

# KAYBI DENKLEŐTİRİLMEMEN BAĞLI ANONİM ŞİRKETİN DAVA HAKKI VE DAYANAĞI\*

Dr. Kürőat GÖKTÜRK\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiŐtir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir. Makale TÜBİTAK tarafından sağlanan 2219 Yurt DıŐı Doktora Sonrası AraŐtırma Programı desteğiyle hazırlanmıŐtır.

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## ÖZ

*Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk hükümleri, tam hâkimiyet ve kısmi hâkimiyet halleri esas alınmak suretiyle farklı şekilde yapılandırılmıştır. Kısmi hâkimiyete ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde, hâkim işletmenin bağlı şirkete verdiği kaybın, faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmesi gerekmektedir. Bağlı şirketin bu kaybının denkleştirilmemesi halinde, hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açılabilir. Tazminat davası ile ilgili olarak, bağlı şirketin tüzel kişilik olarak dava hakkının bulunup bulunmadığı ve dayanağı meselesinin tetkiki gereklidir. Zira yasal düzenlemeye göre bu dava, bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılabilir (TTK m. 202). Bağlı şirketin dava hakkı ile ilgili bir hükme yasada yer verilmemesinin yanında, yasa gerekçesinde şirketin dava hakkının bulunmadığı vurgulanmaktadır. Makalede, gerekçedeki yaklaşım ve pozitif hukuk açısından değerlendirme yapılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Şirketler topluluğu, bağlı şirket, kaybın denkleştirilmemesi, tazminat, dava hakkı.

## RIGHT AND GROUND OF ACTION OF THE NON-COMPANSATED SUBSIDIARY

### ABSTRACT

*The liability provisions for corporate groups in Turkish Commercial Code (TCC) are structured in two category; one being full dominance, the other being partial dominance. According to the regulations regarding the partial dominance, the disadvantage caused by the controlling undertaking on the controlled company shall be compensated within the same fiscal year. In case of non-compensation of the disadvantages of the subsidiary, a lawsuit can be brought against the controlling undertaking and its board members for the damages borne by the subsidiary. With regard to this lawsuit, the existence of right of action of the subsidiary as a legal person, and its ground are subject to examining, since the relevant article of the TCC states that this lawsuit can be only by the shareholders and the creditors of the subsidiary (TCC Art. 202). Furthermore, it is clearly stated in the official explanatory note that the subsidiary has no right of action for such a lawsuit. The essay deals with the right of action of the subsidiary in terms of the approach of the official explanatory note and positive law.*

**Keywords:** *Corporate groups, subsidiary, compensation of disadvantage, liability for damage, right of action*

## I. GİRİŞ VE SORUN

Şirketler topluluğunda kısmi hâkimiyet altında bulunan bir anonim şirketin, şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde hakim işletme<sup>[1]</sup> tarafından kayba uğratılması -kural olarak- yasaktır (TTK m. 202/1,a,1). Ancak genel ekonominin ve topluluk şeklinde oluşan yapılanmanın özelliğini dikkate alan kanun koyucu, bu kurala bir istisna getirmiş ve faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirilmesi kaydıyla, bağlı şirketin hakim işletme müdahalesiyle kayba uğratılabilmesine müsaade etmiştir<sup>[2]</sup> (TTK m. 202/1,a,2). Bu süre zarfında, hakim işletme aleyhine, bağlı şirketin kaybını gidermesi amacıyla -kural olarak- dava açılmayacaktır<sup>[3]</sup>. Faaliyet yılı sonuna kadar hakim işletmeye sağlanmış imtiyazlı bir durum söz konusudur<sup>[4]</sup>.

Bağlı şirketin kaybının faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirilmemesi durumunda ise, artık kaybın denkleştirilmesi değil, bağlı şirketin zararının tazmini davası açılabilir (TTK m. 202/2). Dava, şirketin zararının tazmin edilmesine yönelik olmakla birlikte, yasal düzenlemede dava hakkı bulunan kişiler arasında bağlı şirket zikredilmemiş, sadece bu şirketin pay sahipleri ve alacaklılar zikredilmiştir. Madde gerekçesinin konu ile ilgili kısmı tetkik edildiğinde, bağlı şirketin bilinçli olarak maddede zikredilmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira gerekçeye göre, bağlı şirketin dava hakkı bulunmamaktadır<sup>[5]</sup>.

- [1] Türk Ticaret Kanununda şirketler topluluğunun hâkiminin bir ticaret şirketi ya da bir teşebbüs olabileceği öngörülmüştür (bk. TTK m. 195). Makalede hakim işletme kavramı, tekrardan kaçınmak amacıyla hem hakim ticaret şirketini, hem de hakim teşebbüsü kapsayacak anlamda kullanılmıştır.
- [2] Denkleştirme konusunda Türk hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 281 vd.; Gürbüz Usluel, Aslı E, Şirketler Topluluğunda Denkleştirme, MÜHF-HAD, C. 18, Sa. 2, Y. 2012, (s. 281-307), s. 283 vd.; Alman hukukunda örnek olarak bkz. Linsmann, H. Friedrich, Der Ausgleichsanspruch nach § 311 Abs. 2 des Aktiengesetzes, 1969, s. 22 vd.; Meyer, Maximilian, Nachteil und Einlagerückgewähr im faktischen Konzern, Baden-Baden, 2013, s. 58 ff.; Winterhager, Henrich: Nachteil Und Nachteilsausgleich Bei Faktischer Abhängigkeit, Bonn, 1975, s.37 ff.
- [3] Müdahalenin önlenmesi ve ref'i ile ilgili olarak açılacak davalar konusunda Alman hukukunda örnek olarak bkz. Kropff, Bruno, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, München, 2000, AktG § 317 Rn. 42; Habersack, Mathias, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH- Konzernrecht, München, 2013, AktG § 317 Rn. 19 f.; Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, München, 2012, AktG § 317 Rn. 10; Koppensteiner, Hans Georg, in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6, Köln, 2004, AktG § 317 Rn. 20 f.
- [4] Bkz. Vetter, Jochen, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz Kommentar, Bd. 2, Köln, 2010, § 311 Rn. 6; Habersack, AktG § 311 Rn. 2; Koppensteiner, AktG Vorb. § 311 Rn. 5;
- [5] Gerekçede bu husus, "Dava hakkı, şirkete tanınmamış, bunun yerine pay sahipleriyle şirket alacaklılarına bu olanak sağlanmıştır." şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, YY: 2, SS: 96, s. 142 (Bundan sonra sadece "Gerekçe" olarak kısaltılmıştır).

Bağlı şirkete dava hakkı tanınmaması, gerekçede iki temel argüman ile izah edilmektedir<sup>[6]</sup>: İlk olarak, bağlı şirketin samimi bir şekilde bu davayı açıp izlemesinden endişe edilmiştir. İkinci olarak, hâkim işletme ile bağlı şirket yönetim kurulunu bu dava sebebiyle karşı karşıya getirmenin isabetli bir hukuk politikası tercihi olmayacağı düşüncesinden hareket edilmiştir.

Yasal düzenleme gerekçesinden çıkan sonuç, gayet net bir şekilde, bağlı şirkete zararı dava etme hakkı tanınmaması yönündedir. Gerekçede izah edildiği gibi, bunun bir hukuk politikası tercihi olduğu da düşünülebilir<sup>[7]</sup>. Ancak kanaatimizce bu sonuç, pozitif hukuk bakımından tartışmaya açıktır. Aşağıda incelenmeye çalışılacak olan sorun, kısaca, bağlı şirkete dava hakkı tanınmamasına yönelik yaklaşımın, pozitif hukuk bakımından kabule elverişli olup olmadığıdır.

