getirdiği sermayeyi değil, kendisine düşen tasfiye payını talep edebilmektedir.

Ortaklık bir hukuki şahsiyet olarak ekonomik hayata katılmakta ve ortaklarından ayrı bir şekilde, sadece kendi malvarlığıyla, alacaklılara karşı sorumluluk altına girmektedir. Dolayısıyla da, ortaklar, ortaklık malvarlığına hiç bir şekilde alacaklıların zararına olacak müdahalelerde bulunamamaktadırlar.

Tüzel kişi ile ortaklarının organizasyon ve malvarlığının birbirine karışması durumu, alanların birbirine karışmasıdır. Ortaklığa ait organizasyonun ve malvarlığının ortakların malvarlığından ayrılması, ayrılık prensibinin bir sonucudur. Dolayısıyla, bu ilkenin ihlal edilmesi, yani ortaklıkla ortaklık malvarlığının ayrılması ilkesinin ortadan kalkması, tüzel kişilik perdesi bertaraf edilerek ortakların sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. **Alanların birbirine karışması, malvarlıklarının ve tüzel kişinin organizasyonunun birbirine karışması şeklinde ortaya çıkabilir. Ortaklık ile ortaklar arasındaki malvarlığı düzeni ve organizasyon durumu yeterli ve özenli bir şekilde ayrılmamışsa alanların karışmış olduğu kabul edilmektedir. İki halde de ayırım ilkesinin kötüye kullanılması mevcuttur.**

Ortaklığın malvarlığı ile ortakların şahsi malvarlıklarının birbirinden yeterli derecede ayırt edilmemiş olması halinde ortaklık ile ortaklar arasında malvarlıklarını ayıran sınırların ihlal edildiğinin, yanlış ya da yetersiz tutulmuş ticari defterler veya muhasebe kayıtları yolu ile de ortaya çıkması aranmaktadır. Bu durum o seviyeye gelmelidir ki **ortaklık sermayesinin korun-**

²⁴ Bkz. **Spindler**, Beck'scher Online-Kommentar, München 01.06.2007, Edition: 7, (Hrsg: Bamberger/Roth), Rn. 55-60.

masına yönelik tedbirlerin alınıp alınmadığı hususları artık kontrol edilemez bir halde olmalıdır²⁵.

Alman Federal Mahkemesi, bir başka kararında, bir limited ortaklık üzerinde hakim konuma sahip olan ortağı, kendi şahsi malvarlığı ile ortaklık malvarlığını kesin bir şekilde ayırt etmediği için sorumlu tutarak perdenin kaldırılmasına hükmetmiştir²⁶. Alman Federal Mahkemesine göre, hangi malın hangi malvarlığına ait olduğu söylenemediği zaman malvarlıklarının karışması söz konusudur. Malvarlıklarının karışmasında hakim ortak, kontrol ettiği borçlu şirketin finansal güçsüzlüğünü, bilerek, alacaklıların sırtına yüklemekte ve sonra da onlara karşı malvarlıklarının ayrılığını ileri sürmektedir. Tabii şirketin malvarlığı ile hakim ortağın malvarlığının alacaklılara karşı tek bir malvarlığı olarak kabul edilmesi, hakim ortağın bir gerçek kişi olması ve şirketin içinin boşaltılmasının tek yönlü olarak gerçekleştirilmesi halinde nispeten kolay olmakla birlikte, transferlerin çeşitli yönlerde vuku bulduğu ve görünüşte açık olan muhasebe kayıtlarının gerçekte maskelenmiş transferler içerebildiği şirketler gruplarında son derece güçtür.

Malvarlıklarının karışmasından farklı olarak, ortaklık ile onun ortaklarının alanlarının organizasyon bakımından birbirine karışması, ortaklığın organizasyon olarak dışarıya karşı yeterli ölçüde ortaya konamaması halinde söz konusu olmaktadır. Tüzel kişi ile onun ortaklarının alanlarının sırf organizasyon bakımından birbirine karışmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açıp açmayacağı öğretide tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre burada ortağın şahsi sorumluluğu “hukuki görünüş sorumluluğu” temelinde değerlendirilmelidir. İsviçre’de yavru şirketin alacaklısının bu şirketin dahil olduğu grubun bir bütün teşkil ettiğine olan güveninin temelinde “grup görünüşü”nün bulunduğu belirtilmektedir²⁷. Örneğin bir finans kuruluşunun reklamlarında hissedarlarını ismen zikretmesi veya “Y şirketi sizi, gideceğiniz yere X ana şirketinin titizliğiyle götürür” şeklinde reklam yapması halinde “grup görünüşü” (grup güveni) yaratıldığına işaret edilmektedir²⁸. Dikkat edilirse, bu ihtimalde hakim ortak sözleşme müzakerelerine katılmamakta; şirket ile üçüncü kişi arasında sözleşmenin akdedilmesi için bir güven ortamı yaratmaya çalışmaktadır. “Grup görünüşü”nün yaratıldığı bu gibi durumlarda hakim ortağın sorumluluğu cihetine gidilebilir gidilemeyeceği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin, bazı yazarlar, A Bankasının, hissedarları