## II. MEHAZ ALMAN HUKUKUNDA DURUM

Türk Ticaret Kanunu'nun bağlı anonim şirketlerin kayba uğratılması ve bu kaybın giderilmemesi durumunda açılacak sorumluluk davasına ilişkin düzenlemesi, esas itibarıyla Alman Paylı Ortaklıklar Kanunundan (Aktiengesetz) istifade edilerek şekillendirilmiştir. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun fiili konzerne ilişkin düzenlemelerinde, hakim işletmenin bağlı şirketin kaybına yol açacak bir yönlendirmede bulunması ve hesap yılı sonuna kadar bunu denkleştirmemesi durumunda, şirketin zararını tazmin etmesi yükümlülüğüne yer verilmiştir (AktG § 317 I 1).

Alman öğretisinde, söz konusu düzenleme uyarınca bağlı şirketin zararın tazmini davası açabileceği, yani şirketin dava hakkının bulunduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>[8]</sup>. Bu hukuk çevresinde de bağlı şirket yönetim kurulunun (Vorstand), özellikle kendi sorumluluğunun gündeme gelebileceği hallerde davayı açıp açmayacağına ilişkin tereddütler dile getirilmekle birlikte; bu kaygı, şirketin dava hakkının bulunup bulunmaması ile ilgili değil, dava hakkının nasıl daha etkin bir şekilde kullanılabilmesine ilişkin tartışmaları

[6] Bkz. Gerekçe s. 142

[7] Bkz. Gerekçe s. 142

[8] Altmeyden, Holger, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, 2010, AktG § 317, Rn. 52; Habersack, AktG § 317 Rn. 26; Hüffer, AktG § 317, Rn. 2; Koppensteiner, AktG § 317 Rn. 27; Krieger, Gerd, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd. 4, 2007, Kapitel 12, § 69 Rn. 121, 125; Kropff, AktG § 317 Rn. 46; Leuring, Dieter/Goertz, Alexander, in Hölters Aktiengesetz Kommentar, München, 2014, AktG § 317 Rn. 25; Müller, Hans-Friedrich, in Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, München, 2010, AktG § 317 Rn. 6; Walchner, Wolfgang, in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Baden-Baden, 2011, Teil I, AktG § 317 Rn. 11

beraberinde getirmektedir<sup>[9]</sup>. Özellikle bağlı şirket yönetim kurulunun da kayıp nedeniyle müteselsil sorumluluğunun bulunduğu durumlarda, Alman hukukunun anonim şirket ikili yönetim yapılanmasındaki özellikten istifade edilerek, gözetim kurulunun (Aufsichtsrat) sorumluluk davasını açması gerektiği kabul edilmektedir<sup>[10]</sup> (bkz. AktG § 112).

Gözetim kurulunun da aynen yönetim kurulu gibi hakim işletme çoğunluğunun etkisi altında bulunması ihtimali nedeniyle, şirket adına açılacak tazminat davasını samimi bir şekilde takip etmesine yönelik kaygılar yadsınmaz<sup>[11]</sup>. Öte yandan pay sahipleri tarafından açılacak davanın masrafları da, bu menfaat çevresi tarafından sorumluluk davası açılmasını güçleştirmektedir. Özellikle açıklanan bu son hale dayalı olmakla birlikte, öğretide şirket adına açılacak davanın etkinliğini artırmaya yönelik çözüm arayışları bulunmaktadır. Bu kapsamda, kanunda öngörülen belirli hallerde genel kurulun sorumluluk davası açılması yönünde karar alabileceğine ilişkin düzenlemenin (bkz. AktG § 147), her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmese de, şirketler topluluğunda bağlı şirket tarafından açılacak davada da uygulanması gerektiği öğretide bazı yazarlarca savunulmaktadır<sup>[12]</sup>. Anılan madde, genel kurul tarafından adi çoğunlukla karar verilmesi halinde, kanunda zikredilen hallerde sorumluluk davasının açılabilmesi öngörmekte ve bu tür durumlarda ayrıca genel kurul ya da azlığın talebi üzerine mahkeme tarafından, tazminat davasını yürütmek üzere bir temsilcinin seçilebileceğini öngörmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, Türk hukukunun, kaybın denkleştirilmemesi halinde hakim işletmenin sorumluluğuna gidilebileceğine dair düzenlemesinin, Alman fiili konzern düzenlemesi ile uyumlu olduğunda tereddüt yoktur. Tereddütlü olan husus, Türk Ticaret Kanununda dava hakkı bulunanlar arasında zikredilmeyen ve zararın muhatabı olan bağlı şirketin, dava hakkının bulunmadığına dair kanun gerekçesindeki açıklamanın, Türk hukuku bakımından nasıl yorumlanacağıdır.

[9] Bkz. Altmeppen, AktG § 317, Rn. 52; Kropff, AktG § 317 Rn. 46

[10] Altmeppen, AktG § 317 Rn. 52; Kropff, AktG § 317 Rn. 46

[11] Altmeppen, AktG § 317 Rn. 52; Kropff, AktG § 317 Rn. 46

[12] Altmeppen, AktG § 317 Rn. 70 ff.; Habersack, § 317, Rn. 27; Kropff, AktG § 317 Rn. 57 ff.; Leuering/Goertz, AktG § 317 Rn. 25; Aksi yönde bkz. Hüffer, AktG § 317 Rn. 16; Koppensteiner, AktG § 317, Rn. 27; Krieger, Kapitel 12, § 69 Rn. 125, § 70 Rn. 163

### III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BAĞLI ŞİRKETİN DAVA HAKKININ TETKİKİ

#### A. Kanun Gereğesine Göre

##### 1. İlişkinin Niteliği – Eksik Borç

Türk Ticaret Kanunu gereğesinde, bağlı şirketin, kaybın denkleştirilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini davası açamayacağı açık şekilde belirtilmektedir<sup>[13]</sup>. Bağlı şirketin dava hakkını kullanamaması, hakim işletmenin kaybı denkleştirmemesi halinde, bağlı şirketin zarara uğramayacağı anlamını taşımamaktadır. Bu sonuç, bağlı şirket dışındaki hak sahiplerinin “şirketin zararını” dava edebilmelerine ilişkin yasa lafzından çıkmaktadır (TTK m. 202/1,b). Gereğedeki açıklamalar da aynı sonucu desteklemektedir<sup>[14]</sup>. Kanun gereğesindeki açıklamalar, esas itibariyle bağlı şirketin alacak hakkının bulunup bulunmaması ile ilgili olmayıp, doğrudan dava hakkı ile ilgilidir. Zira açıkça dava hakkı ibaresi kullanılarak, bu hakkın tatbikindeki fiili güçlük esas alınmıştır<sup>[15]</sup>. Bu bakımdan kanun ve gereğesindeki açıklamalar nazara alındığında, bağlı şirketin kaybın giderilmemesi nedeniyle uğradığı zarar bakımından hakim şirkete karşı alacak hakkının bulunduğu tereddüt yoktur. Gereğeye göre mümkün olmayan husus, alacağın bağlı şirket tarafından dava edilebilmesidir.

Bağlı şirket alacağı dava edememekle birlikte, alacaklılar ve bağlı şirket ortakları gibi başkaca şahısların talep ve dava hakları bulunmaktadır (TTK m. 202/1,b,c). Dava aynı alacağa yöneldiğinden, alacağın kimin tarafından dava edildiğinin, borç ifa edildiği ölçüde önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan borcun ifa edilmesi (ki bağlı şirkete ifa edilmelidir), alacağı da sonlandırmaktadır. Gereğedeki açıklamaya göre, bağlı şirket tarafından alacak dava edilebilir olmakla birlikte; hakim işletme tarafından bağlı şirkete rızaen yapılan bir ifanın, borcu sona erdiren etkiyi haiz olduğunu kabul etmek gerekir (BK m. 131/1).

Bağlı şirketin alacak hakkının bulunmasına rağmen bunun dava edilebilir olmaması, buna karşın rızai ifa ile borcun sona ermesi, kaybın denkleştirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan hakim işletme tazmin borcunun, hukuki açıdan eksik borç olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Eksik borçlarda, alacaklının talep hakkı mevcut olmasına rağmen, dava ya da cebri icra yoluyla alacağını tahsil etme imkanı bulunmamaktadır<sup>[16]</sup>.

[13] Gereğçe s. 142

[14] Bkz. Gereğçe s. 142

[15] Gereğçede bu konuda “Birinci fıkranın (b) ve devamı bentlerinde...dava hakları... düzenlenmiştir.” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Gereğçe s. 142

[16] Bkz. Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 88; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar



Burada, söz konusu ilişkinin kanun gerekçesine göre eksik borç ilişkisi olarak nitelendirilmesinin bir önemi bulunmadığı<sup>[17]</sup>, zira başkaca yasal düzenlemelere (örneğin haksız fiil hükümlerine) dayalı olarak alacağın dava edilebileceği, bu nedenle borç ilişkisinin eksik borç olarak nitelendirilemeyeceği şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Değerlendirmemiz sadece kanun gerekçesindeki vurguya dayalı olarak yapıлып, zaten gerekçedeki bu açıklamanın hukuken himaye edilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan<sup>[18]</sup>, daha ileri düzeyde bir tartışmaya girilmesi isabetli olmayacaktır. Ancak burada şu kadarını açıklamakla iktifa etmek gerekir ki, gerekçede dava hakkının bulunmamasının dayanağı olarak kullanılan açıklamalar, sadece Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili 202'nci maddesinden doğan davalarla ilgili değil, genel olarak bağlı şirket (yönetim kurulu) tarafından açılacak sorumluluk davalarıyla ilgilidir. Bu açıklamalar, kanun koyucunun başka bir yasal düzenleme çerçevesinde de dava imkânını bertaraf etmek amacını taşıdığını göstermektedir. Zira gerekçeye göre dava hakkının bulunmamasının temelinde, bağlı şirket yönetim kurulunun bu davayı açmaktaki isteksizliği ve hâkim ve bağlı şirket yönetimlerinin karşı karşıya gelmesi tehlikesi yatmaktadır. Bu kaygılar, diğer yasal düzenlemelere dayalı olarak açılacak davalar bakımından da geçerli olduğundan, gerekçede bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına ilişkin açıklamanın, sadece maddeyle sınırlı amacının bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir<sup>[19]</sup>.

## 2. Diğer Eksik Borçlarla Mukayesesi

Eksik borçlar öğretide Eren tarafından, dava unsurunun zaman itibariyle eksikliği esas alınmak suretiyle doğuştan eksik borç, sonradan eksik borç ve geçici eksik borç olmak üzere üçlü bir tasnifle incelenmektedir<sup>[20]</sup>. Kumar ve bahisten doğan borçlar doğuştan eksik borç örneği teşkil ederken<sup>[21]</sup>; zamanaşımına uğramış borç, dava hakkının sonradan yitirildiği borçlara örnek teşkil

Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 33; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012, s. 19; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 23

[17] Amacımız borcun gerçek hukuki niteliğini ortaya koymak değil, sadece gerekçedeki açıklamaların pozitif hukuk bakımından isabetli olduğu varsayıldığında, borcun nasıl nitelendirilebileceği hakkında değerlendirme yapmaktır.

[18] Bkz. aşağıda (III.B.2) başlığı altında yapılan açıklamalar.

[19] Faklı yönde bkz. Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, § 23 kn. 113

[20] Eren, s. 89 vd.; Tasnif Antalya tarafından da benzer şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Antalya s. 24 vd. Tekinay tarafından gerçekte bir alacağın bulunup bulunmamasına göre daha farklı bir tasnif yapılmaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 24 vd. Alacak hakkının mevcudiyetinde tereddüt bulunmadığından, makalede Eren tarafından yapılan tasnife göre değerlendirme yapılmıştır.

[21] Eren s. 89; Antalya s. 24 vd.

eder<sup>[22]</sup>. Geçici eksik borca ise, kural olarak belirli bir olayın vukuu anına kadar dava edilemeyen miras hukuku düzenlemeleri örnek gösterilebilir<sup>[23]</sup>. Kanun gerekçesine göre, bağlı şirketin kayıp nedeniyle zararının tazminini dava edememesi, alacağın doğumundan itibaren mümkün olmadığından, doğuştan eksik borç grubuna girmektedir.

Eksik borçlar, kanun koyucunun cebri icra ya da yargı organları marifetiyle himayesinde yarar görmediği borçlardan oluşur<sup>[24]</sup>. Bağlı şirket açısından bu borcun, kamu erki kullanılarak himayesinde yarar görülmediği, Kanunun gerekçesinde açıklanmaktadır. Ancak diğer eksik borç hallerinden farklı olarak burada, kamu düzeni, genel ahlak ve adalet gibi üstün menfaatlere hizmet amacı bulunmayıp<sup>[25]</sup>, bağlı şirketin bu davayı açıp yürütmesi bakımından duyulan kaygı<sup>[26]</sup>, borcun dava edilebilir olma özelliğini kaldırmaktadır.

Bağlı şirket açısından sözkonusu olan eksik borcun, diğer eksik borçlardan tek farkı, oluşum gerekçesi bakımından değildir. Alacak hakkının, başka şahıslar tarafından, bağlı şirketin alacak hakkı dolayısıyla dava edilebilir olması da bu borcu diğer eksik borçlardan ayırmaktadır. Başka bir ifadeyle, maddi hukuk bakımından hak sahibi olan (asıl) alacaklının dava hakkının bulunmadığı, ancak maddi hukuk bakımından hak sahibi olmayan üçüncü şahısların<sup>[27]</sup> bunun alacaklıya ifasını talep edebildiği bir borç olması bakımından, diğer eksik