²⁵ BGHZ. 95, 330 vd.

²⁶ BGH. NJW 1994, s. 1801.

²⁷ Bolt, M., s. 128.

²⁸ Bolt, M., s. 128-129.

arasında B, C ve D'nin bulunduğunu reklamlarında belirtmemesi halinde müşterinin yine de onunla sözleşme akdedip akdetmeyeceği sorununun hukuki değerlendirme alanına ait olmadığına işaret ederek, ancak sözleşme öncesi kusura (culpa in contrahendo) ilişkin şartların yerine gelmesi halinde hakim ortağın sorumluluğu cihetine gidilebileceğini, salt "grup görünüşü" nedeniyle sorumluluğun güvenin korunması değil, kör güvenin korunması anlamına geldiğini, bu nedenle reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedirler²⁹.

b. Yetersiz Sermaye (*Unterkapitalisierung, sous capitalisation*)

Yetersiz sermayenin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açabilip açamayacağı, yol açabilecekse hangi hallerde yol açabileceği Alman ve İsviçre öğretisinde çok tartışılmıştır. Kanun koyucu sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesini, ortaklığın sermayesi o ortaklığın alacaklılarının alacaklarını teminat altına aldığı için kabul etmiştir. Sermaye ortaklığı kurmak isteyenler o işin ekonomik gerekleri ile bağdaşan bir sermayeyi de ortaklığa getirmelidirler. Sermaye şirketlerini düzenleyen kanunlarda, ortakların getirmiş oldukları temel sermaye paylarından oluşan bir temel sermaye (Grundoder Stammkapital) öngörülmüş olmasına rağmen, işletmenin iştiğal konusu veya faaliyet hacmi ile orantılı bir sermaye ile donatılması konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirketin amacına ulaşmasının imkansız hale geldiği durumlara sermayenin yetersizliği hali de örnek olarak verilebilirse de, bu sonuç doğrudan yetersiz sermaye ile ilgili bir normdan kaynaklanmamaktadır. Şirketin faaliyetleri ile orantılı bir sermayenin ortaklığa konulmaması halinde bazı durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. İsviçre doktrininde öz sermaye ile işletmenin faaliyetinin kapsamı ve üstlendiği riskler arasında açık dengesizlik bulunması veya bir şirketler grubunda yavru şirketin finansal olanaklarını fazlasıyla aşan taahhütler altına girmesi halleri bu duruma örnek olarak gösterilmektedir³⁰.

c. Kurumsal Kötüye Kullanma (*Institutsmissbrauch*)

Şirketin tüzel kişiliğinin bilinçli olarak alacaklıların zararına kullanılması halinde kurumsal bir kötüye kullanma söz konusudur. Böyle bir durumda tüzel kişi, kanunun çizmiş olduğu sınırlar içinde kullanılmasına rağmen, ya hukuka aykırı bir amaca yöneltilmekte (kurumsal kötüye kullanma) ya da başka şahıslar iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde zarara uğratılmaktadır

²⁹ Bolt, M., s. 130.

³⁰ Bolt, M., s. 96 ve 36-37.