[22] Eren, s. 94; Antalya, s. 26

[23] Eren s. 93

[24] Bkz. Eren, s. 88

[25] Bkz. Eren s. 88

[26] Bkz. Gerekeçe s. 142

[27] İsviçre hukukunda şirket, maddi hukuk bakımından asıl hak sahibi olarak kabul edilmekle birlikte, pay sahibi ve alacaklıların dava hakkı ile ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar dolaylı zarar görenlerin sadece usul hukuku anlamında dava hakkını haiz olduğunu ve maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadıklarını kabul ederken, bazıları bunların dava hakkının maddi hukuk kapsamındaki alacak hakkından doğduğunu kabul etmektedir. Aynı tartışma Alman konzern hukukunda da mevcuttur. İlk görüşü destekleyenler için bkz. Altmeppen, AktG § 317 Rn. 56; Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, s. 153; Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 18 Rn. 226; Bödeker, Annette, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, München, 2014, AktG § 317 Rn. 8; Habersack, AktG § 317 Rn. 27; Hüffer, AktG § 317, Rn. 16; Müller, AktG § 317 Rn. 19; von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel, 2006, s. 37 ff., 64 f.; Widmer, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, Basel, 1994 Art. 757 Rn. 9; İkinci görüşü destekleyenler için bkz. Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987, Rn. 223 ff. ve Rn. 210 ve devamında anılan yazarlar; Mertens, Hans-Joachim, Die gesetzlich Einschränkungen der Disposition über Ersatzansprüche der Gesellschaft durch Verzicht und Vergleich in der aktien- und konzernrechtlichen Organhaftung, in FS für Hans-Joachim Fleck, ZGR Sonderheft 7, (s. 209-219), s. 218

borç türlerinden ayrılmaktadır (bkz. TTK m. 202/1,b,c). Bu açıdan, nispi bir özelliğe sahip, nev'i şahsına münhasır bir eksik borç ilişkisi söz konusudur<sup>[28]</sup>.

## B. Pozitif Hukuk Bakımından

### 1. Gerekeçedeki Yaklaşımın Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi

Bağlı şirketin, dava hakkının bulunmaması, fiili bazı durumlarla gerekçelendirilmektedir<sup>[29]</sup>. Gerçekten de genel olarak bağlı şirketin bu davayı açıp yürütmesi, özellikle bağlı şirket yöneticilerinin de sorumluluğunu gerektiren durumlarda, fiilen beklenen bir davranış tarzı değildir. Ancak bu fiili durum, hukuki bir sonuç içermediği gibi, bağlı şirket yönetim kurulunun söz konusu davayı kesinlikle açmaktan imtina ettiği, bunun istisnalarının bulunmayacağı manasına gelmez.

Dürüst ve sorumluluk bilincine sahip bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinden beklenen davranış tarzı, şirket menfaatlerini korumaya yöneliktir (TTK m. 369/1). Bağımlılık ilişkisi, yani şirketler topluluğuna dahil olmak, bu menfaat koruma bilincinin, ancak kanunun izin verdiği kapsamda terkedilmesini haklı kılar (bkz. TTK m. 369/2); topluluk ilişkisine dahil olmakla bağlı şirket yönetim kurulu, hukuken şirketi yönetim konusunda özen yükümünü bütünüyle terketmiş bir icra aracına dönüşmemektedir. Bağlı şirket menfaatlerini korumaya yönelik davranış tarzı, özen yükümünün bir gereğidir. İlgililerin kendi sorumluluğunun gündeme gelebileceği hallerde, hakim işletmeye karşı sorumluluk davası açmaktan fiilen imtina etmesi ihtimal dahilinde olmakla birlikte, bu veya bunun dışındaki hallerde bağlı şirket yönetim kurulu sorumluluk davası açmak isteyebilir. Fiili durumun istisnaları bulunabileceğine göre, bağlı şirkete dava hakkı tanınmaması, bu tür istisnai durumlarda dava açmak isteyenlerin bu haklarını kullanamaması sonucunu doğuracaktır<sup>[30]</sup>.

Benzer bir durum, şirketler topluluğu hukuku dışında, özellikle anonim şirket yöneticilerinin sorumluluğu bakımından da söz konusudur. Zira topluluk ilişkisi bulunmaksızın, bir kimsenin bir anonim şirkette hâkim ortak sıfatını haiz olması söz konusu olabilir ve bu sıfatının sonucu olarak, şartları varsa

[28] Yukarıda (1) numaralı başlık içerisinde de ifade edildiği üzere, bağlı şirketin tazminat davası açma hakkı, sadece kanun gerekçesine göre mevcut değildir. Eksik borç hakkındaki değerlendirmemiz, Kanun gerekçesindeki bu açıklamalar çerçevesinde yapılmıştır. Değerlendirmenin isabetli olup olmadığı meselesi ise, aşağıdaki başlıklarda incelenecektir.

[29] Bkz. Gerekeç s. 142

[30] Gerekeçedeki açık ifade karşısında, öğretilerde şirketin dava hakkı kabul edilmekte ve dava hakkının kullanılıp kullanılmamasının, gerekçedeki açıklamalara göre yönetim kurulunun takdirinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp (2013), § 23 kn. 113

yönetici vasfı nedeniyle hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>[31]</sup>. Hâkim ortağa karşı şirketin açacağı sorumluluk davasında yönetim kurulunun, şirketler topluluğunda yaşanan duruma benzer fiili kaygılar yaşaması mümkündür<sup>[32]</sup>. Ancak konuyla ilgili düzenleme gerekçesinde, şirketin hâkim ortağa davayı açıp samimiyetle takibi konusunda duyduğu kaygı nedeniyle, şirketin dava hakkının reddedildiği vurgulanmamıştır<sup>[33]</sup>.

Bağlı şirketin dava hakkının reddine dayanak olarak kullanılan fiili durumla, bu fiili durum kapsamında varılan sonuç da eleştiriye açıktır. Zira eğer bağlı şirketin bu davayı açıp takip etmesinden kaygı duyuluyor ise, bu kaygının hakkın reddi sonucunu doğurmayıp, kanun koyucuyu makul bir çözüme sevk etmesi beklenilir. Bu kapsamda azınlıktaki pay sahiplerinin, şirket adına dava açma yetkisi ile tecviz edilmeleri makul ve hukukumuza yabancı olmayan bir çözüm yoludur. Yine bu kaygının özellikle zamanaşımı süresi bakımından, zamanaşımını durduran bir sebep olarak değerlendirilmesi ve uygun bir hüküm sevk edilmesi mümkündür. Bu koruyucu örnekler çoğaltılabilir. Ancak, davanın takibi bakımından duyulan kaygıya rağmen, bağlı şirketin dava hakkını himayeye yönelik çözümler yerine, bu hakkı reddetmek yoluna gidilmiştir. Gelinek nokta, neden ve sonucun birbiri ile uyumu sorgulanmaya açık hale gelmektedir.

## **2. Hak Arama Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme ve Dava Hakkının Kabulü**

Yukarıdaki başlıklardaki açıklamalar<sup>[34]</sup>, bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına yönelik kanun gerekçesi esas alınmak suretiyle yapılmıştır. Ancak hukuki durumun, kanun gerekçesindeki açıklamayla uyum taşıyıp taşımadığı, tartışmaya açıktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki dava hakkı, hak arama hürriyeti kapsamında Anayasa ile teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerdendir (AY m. 36/I). Ancak bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına dair Türk Ticaret Kanunu gerekçesindeki açıklamalar, bu anayasal hakkın sınırlandırıldığı kanaatini uyandırmaktadır. Hakkın sınırlandırılması, anayasal düzenlemeler çerçevesinde, anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığı tartışmasını beraberinde getirebilir. Ancak burada böyle bir tartışmaya girilmesi lüzumlu değildir. Zira yürürlükteki

[31] Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011, § 55 kn. 51; Tekinalp (2013), § 11 kn. 12 vd., § 16 kn. 58

[32] Topluluk ilişkisi bulunmayan hallerde de şirketin dava hakkının kullanılması hususundaki bazı endişeler için bkz. Bärtschi, s. 130 f.; Bilgili, Fatih, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 149

[33] Bkz. TTK m. 553, 555 ve anılan madde gerekçeleri. Oysa benzer durumdaki şirketler topluluğunda, dava hakkının reddedildiği vurgusu yapılmaktadır. Bkz. Gerekçe s. 142

[34] Bkz. III.A ve III.B.1 başlıkları altında yer alan açıklamalar.

Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile sınırlandırılabilceği hükmünü amirdir (AY m. 13). Bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına yönelik bir ibare kanun metninde bulunmamakta, sadece kanun gerekçesinde bu konuda açıklama yer almaktadır. Hukuken temel hak ve özgürlükler ancak kanun vasıtasıyla sınırlandırılabilceğinden, kanun gerekçesi bu hakları sınırlamada bir araç olma işlevine sahip değildir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında, konu ile ilgili olarak yapılabilecek ilk tespit, aracın elverişsizliğidir. Nitekim yukarıda<sup>[35]</sup> bağlı şirketin dava hakkının mukayese edildiği eksik borçlarda sınırlama, kanunun konu ile ilgili açık düzenlemeleri ile gerçekleşmektedir<sup>[36]</sup>.

Dava hakkını sınırlamaya yönelik aracın elverişsizliğinin tespitinden sonra, kanunun bağlı şirketin dava hakkı ile ilgili olarak suskun kalmasının<sup>[37]</sup> hukuken nasıl nitelendirilebileceği sorununun incelenmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılarının, bağlı şirketin uğradığı zararın tazminini talep etme haklarının bulunduğunu hükme bağlamakla birlikte (TTK m. 202/1,b ve c), bağlı şirketin dava hakkı konusunda suskun kalmıştır. Ancak yasadaki suskunluğun, öncelikle bağlı şirketin alacak hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Zira gerek kanun metni<sup>[38]</sup> gerekse kanun gerekçesi<sup>[39]</sup>, bağlı şirketin alacak hakkının bulunduğu hususunda tereddüt içermemektedir; sorun dava hakkı ile ilgilidir.

Bir kimsenin kanunen tanınan bir alacak hakkının mevcut olduğu durumlarda, bu alacağın dava yoluyla dermeyanını mümkün kılan açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira hukuk sistemimizde dava hakkı, hak arama hürriyeti kapsamında Anayasa ile himaye altına alınmıştır (AY m. 36). Dava hakkının kullanılmasına ilişkin olumlu yasal düzenlemeler, bu üst normun somut görünümünden ve tekrarından ibarettir. Alacak hakkı bulunanın hakkını dava yoluyla talep etmesi tabii olan sonuçtur ki, sorumluluğa ilişkin yasal düzenlemeler, esas itibarıyla, hangi alacaklının alacağı talep hakkının bulunduğu değil, kimlerin borcu ifa etmesi gerektiği esas alınmak suretiyle şekillendirilmektedir (örnek olarak bkz. TBK m. 49/1; 77/1). Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun alacak hakkı sahibi olanın (asıl alacaklının) dava hakkı bakımından suskun

[35] BK. III.A.1 başlığı altında yer alan açıklamalar.

[36] Eksik borcun sözleşme ile doğup doğmayacağına ilişkin tartışma (Bkz. Eren, s. 93), konu ile ilgili değildir.

[37] Kavram için bkz. TTK m. 340 gerekçesi son cümlesinde yer alan açıklama. Gerekçe s. 157

[38] TTK m. 202/1, b hükmünde, "şirketin zararını tazmin" ibaresine yer verilmek suretiyle, hukuki sebebi ne olursa olsun, şirketin alacak hakkının varlığı kabul edilmektedir.

[39] Bkz. Gerekçe s. 142; Kanun gerekçesinde alacak hakkının varlığı ile ilgili değil, bu hakkın bağlı şirket tarafından davaya konu edilmesinin doğurabileceği güçlüklerden bahsedilmektedir.

kalmasına, bu hakkı reddettiği şeklinde bir sonuç bağlamak hukuken mümkün değildir; tam aksine, yasada hakkı sınırlayan düzenleme bulunmaması, dava hakkının varlığının kabul edildiği yönünde değerlendirme yapılmasını gerekli kılar<sup>[40]</sup>. Doğrudan zarara uğrayanın dava hakkının bulunmadığını kabul için, kanunun alacaklıyı belirtmemesi yeterli olmayıp, dava hakkının bulunmadığını açıkça hükme bağlaması gerekmektedir. Kanun gerekçesi temel bir hakka ilişkin varılan bu sonucu değiştirmeye müsait değildir (AY m. 13).

Kanun metninin, asıl alacaklı bakımından suskunluğuna bağlanan –dava hakkı bulunduğu dair- sonucun, bağlı şirketin zararını dava etme hakkı sağlanan şirket alacaklıları ve pay sahipleri bakımından kabulü mümkün değildir. Başka bir deyişle, hak sahibi olan şirket tüzel kişiliği dışında, bağlı şirketin zararının tazminini dava etme hakkı verilen başkaca kişilerin kanunda zikredilmesi zorunludur. Zira bu sayılanlara dava hakkı, asıl alacaklının dava hakkı yanında, çeşitli mülhazalarla alacağın tahsiline imkân sağlamak bakımından tanınmıştır. Eğer kanun koyucu bağlı şirket alacaklılarının ya da pay sahiplerinin dava hakkının bulunduğu hükme bağlamasa ve bu konuda suskun kalsa idi, bu kimselerin dava açma haklarının bulunmadığını kabul etmek gerekecek idi. Aynı sonucun, asıl hak sahibi bakımından himayesi mümkün değildir.

Netice itibariyle, her ne kadar kanun gerekçesinde, bağlı şirkete zararının tazminini dava etme hakkının tanınmadığına yönelik bir açıklamaya yer verilmişse de, gerekçedeki açıklama, hukuken bağlı şirketin dava hakkını ortadan kaldıracabilecek nitelikte değildir ve bağlı şirketin zararının tazminini dava etme hakkının Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden doğduğu kabul edilmelidir.

### C. Öğretinin Yaklaşımı

Türk Ticaret Kanunu, nispeten yakın bir tarihte yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, öğretide bağlı şirketin dava hakkı ile ilgili görüşler dile getirilmeye başlamıştır. Konu hakkında en ayrıntılı açıklamayı yapan *Tekinalp*, Türk Ticaret Kanunu gerekçesindeki açıklamalara vurgu yaptıktan sonra, her ne kadar Türk

[40] Bağlı şirketin incelemeye konu dava hakkı ile ilgili bir Yargıtay kararı bulunmamakla birlikte, kanunun dava hakkı konusunda suskun kalmasının, hakkı sınırlama etkisi doğurmayaacağı hakkında Yargıtay BGK 22.01.1988 gün ve 1986/5 E ve 1988/1 K sayılı ilamında yer alan açıklamalara bakınız. Bahsedilen kararda “Tartışma konusu(nun) ...sonuç itibariyle hukuksal açıdan temel haklardan olan dava hakkının sınırlandırılması niteliğini taşıyan bir sorun oluşturduğu kuşkusuzdur. T.C. Anayasası'nın 13 üncü maddesi uyarınca hakkın sınırlandırılmasının yasaya dayanması zorunludur. Madde metninde ise belirtilen yönde (yani söz konusu manevî tazminat davasının...açılamayaacağı yolunda) bir sınırlandırma mevcut değildir. Görülüyor ki...(kanun)...metninde mevcut olmayan bir sınırlandırmayı benimsemi(.) Anayasa'nın 13 üncü maddesine ters düşecek bir sonuç doğurmakta olup(.) bu yoldaki bir düzenleme ancak yasayla gerçekleştirilebilir.” açıklamalarına yer verilmiştir. (Kaynak: Corpus Arşiv)

Ticaret Kanunu'nda bağlı şirketin dava hakkı ile ilgili açıklık bulunmasa da, bağlı şirketin, kaybın giderilmemesi nedeniyle hâkim işletmeye karşı tazminat davası açabileceğini kabul etmekte, bu davanın dayanağının da TTK m. 202 değil, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri olduğunu savunmaktadır<sup>[41]</sup>. Yazara göre Türk Ticaret Kanunu bağlı şirket açısından davanın açılmasını engelleyen bir hüküm öngörmemiştir, bağlı şirketin dava açması için kanunda açık bir hükmün bulunmasına gerek yoktur ve BK m. 49 ve devamına dayalı olarak bağlı şirketin dava açması mümkündür. Kanun gerekçesinde bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına dair açıklama ise, yönetim kurulu üyelerini korumaya matuf olup, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davası açmamlarından ötürü, kendilerine karşı özen yükümü ihlalinden dolayı sorumluluk davası açılmasına engel olmaktadır. Buna rağmen bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, kendi istekleriyle sorumluluk davası açmak istedikleri takdirde, buna engel olunamayacaktır<sup>[42]</sup>.

Öğretide *Tekinalp*'in bu görüşüne de atıf yapılarak, kanunda davacılar arasında zikredilmese de bağlı şirketin dava açabileceği kabul edilmektedir<sup>[43]</sup>. Ancak, bağlı şirketin dava hakkının varlığını savunan yazarlar, dava dayanağının haksız fiil hükümleri olup olmadığı konusunda Tekinalp kadar açık görüş belirtmemekte, asıl dava hakkı sahibinin bağlı şirket olduğunu vurgulamak suretiyle, davanın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden kaynaklandığı kanaatini uyandırmaktadırlar<sup>[44]</sup>. Bu yaklaşımın yanı sıra, öğretilerde bir diğer görüş, meseleyi dolaylı zarar kapsamında incelemekte ve davanın ancak pay sahibi ve alacaklılar tarafından açılabilceğini vurgulamakla birlikte, şirketin dava hakkının varlığını örtülü de olsa kabul etmektedir<sup>[45]</sup>.

[41] Tekinalp (2013), § 23 kn. 113; Tekinalp, Ünal, Rigs of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law, in *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift Roland von Büren*, Basel, 2009, (s. 153-176), s. 168, 169

[42] Tekinalp (2013), § 23 kn. 113; Tekinalp (2009), s. 169

[43] Bkz. Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku*, Bursa, 2013, s. 130; Okutan-Nilsson, s. 356; Yazarlar, açık şekilde sorumluluğun haksız fiilden kaynaklandığına ilişkin görüş belirtmemişlerdir.

[44] Bkz. özellikle Okutan-Nilsson, s. 356, Yazar, "Davanın amacı bağlı şirketin zararlarının tazmini olduğuna göre, dava hakkının asıl sahibi bağlı şirketin kendisidir. Bu hususun hükümde açıkça öngörülmemiş olması, şirketin dava hakkını kaldırmaz" açıklamasını yapmak suretiyle, bağlı şirketin dava hakkının dayanağının, Türk Ticaret Kanunu hükümleri olduğunu dolaylı da olsa dile getirmektedir.

[45] Bkz. Giray, Rabia E, *Şirketler Hukuku*, Ed. Sami Karahan, İstanbul, 2012, s. 144; Yazar anılan sayfada "Dava ancak pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılabilir" ibaresini kullanmıştır. Kullanılan ibarenin, bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanması mümkün olduğu gibi, bağlı şirketin dolaylı bir zararının bulunmaması nedeniyle, bu zararı dava edemeyeceği şeklinde de anlaşılması mümkündür. Yukarıdaki değerlendirmemiz, bu ikinci anlam esas alınarak yapılmıştır. Nitekim yazar dolaylı zarar başlığı altında açıklama yapmanın yanı sıra, aynı sayfada, sorumluluk davası açma



Bağlı şirketin dava hakkının, şirketler topluluğu düzenlemelerine değil de Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine dayalı olarak izah eden görüş, sorunun çözümü bakımından olumlu ve farklı bir yaklaşım ortaya koymakla birlikte, kanaatimizce meseleye başka açıdan yaklaşılması daha isabetli olacaktır. Zira yukarıdaki başlıkta<sup>[46]</sup> açıklanmaya çalışıldığı üzere, kanun koyucunun şirketler topluluğu düzenlemeleri içerisinde zarara uğrayan bağlı şirketin dava hakkını açıkça zikretmemesi, bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığı anlamını taşımamaktadır. Anayasa ile teminat altına alınmış bu hak, doğal olarak vardır<sup>[47]</sup>. İki görüş arasındaki fark, özellikle davanın tabi olacağı hükümler bakımından kendisini göstermektedir. Dava hakkının hangi kanundan kaynaklandığına ilişkin kabul, dava hakkında tatbik edilecek hükümleri değiştirmektedir.

Bağlı şirketin dava hakkının dayanağı olarak değerlendirilebilecek özel nitelikte bir düzenleme mevcut iken, genel hükümler çerçevesinde sorunun çözülmeye çalışılması beraberinde bazı sorunları gündeme getirecektir. Genel hükümlere dayanan sorumluluk davası görüşünün doğurabileceği sorunlarla ilgili bazı örneklerin zikredilmesi, meselenin somut olarak anlaşılması bağlamında yararlıdır. Konuyla ilgili doğabilecek sorunlar, hukuka aykırılığın gerçekleşme anından başlayıp, zamanaşımı süresinin sonuna kadar -pay sahibi ve alacaklılar tarafından da dava edilebilen- aynı alacak hakkı için farklı çözümler aranmasını gerektirmektedir<sup>[48]</sup>. Örneğin TTK m. 202'den kaynaklanan davada zamanaşımı süresinin üst sınırı beş yıl iken (TTK m. 202/1,e; 560), genel hükümler kapsamında bu sınır on yıla çıkmaktadır (BK m. 72/1). Şirketler topluluğu hükümlerine göre açılacak davada özellikle kusur durumuna göre farklılaştırılmış teselsüle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekli iken (TTK m. 202/1,e; 557), haksız fiil hükümlerine göre açılan davada mutlak teselsül esasları tatbik kabiliyeti bulacaktır (BK m. 61). Özellikle bu halde davayı kimin açtığına göre aynı zarar için borçluların farklı miktarlar için sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Keza şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde tanınan sorumluluktan kurtulma imkanı, haksız fiil hükümleri çerçevesinde öngörülmüş değildir (bkz. TTK m. 202/1,d). Ayrıca şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde açılacak

hakkının, "...bağlı şirket pay sahiplerine ve alacaklılarına da tanın(dığını)" ifade etmek suretiyle, aynı zarar bakımından bir diğer hak sahibi olan bağlı şirkete örtülü olarak vurgu yapmaktadır. Elbette ki, tarafımızca sadece yorum yapılmış olup, görüşünün hangi yönde olduğunu açıklamak, yazarının takdirindedir.