(bireysel kötüye kullanma). Diğer bir deyişle, esas sözleşmesindeki sahası içinde faaliyet gösteren ve görünürde yasal bir çerçevede hareket eden şirketin varlığı arkasına sığınarak alacaklılar zarara uğratılmaktadır.

d. Yabancı Yönetim (*Fremdststeuerung*)

Yabancı yönetimden dolayı sorumluluk, bağlı işletmelerin (kural olarak grup işletmelerinin) konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yabancı yönetim, kısaca, bir şirket üzerinde bir başka şirket ya da kişinin hakimiyetini ifade eder. Hakimiyet, şirketin çoğunluk paylarının elde tutulması ya da şirketin yönetiminde hakimiyeti sağlayan paylara sahip olunması veya başka şekillerde ortaya çıkabilir. Böylece, bağımlı olan işletmeler (bağlı işletmeler), hakim olan işletmenin ekonomik yönetimi altında toplanmaktadırlar (Konzern). Diğer bir deyişle, hukuki yönden bağımsız işletmeler, ekonomik yönden bağımsızlıklarını yitirmiş olmaktadır. Bu olgu hukuk ile ekonomi arasındaki uyumsuzluk olarak adlandırılmaktadır³¹. Böyle bir durumda, hakim olan işletmenin kendi pozisyonunu kötüye kullanarak bağımlı işletmelerin menfaatinin ihlal etmemesi gerekmektedir.

Alman Federal Mahkemesine göre, bir limited ortaklık üzerinde hakim olan onun tek ortağının kusurlu bir şekilde ortaklığın malvarlığına müdahale ettiği tespit edildiğinde, eğer bu olgu ortaklığın varlığını ortadan kaldıracak (Existenzvernichtung) bir durum yaratıyorsa, bu takdirde hakim olan ortağın şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır³².

e. Çapraz Olarak Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler arasındaki perdenin kaldırılması da mümkündür. Bu durumda “çapraz perdeyi kaldırma (Quer_Durchgriff)” söz konusu olacaktır³³. Kardeş şirketler arasındaki perdenin kaldırılması bakımından, kardeş şirketlerin ekonomik anlamda bağımsız işletmeler vasfında olup olmadıkları önem kazanmaktadır. Büyük çaplı bağlı işletme topluluklarında, birbirinden tamamen farklı ticari ve iktisadi faaliyetlerde bulunan birçok işletme mevcuttur. Örneğin, bir bağlı işletmeler topluluğunda; gıda, finans, otomotiv, enerji, telekomünikasyon gibi farklı sektörlerde faaliyet gösteren kardeş şirketler yer alabilir. Bu gibi durumlarda,

³¹ Örneğin bkz. **Öztek, S.**, s. 51 vd.

³² **Hoffman, J.**, Die GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer Vulkan” - Urteil, NZG 2002, s. 68.

³³ Ayrıca bkz. yukarıda dipnot 16.

kardeş şirketler arasında bir “iktisadi bütünlük” söz konusu olmadığı için, onlar arasında perdeyi kaldırma teorisinin uygulanması pek mümkün değildir. Perdeyi kaldırma teorisinin kardeş şirketler arasında uygulanması, tek bir iktisadi işletmenin yürüttüğü farklı faaliyetler için birbirinden bağımsız tüzel kişiliklerin kurulduğu durumlarda mümkün olabilir. Bu bakımdan; şirketlerin üretim, pazarlama ve ihracat faaliyetleri birbirini tamamlayıcı nitelikte (dikey konsantrasyon) olup, tek ve aynı iktisadi işletmeye vücut vermektedir³⁴.

II- ORGANİK BAĞ

Organik bağ kavramı, mevzuatımızda ilk defa mülga Kamu İhale Kurumu İhale Yönetmeliği'nin³⁵ 2. maddesinde “danışman” kavramı açıklanırken kullanılmıştır³⁶. Orada da –yargı kararlarında olduğu gibi– organik bağ kavramı geniş bir anlamı ifade etmektedir. Buna göre, ortak, maaşlı, hizmetli vs. gibi durumların her biri bu kavramın içinde düşünülebilmekte, organik bağın varlığının delili olabilmektedir.

Sorumluluğun genişletilebilmesi bakımından başvuru olan organik bağ, Türk yargı kararlarında geliştirilen ve sıkça kullanılan bir kavramdır. Bu kavramla, farklı tüzel kişiliklerin sorumlu tutulabilmesine imkan sağlanmaktadır. Mahkemeler özellikle bir 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 da yapılabilmesi veya devam ettirilebilmesi için organik bağ kavramından faydalanmaktadırlar.

Organik bağ kavramı ile perdenin kaldırılması teorisi arasında bazı benzerlikler bulunmakla birlikte, bunlar aslında birbirinden farklı kavramlardır.

Her iki kavram arasındaki benzerlikler şu şekilde belirlenebilir. Bir kere, perdenin kaldırılması teorisinde, bazı şartların varlığı halinde, borçlu şirketten farklı ve ayrı kişiliği olan şirket ortaklarına müracaat edilebilmekte ve bu ortaklar borçtan şahsen sorumlu tutulabilmektedir. Bu yönüyle organik bağ ile perdenin kaldırılması teorisi birbirine benzemektedir. Zira organik bağın

³⁴ Seven, V./Göksoy, C., s. 2465, 2466.

³⁵ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 2002/4426 - 17.06.2002; Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 4734 - 04.01.2002; Resmi Gazete ile Neşir ve İlâm: 20 Temmuz 2002 - Sayı: 24821.

³⁶ Şu şekilde bir tanımın içinde geçmektedir: “Danışman: Danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini Kurumun yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, Kurumdan danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucularını (m. 2)...”.

varlığı halinde de borçlu şirketin tüzel kişiliğinden ayrı bağımsız bir kişinin (tüzel kişinin) sorumluluğuna gidilmektedir. İkinci olarak, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması ile organik bağ kavramının uygulanması, genel itibariyle dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine dayanır. Üçüncü olarak, organik bağ ile perdenin kaldırılması teorisinin birbirine en yakın uygulaması çapraz perdenin kaldırılması halidir. Perdenin çapraz olarak kaldırıldığı hallerde, aynen organik bağda olduğu gibi diğer bir tüzel kişilik sorumlu tutulmaktadır.

Ama organik bağ kavramı ile perdenin kaldırılması teorisi arasında önemli bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, bir kere, perdenin kaldırılması teorisi daha ziyade borçlu şirketin kendi ortaklarının sorumluluğuna gidilebilmesinde kullanılır. Bir tüzel kişinin perdesinin kaldırılarak diğer ayrı bir tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi, kural olarak, mümkün değildir. Burada “kural olarak” demektediriz, zira bir holding şirket ile bir bağlı şirketin söz konusu olduğu, yani bir tüzel kişinin başka bir tüzel kişinin hakim ortağı olduğu hallerde, diğer şartlar da yerine gelmişse, perdenin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulabilir. Zaten bu gibi hallerde organik bağ kavramının kullanılmasına gerek kalmaz. İkinci olarak, biraz önce de işaret edildiği gibi, özellikle bağlı şirketler (kardeş şirketler) arasında tüzel kişilik perdesi kaldırılarak diğer şirketin de sorumlu tutulabilmesi için “iktisadi bir bütünlük” şartı aranır iken, organik bağın varlığının kabulünde bu tür bir iktisadi bütünlük şartı aranmaz. Üçüncü fark şuradadır ki, perdenin kaldırılmasında borçlu şirketin ortaklarının ya da borçlu şirketle iktisadi bütünlük içinde olan tüzel kişiliğin malvarlığına el atılabilir, hatta borçlu şirketle iktisadi bütünlük içinde olan tüzel kişiliğin ortaklarının malvarlığına dahi el atılabilir; keza organik bağın varlığının kabul edildiği hallerde de borçlu şirketin yanında, onunla organik bağ içinde bulunan diğer şirketin malvarlığına el atılabilir, ama organik bağın gerçekleştiği bu şirketin ortaklarının malvarlığına el atılmaz. Bu noktada iki kavram birbirinden ayrılmaktadır. Bir diğer fark da şudur: Perdenin kaldırılması teorisi uygulanarak diğer bir tüzel kişinin malvarlığına el atılması sadece “iktisadi bütünlüğün” bulunduğu hallerde söz konusu olur ve bu şart çok sıkı bir şekilde aranır. Oysa organik bağın varlığında çok farklı kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Özellikle Yargıtay bu konuda son derece geniş davranmaktadır. Bu haliyle organik bağın uygulanması, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasından daha kolaydır. Her iki kavram arasındaki bir başka fark da, organik bağın uygulandığı hallerde, perdenin kaldırılması teorisinde aranan, malvarlıklarının karışması ya da yetersiz sermaye gibi şartların aranmamasıdır; organik bağ kavramının uygulanabilmesi için borçlunun, diğer tüzel kişiliği, alacaklılarından mal kaçırarak ama-

cıyla kullanma niyeti yeterlidir. Nihayet, perdenin kaldırılması teorisinde normal olarak, sadece, borçlu şirketin hakim ortağının şirketin borcundan sorumlu tutulması söz konusu iken, organik bağın kabul edildiği hallerde tasarrufun ya da diğer hukuki işlemlerin iptali, istihkak iddiası gibi farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Organik bağın varlığı için mahkemeler tarafından geliştirilen kıstaslar şu şekilde örneklenerek belirlenebilir:

Organik bağın varlığı için ayrı tüzel kişilikler arasında belirli bir iktisadi ve ticari bağımlılığın, kader birlikteliğinin veya birlikte hareket olgusunun ya da başka bir özdeşliğin bulunması gerekmektedir.