[46] Bkz. III.B.2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

[47] Bkz. Altmeppen, AktG § 317 Rn. 52; Kropff, AktG § 317, Rn. 46; Tekinalp (2013), § 23 kn. 113

[48] Kanunun hazırlanma sürecinde bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığı şeklinde ortaya çıkan ve kanun gerekçesine de yansıtılan anlayış nedeniyle, yasal düzenlemeler, sadece pay sahibi ve alacaklıların esas alınması suretiyle yapılmıştır (bkz. TTK m. 202/1,b,c). Ancak, gerekçede belirtilenin aksine, hukuken bağlı şirket de dava hakkını haiz olduğundan, anılan düzenlemelerin, şirketin dava hakkı bakımından da kıyasen uygulanması gereklidir.



sorumluluk davası ile haksız fiil hükümleri çerçevesinde açılacak sorumluluk davalarında yetkili mahkeme farklılık arz edebilecektir (TTK m. 202/1,e; 561-HMK m. 16).

Görüldüğü üzere, aynı sorunun Türk Ticaret Kanunu kapsamında çözümlenmesi ile Borçlar Kanunu kapsamında çözümlenmesi, birbirinden farklı sonuçları beraberinde getirebilecektir. Bu bakımdan iki kanundaki düzenlemenin birbiriyle ilişkisi önem taşımaktadır. Kanaatimizce aynı konuda özel düzenleme içeren Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu hükümleri arasında bir yarışma değil, özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Hukuki sorun özel bir hüküm çerçevesinde çözümlendiği takdirde, genel hükmün onunla yarışması ihtimali bulunmaz. Aksi halde genel hükümlerin, bütün özel hükümleri soğurması ya da bertaraf etmesi gibi, temel hukuk yorum ilkeleri ile bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkar. Ancak, bağlı şirketin dava hakkı ile ilgili sorunun çözümü, sadece özel norm-genel norm ilişkisi ile açıklanabilecek derecede basit değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde, bağlı şirketin dava hakkını kullanması durumunda, hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Gerçekten de kanunda sadece pay sahipleri ve alacaklıların açacağı davalara ilişkin düzenlemeler yapılmış olup (bkz. TTK m. 202/1,b,c,e), şirketin açacağı dava hakkında hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu durumun nedenini, Kanun gerekçesi izah etmektedir. Kanun koyucu, bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığı düşüncesi ile hareket etmektedir<sup>[49]</sup>. Bu nedenle Kanunda sadece pay sahipleri ve alacaklıların açacağı davalara hangi hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş, şirketin dava hakkının kullanımına ilişkin esaslar düzenlenmemiştir. Ancak yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere, bu düşünce hukuken himaye edilebilir nitelikte değildir<sup>[50]</sup>. Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinden şirketin dava hakkının bulunduğu sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce şirketin dava hakkı ile ilgili olarak, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak davalar için hangi hükümler uygulanacak ise, o hükümlerin kıyasen uygulanması isabetli bir çözüm olacaktır<sup>[51]</sup>. Zira, öncelikli olarak kanun koyucu bu konudaki boşluğu, bilinçli olarak doğurmamıştır. Yine, diğer dava hakkı sahipleri, maddi hukuk bakımından asıl hak sahibi olan şirketin alacağını dava etmektedirler. Aynı alacak için, benzer hükümlerin uygulanması, maddi hukuk bakımından doğabilecek çelişkili sonuçları da bertaraf edebilecektir. Bu açıdan kıyas çözümü, hukuki belirlilik ilkesine de hizmet etmektedir. Haksız

[49] Bkz. Gerekçe s. 142

[50] Bkz. (III.B.2) başlığı altında yapılan açıklamalar.

[51] Kıyas ve uygulaması konusunda örnek olarak bkz. Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 2004, s. 139 ve devamında yapılan açıklamalara bakınız. Öğretide açıkça kıyas vurgusu yapılmamakla birlikte, aynı sonuç için bkz. Okutan-Nilsson, s. 356, 374 vd., 388 vd.

fiil görüşü, asıl alacaklı ile alacaklının menfaatinin himayesi için yasanın hak bahsettiği diğer dava hakkı sahiplerinin, aynı menfaati himaye için neden farklı hükümlere göre hareket edildiğini ve farklı sonuçların haklılık gerekçesini açıklamak bakımından ikna edici değildir.

Haksız fiil görüşü kapsamında, neticede bağlı şirketin sorumluluk davası açabileceği kabul edilmekle birlikte, Kanun gerekçesinde yer alan -bağlı şirketin dava açma hakkı bulunmadığına dair- açıklamanın, esas itibarıyla bağlı şirket yöneticilerini korumaya matuf olduğu ve yöneticilerin hakim işletmeye karşı sorumluluk davası açmaması durumunda, özen yükümüne aykırılıktan dolayı sorumluluklarına gidilemeyeceği savunulmaktadır<sup>[52]</sup>. Kanaatimizce böyle bir sonucun kabulü için yasal bir dayanağın bulunması gereklidir (Bkz. TTK m. 369/1 ve 2). Bağlı şirketin açması gereken sorumluluk davasının haksız fiile mi, yoksa şirketler topluluğu hükümlerine mi dayandığının, bağlı şirket yöneticilerinin şirket menfaatlerini koruma yükümü ve sorumlulukları bakımından farkı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, şirketin haksız fiil hükümleri çerçevesinde zarar görmesi durumunda, bu zararın tazminini talep etmekten, yöneticileri muaf tutan bir düzenleme bulunmamaktadır. Keza Kanun gerekçesinde, bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına ilişkin açıklamalar, menfaat çatışması kaynaklıdır ve dava hakkının hukuki dayanağının değişmesi, menfaat çatışması ihtimalini bertaraf etmemektedir. Dava haksız fiil hükümlerine dayansa da, yönetim kurulu dava açmaktan imtina etmek isteyecek ya da hakim işletme ile karşı karşıya gelmekten kaçınmak isteyecektir. Bu nedenle kanun gerekçesinde bağlı şirkete dava hakkının verilmediğine ilişkin açıklamalar, sadece Türk Ticaret Kanunu hükümlerini değil, haksız fiile dayalı davaları da ilgilendirmektedir. Ayrıca, genel haksız fiil hükümleri, bu çatışmada, dava açmayan bağlı şirket yönetim kurulu hakkında özel bir koruma da sağlamamaktadır.

Sorumluluktan muafiyet için, bu muafiyeti sağlayan hukuki bir dayanağa ihtiyaç vardır. Kanun koyucu şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, bağlı şirket yöneticilerinin hangi halde sorumlu tutulmayacağına ilişkin esaslara yer vermiştir. Bu konuda tam hâkimiyet haline ilişkin madde örnek gösterilebilir (bkz. TTK m. 205, m. 369/2). Kanun koyucunun gerçekten bir sorumluluktan kurtulma hali öngörmek istemesi durumunda, aynen TTK m. 205'de olduğu gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Zira bağlı şirket yönetim kurulu, hukuki bir istisnasının bulunmaması durumunda, bağlı şirketin menfaatlerini

[52] Bkz. Tekinalp (2013), § 23 kn. 113; Tekinalp (2009), s. 169; Gerekçedeki açıklama sadece bu maddeye dayalı bir davanın açılması ihtimali ile ilgili olmayıp, genel olarak açılacak sorumluluk davaları ile ilgilidir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'na dayalı olarak açılacak dava bakımından da gerekçedeki kaygıların yaşanması mümkündür.

tedbirli bir yöneticinin özeniyle<sup>[53]</sup> korumakla mükellef ve aksine davranıştan ötürü hukuken sorumludur.