Örnek:

“Dosya kapsamından borçlu şirket ve şahıslar ile üçüncü kişi şirketin aralarında organik bağ olduğu, kurucularının kısmen aynı kişilerden oluştuğu ve şirketlerin arasında devir münasebeti bulunduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan 2137 ve 2139 sayılı icra takip dosyalarından 07.09.1995 tarihinde feragat edildiği ve böylece üçüncü kişinin hacizleri kabul ettiği görüldüğü gibi yine dosyada mevcut belgelerden davacı banka tarafından, borçlulara kullandırılan kredi borçlarının ödendiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır...” (15. HD., 18.09.1996, E. 1996/4034, K. 1996/4502).

Bu noktada sadece bazı benzerliklerin veya adres ayniyetlerinin organik bağın varlığı için yeterli olmayacağını Yargıtay belirlemiştir. Ancak organik bağın varlığında tanık beyanlarına dahi itibar edileceği aşağıda alıntılanan kararda vurgulanmıştır:

“Davacının hizmet süresi noktasında taraflar arasında uyumsuzluk mevcuttur. Davacı işçi 1997 yılında işe girdiğini ileri sürmüş, davalı ise 01.05.1999 tarihinde çalışmaya başladığını savunmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki davacının 1997-1999 yılları arasında çalıştığı işyeri dava dışı bir başka işverene aittir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi tarafından bazı vekaletnamelerdeki adresler üzerinde durularak, davacının 1997-1999 tarihleri arasındaki hizmetleri de tazminat hesabında dikkate alınmıştır. Ne var ki, salt vekaletnamelerdeki bazı adreslerden söz edilerek diğer işverenlerle davalı arasında organik bağ bulunduğunun kabulü hatalıdır. Taraf tanıkları da bu konuda bir beyanda bulunmamışlardır. Mahkemece yapılacak iş; davacının dava dışı işverenden davalıya geçişinin ne şekilde olduğu üzerinde durularak, arada devir yada hizmet sözleşmesi devri olup olmadığı araştırılmalıdır...” (HGK., 16.04.2003, E. 2003/9-279, K. 2003/292).

Bir başka kararda ise iki şirketin bir holding şirket tarafından idare edilen bir grubun bünyesinde olması halinin organik bağın varlığına delil olarak kabul edilebileceği vurgulanmıştır (bkz. 9. HD., 25.11.2002, E. 2002/7086, K. 2002/22210): “Davacının 03.07.1987 - Mart 1996 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılan S.... Bobin A.Ş.’nin İzmir’deki işyerinde geçen çalışmalarının davalı A. Beşikçiöğlü Dış Ticaret A.Ş.’de 01.04.1996 - 31.03.1999 tarihleri arasında geçen hizmetleri ile iki şirket arasında organik bağ olduğu gerekçesi ile birleştirilerek tüm hizmet süresi nazara alınarak hesaplanıp kıdem tazminatı hüküm altına alınmışsa da her iki şirket sermaye şirketi olup Anonim Şirket mahiyetindedir. İki şirketin bir holding bünyesinde olduğu da iddia edilmemiştir. Bu sebeple Organik bağın varlığı gerekçesi ile açıklandığı şekilde sonuca gitmek mümkün değildir. Mahkemece davacının önce çalıştığı S.... Bobin A.Ş.’den davalı A. Beşikçiöğlü Dış Ticaret A.Ş.’ne hizmet devrinin yapılıp yapılmadığının araştırılması, hizmet devri sözkonusu ise şimdiki gibi karar verilmeli hizmet devri sözkonusu değilse kıdem tazminatı hesabında yalnız davalı A.Ş. işyerinde geçen hizmetler nazara alınarak sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir ...”

Yargıtay’ın şu kararı olayımız bakımından daha da manidardır: “Davacı Anonim şirketler aynı gruba dahil şirketler olmaları nedeniyle aralarında organik bağ bulunduğunu ileri sürerek birlikte dava açmışlar, mahkemece birlikte açılan dava ile iflasın ertelenmesine ilişkin talebin usule aykırı bulunmadığı gerekçesiyle davalar birlikte sonuçlandırılmıştır... İhtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan... birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir..” (19. HD., 07.04.2005, E. 2005/448, K. 2005/3753).

Bir diğer kararda ise, “Mahkemece yapılacak iş; aralarında unvan benzerliği bulunan davacı şirket ile dava dışı borçlu şirketin sicil kayıtlarının ticaret sicilinden getirtilerek, ortakların araştırılması, her iki şirketin ortakları arasında aynı kişi veya kişiler mevcutsa organik bağ bulunduğu kabul edilerek muvazaalı işlem yapmaları sebebiyle, davalı vergi dairesi yönünden, davalı vergi dairesi, 6183 sayılı Kanun gereği haciz haklarını kullanmış olup bankanın kanuna aykırı bir davranışı söz konusu olmaması nedeniyle davalı banka yönünden davanın reddine karar vermekten ibarettir” şeklinde hüküm tesis edilmiştir (15. HD., 15.11.1994, E. 1994/4957, K. 1994/6763).

Tasarrufun iptali talebi vesilesiyle verilmiş bir başka kararda, öde-me gücünü kaybetmiş borçlunun iyi niyetli bir kişiden veya basiretli bir

tacirden beklenemeyecek şekilde mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, yapılan işlemlerin batıl olduğu; somut olayda, malvarlığını devreden şirketin aciz halinde olduğunun aciz belgesi ile sabit bulunduğu; her ne kadar tüzel kişiler arasında akrabalık ilişkisi olmaz ise de iki tüzel kişi arasında organik bağ varsa, malvarlığını devralan tüzel kişinin iyi niyetli olmadığı ve işlemin batıl olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir. Bu kararda, devreden ve devralan şirketin ortakları yakın akraba olduğundan, iki tüzel kişi arasında organik bağın bulunduğu göz ardı edilmemesi gerektiğine özellikle işaret edilmiştir: "...Her ne kadar davahılar tüzel kişi olup, tüzel kişiler arasında da akrabalık ilişkisi olmaz ise de, az yukarda anlatılan nedenlerle iki tüzel kişi arasında organik bağ bulunduğundan, davalı L. Gıda A.Ş.'nin iyiniyetli olmadığı ve borçlu şirketin durumunu bildiği, dolayısıyla bu tasarrufun İİK'nın 280. maddesi uyarınca batıl olup, iptale tabi olduğu aşikardır..." (15. HD., 23/01/2001, E. 2000/5126, K. 2001/399)

Bir başka kararda ise organik bağın varlığı için Türkiye'deki banka ile Off-Shore bankanın yöneticilerinin aynı olup olmadığına incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir (19. HD., 14.06.2004, E. 2003/7031, K. 2004/7242).

Bir istihkak davasında davalı borçlunun davacı şirketin temsilci ortağı olduğunun dosyadaki vekaletnameden anlaşıldığı; davacı ile davalı borçlu arasında organik bağ bulunduğu ve böylece devrin muvazaalı olduğunun anlaşıldığı sonucuna ulaşılmıştır (15. HD., 24.03.1994, E. 1994/1363, K. 1994/1798).

Organik bağın varlığı halinde sorumluluğun diğer tüzel kişiye de genişletilebileceği Danıştay kararlarında da aynen kabul edilmektedir. Ancak, elbette, bu tür bir sorumluluğun genişletilebilmesi için organik bağın varlığının ispatlanması gerekecektir (bkz. Danıştay 4. Daire, 08.06.2000, E. 2000/423, K. 2000/2680; Danıştay 4. Daire, 26.05.1993, E. 1992/2540, K. 1993/181).

Bu Danıştay ve Yargıtay kararlarından, organik bağın varlığının her somut olayda mahkemece araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Organik bağın varlığının kabulünde, şirketlerin aynı holdinge bağlı olması, yöneticilerinin veya kurucularının aynı olması, bir borç takibinden kurtulmak için hisselerin devredilmesi, muvazaalı işlemler yapılması, hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve aynı usulde yapılması bile rol oynayabilmektedir.

Organik bağın temelini de, perdenin kaldırılması teorisinde olduğu gibi, **hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı** oluşturmaktadır. Aynı menfaat gruplarınca kurulan ve yönetilen şirketlerin tüzel kişiliklerinin kötüye kullanılması, organik bağ kavramı ile engellenmektedir.