## SONUÇ

**H**âkim işletmenin müdahalesi nedeniyle şirketler topluluğuna dâhil bulunan bir bağlı şirketin kayba uğratılması durumunda, bağlı şirketin kaybının faaliyet yılı sonuna kadar giderilmesi gereklidir. Aksi halde müdahalede bulunan hâkim işletme ve ilgili yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılacaktır.

Kanun koyucu tazminat davası açabilecek olanlar arasında bağlı şirket ortakları ve alacaklılarını zikretmesine rağmen (TTK m. 202/1,b,c), zararın asıl muhatabı olan bağlı şirketi zikretmemiştir. Kanun gerekçesinde bu husus, hâkim işletme ile bağlı şirket arasındaki ilişkinin fiili özelliklerinden ötürü, bağlı şirkete dava hakkı tanınmadığı belirtilmek suretiyle izah edilmektedir.

Gerekçedeki açıklamanın pozitif hukuk kuralları nazara alınmaksızın değerlendirilmesi durumunda, bağlı şirketin hâkim işletmeden alacak hakkı bulunmasına rağmen, bunu dava edemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Böyle bir durumda hâkim işletmenin bağlı şirkete olan borcu, eksik borç olarak nitelendirilebilecektir. Ancak diğer eksik borçlardan farklı olarak, zararın asıl muhatabının talep edemediği, fakat dolaylı zarar gören alacaklılar ve pay sahiplerinin dava edebileceği bir eksik borç türünün varlığından bahsedilebilecektir.

Ancak, gerekçeye dayalı olarak böyle bir nitelendirme yapılması hukuken isabetli değildir. Zira dava hakkı, hak arama hürriyeti kapsamında nitelendirilen ve Anayasa ile himaye altına alınmış bir temel haktır. Bu hakkın sınırlandırılması için bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Kanun gerekçesi hukuki açıdan, hakkı sınırlama için elverişli bir araç değildir (AY m. 13). Bu nedenle salt kanun gerekçesindeki açıklamaya dayalı olarak bağlı şirketin, zararı tazmin hususunda dava hakkının bulunmadığı sonucuna varılamaz.

Kanun koyucunun bağlı şirket ortakları ve alacaklılarının dava hakkını açık bir düzenleme ile kabul etmesine rağmen, bağlı şirketin dava hakkı konusunda suskun kalması da, bu sonuncunun dava hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Ortak ve alacaklılar doğrudan zarara uğramadıklarından, şirketin zararını dava edebilmeleri için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Doğrudan zarara uğrayan şirket, doğal olarak dava hakkını haiz olduğundan

[53] Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü hakkında bkz. Kırca, İsmail, in Kırca, İsmail/Şehirli-Çelik, Feyzan H/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013, s. 654 vd.; Tekinalp (2013), § 12 kn 118; Pulaşlı, § 30 kn 510 vd.

(AY m. 36), dava hakkını sınırlayan açık bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, bu hakkı kullanabilir.

Öğretide, gerekçedeki açıklamadan hareketle, bağlı şirketin dava hakkının farklı bir hukuki müesseseden doğabileceğine dair, olumlu bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu kapsamda bağlı şirketin haksız fiil hükümlerine göre dava hakkını kullanabileceği görüşü savunulmaktadır. Görüş, bağlı şirketin dava hakkını kullanabilmesi için öğretinin çözüm arayışının mahsulü olmakla birlikte, kanaatimizce meseleye farklı açıdan yaklaşılması gerekmektedir. Yukarıdaki paragrafta açıklandığı üzere, bağlı şirketin dava hakkı şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde bir kanun hükmüyle açıkça sınırlanmadığından, zarara uğrayan bağlı şirketin, kıyasen şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde dava hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, aynı zarar için farklı hukuki sonuçların himayesi gerekecektir ki, bu durum hukuki belirsizliği gündeme getirebilecektir.

Kanun gerekçesinde bağlı şirketin dava hakkının bulunmadığına ilişkin açıklama, öğretide aynı zamanda, davayı açmayan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilememesinin dayanağı olarak da değerlendirilmektedir. Kanaatimizce bu yorum da pozitif hukuk kapsamında ikna edici değildir. Zira bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu, hukuk kuralları çerçevesinde belirlenir ve şirketler topluluğuna dahil olmak, bağlı şirket yöneticilerinin şirket menfaatlerini gözeterek özenle yönetim yükümlülüğünü ancak hukukten buna cevaz verilen hallerde bertaraf eder (bkz. TTK m. 369/2). Dolayısıyla şirketi haksız fiil ile zarara uğrayan yönetim kurulu üyelerinin, bu zararın tazminini talep etmeleri, şirket menfaatlerini gözeterek özenli yönetim yükümlülüklerinin bir parçasıdır. Yükümlülüğe riayet edilmemesi, hukuki sorumluluğu beraberinde getirecektir. Dava hakkının hukuki dayanağı, bu sonucu değiştirmemektedir.

## KAYNAKÇA

- Akipek, Jale/Akintürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 2004
- Altmeppen, Holger, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, München, 2010
- Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012
- Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001
- Bilgili, Fatih, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, 2004
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013
- Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009
- Bödeker, Annette, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, München, 2014
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
- Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Zürich, 1987
- Giray, Rabia E, Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, İstanbul, 2012
- Gürbüz Usluel, Aslı E, Şirketler Topluluğunda Denkleştirme, MÜHF-HAD, C. 18, Sa. 2, Y. 2012, s. 281-307
- Habersack, Mathias, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH- Konzernrecht, München, 2013
- Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, München, 2012
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
- Kırca, İsmail/Şehirli-Çelik, Feyzan H/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013
- Koppensteiner, Hans-Georg, in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6, Köln usw., 2004
- Krieger, Gerd, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd. 4, 2007
- Kropff, Bruno, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, München, 2000
- Leuering, Dieter/Goertz, Alexander, in Hölter's Aktiengesetz Kommentar, München, 2014
- Linsmann, H. Friedrich, Der Ausgleichsanspruch nach § 311 Abs. 2 des Aktiengesetzes, 1969
- Mertens, Hans-Joachim, Die gesetzlich Einschränkungen der Disposition über Ersatzansprüche der Gesellschaft durch Verzicht und Vergleich in der aktien- und konzernrechtlichen Organhaftung, in FS für Hans-Joachim Fleck, ZGR Sonderheft 7, s. 209-219
- Meyer, Maximilian, Nachteil und Einlagerückgewähr im faktischen Konzern, Baden-Baden, 2013
- Müller, Hans-Friedrich, in Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, München, 2010
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2012
- Okutan Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011

Tekinalp, Ünal, (2009), Rights of Action under the Draft Turkish Corporate Group Law, in *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift Roland von Büren*, Basel, 2009, s. 153-176

Tekinalp, Ünal, (2013), *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, 2013

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993

Vetter, Jochen, in: K. Schmidt/Lutter *Aktiengesetz Kommentar*, Bd. 2, Köln, 2010

von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Basel, 2006

Walchner, Wolfgang, in Heidelberg, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, Baden-Baden, 2011

Widmer, Peter, in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, Basel, 1994

Winterhager, Henrich: *Nachteil Und Nachteilsausgleich Bei Faktischer Abhängigkeit*, Bonn, 1975