Bilhassa farklı şirketler kurularak birisinden yapılan borçlanmaların diğer şirketlere aktarılması veya bazı şirketlerin paravan şirket olarak kullanılması hallerinde tüzel kişilikler farklı bile olsa diğer tüzel kişinin malvarlığına da el atılabilmektedir.

Yargı kararlarında ulaşılan bu sonuçların, hakkaniyete de uygun olduğu kanaatindeyiz. Tüzel kişiliklerin malvarlıklarının birbirinden ve ortaklarının malvarlıklarından bağımsız olması, şirket ile ilişkiye giren kişileri, müşterileri ve alacaklıları korumak içindir. Yoksa, kesinlikle, haksız olarak bir başka şirkete aktarılan malvarlığı değerlerinin korunması için değildir. Tüzel kişiliklerin malvarlıklarının birbirinin ve ortaklarının malvarlığından ayrı olması ilkesinin kötüye kullanılarak koruduğu amaca yabancılaştırıldığı durumları hukuk düzeni himaye etmemelidir.

Bu nedenle, özellikle kriz zamanlarında şirket malvarlığının başka şirketlere aktarılması, karşılıksız veya oransız mal satışlarının gerçekleştirilmesi, bir şirketin zararına diğerinin malvarlığının sürekli olarak artırılması hallerinde bu şirketler arasında organik bir bağın varlığının kabul edilmesi gerekir. Şirketlerin (hukuki veya fiili) yöneticisinin ya da hakim ortağının aynı kişi olması halinde organik bağın varlığı kuvvetli bir ihtimal haline gelir. Bu durumda bir şirketin alacaklılarının diğer şirketin malvarlığına da el atabilmelerinin yolu açılmış olur.

III- *CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU* (AKİT ÖNCESİ SORUMLULUK)

Bilindiği gibi, akit öncesi sorumluluk, bir kimsenin başkalarıyla bir sözleşme ilişkisi kurmak için müzakerelerde bulunurken, kendisine muhatap olan şahsa yanlış bilgi vermemesini veya onun bilmesi gereken hususları açıklamakta kusur işlememesini, onun şahsını ve malını zarardan koruyucu önlemleri almasını gerektirir. Diğer bir deyişle, bir kimse, sözleşme müzakereleri sırasında muhatabına esası olmayan bir güven vermekten kaçınmak, onun canını ve malını zarardan korumak zorundadır. “Esası olmayan bir güven uyandırmaktan kaçınmak” olarak adlandırılan bu görev, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada söz konusu olur³⁷.

İşte, bir sözleşmeye ilişkin müzakereler sırasında, sözleşmenin tarafının ekonomik bir birlik teşkil eden bir gruba mensup olduğuna ilişkin beyanlarda bulunarak ve bu grubu oluşturan şirketlerin hukuki yönden bağımsızlığı

³⁷ Etraflı bilgi için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 975 vd.

konusuna değinmekten kaçınarak, hakim ortağın üçüncü kişide güven uyardırması, onda, ilave bir garantiye sahip olduğu izlenimini yaratması, halinde durum böyledir.

Alman, İsviçre ve Fransız hukuklarında, gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında, bu gibi durumlarda, yaratılan güven, sözleşmenin akdedilmesine götürmüş ve bu sözleşmeden bilahare bir zarar doğmuşsa, alacaklının alacağını tahsil etmek için hakim ortağa başvurabileceği hemen hemen oybirliğiyle kabul edilmektedir³⁸. Yalnız, bu bağlamda birçok yazar, hakim ortağın culpa in contrahendo sorumluluğuna ancak onun müzakerelere katılmış olması halinde başvurulabileceğinin altını çizmektedir. Diğer bir deyişle, bu sorumluluk sebebine üçüncü kişi sadece yavru şirket ile müzakerelerde bulunmuş ve yavru şirket ona karşı bir akit öncesi kusur işlemiş, hakim ortak üçüncü kişiyle hiç temas kurmamışsa, gidilemeyecektir. Bu çerçevede, hakim ortağın üçüncü kişiyi özel olarak hedef almayan beyanları culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması için yeterli değildir.

Bu noktalarda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Görüş ayrılığı; hakim ortağa yapılacak başvurunun hukuken ne şekilde nitelendirileceği, diğer bir deyişle culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğu hususundadır. Çünkü culpa in contrahendo'nun haksız fiil hükümlerine veya akdi sorumluluk sebebine dayandırılmasına göre sorumluluğun kapsamı değişecektir. Nitekim culpa in contrahendo sorumluluğunu bir haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edersek, hakim ortağa BK m. 55'i uygulayarak; buna mukabil bir akdi sorumluluk olarak kabul edersek BK m.100'ü uygulayarak ulaşılabılır. Bu konuda bir tavır almak çalışmamızın kapsamını fazlasıyla aştığı için, tartışmaya dikkat çekmekle yetiniyoruz.

Sorumluluk yönünden culpa in contrahendo'ya benzeyen bir diğer hal, patronaj beyanlarıdır (déclarations de patronage). Hakim ortak yeterli finans kaynaklarına sahip olmadığı veya sahip olup da bunları kullanmak istemediği takdirde, yavru şirketi dış finansman kaynaklarından yararlanarak finanse etmeye çalışacaktır. Fakat bankalar, çok kere, ancak hakim ortak garanti ettiği takdirde yavru şirkete kredi vermeye yanaşacaklardır. İşte, patronaj beyanları hakim ortağın garanti sözleşmesi akdetmek veya rehin ya da kefalet vermek suretiyle krediyi teminatlandırmak hususunda gösterebileceği tereddüt veya çekingenliği aşmak için kullanılan bir yöntemdir. Bu beyanların içeriği değişkendir; ama genellikle hakim ortağın, kredinin geri dönüşünü sağlamak için gerekli tedbirleri alacağına, özellikle kredi borçlusu şirketi

³⁸ Bolt, M., s. 125; Ruedin, R., s. 439.

borcunu ödeyecek araçlarla donatacağına ilişkin bir taahhütte bulunmasına yöneliktir³⁹. Bazen de hakim ortağın kredi borçlusu şirketin onun tam güvenine sahip olduğuna ilişkin beyanları veya sadakat, nüfuz, imaj gibi niyet açıklamaları şeklinde ortaya çıkabilir. Taahhütte bulunanın kimliği önemli değildir; yavru şirket de hakim ortağın muvafakatıyla böyle bir taahhütte bulunabilir.

Patronaj beyanı aslında birbiriyle bağdaştırılması mümkün olmayan iki amaç güder: Herhangi bir sorumluluk altına girmeden, alacaklılar nezdinde teminat izlenimi yaratmak.

İsviçre doktrini patronaj beyanları konusunda son derece temkinlidir. Bazı yazarlar bu gibi durumlarda hakim ortağın teminat verme iradesine sahip olduğu sonucuna varmanın doğru olmadığına; zira bizatihi patronaj beyanıyla onun herhangi bir klasik teminat yöntemine başvurmadan kaçındığına işaret etmektedirler⁴⁰. Diğer yazarlar ise tamamen aksi görüşte olup, bu beyanlara atfedilecek hukuki değerın güven ilkesine göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedirler⁴¹. Bu tür beyanları bankalar genellikle hukuki anlamda bir teminat olarak kabul etmemektedirler. Fakat, bu beyanların culpa in contrahendo çerçevesinde hakim ortağın sorumluluğuna yol açabileceği haller söz konusu olabilir; ama o takdirde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan şartlar uygulanarak bir sonuca varmak gerekir⁴².

Sonuç olarak diyebiliriz ki, bir şirketin borçlarından dolayı hakim ortağın sorumluluğuna gidilmesi bazı hallerde gerçekten de gereklidir, kaçınılmazdır. Hukuk düzeninin kötü niyeti tasvip etmesi, ilke ve kurumların kötü niyetli amaçlarla kullanılmasına izin vermesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda sığınılacak en uygun hukuki sebep, dürüstlük kuralıdır. Fakat, dürüstlük kuralı, sınırları belirsiz bir kavram olup hukuki güvenliğin tehlikeye düşürülmesi riskini bünyesinde taşımaktadır. Onun için bu kuralın uygulanmasında son derece temkinli ve dikkatli davranılması gerekmektedir. Aksi takdirde, bütün ekonomik hayatı felce uğratabilecek sonuçlarla karşı karşıya kalınabilir.

³⁹ Bolt, M., s. 44-45, s. 127, özellikle dipnot 254.

⁴⁰ Von Planta, A., Die Haftung des Hauptaktionars, Basel 1981, s. 126.

⁴¹ Albers-Schönberg, M., Haftungsverhältnisse im Konzern, Zurich 1980, s. 182.

⁴² Bolt, M., s. 128.