

## Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri

Ünal Tekinalp\* 

1. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (“TK”) yeniliklerinden biri de, uygulamada yani piyasada “grup” olarak ifade edilen, bir hâkim (ana) ortaklık veya teşebbüs ile ona bağlı (yavru) ortaklıklardan ve teşebbüslerden meydana gelen merkezî, ticari ve endüstriyel yahut hizmet işletmesi yoğunlaşmasını [bundan sonra “ticari yoğunlaşma” denilecektir], ülkemizde ilk defa düzenlemesidir. TK’da “*şirketler topluluğu*” diye adlandırılan bu kavram, özel bir ortaklıklar ve/veya teşebbüsler yoğunlaşmasıdır.

2. TK’nın düzenlemesinin amacı, tekelleşmeyi meşrulaştırmak değil, ticari yoğunlaşmayı ekonomiye, dolayısıyla topluma yararlı hale getirmektir. Amacın ağırlık merkezini, hâkim ortaklığın veya teşebbüsün hukuka aykırı davranışlar ve kararlarla, bağlı ortaklıkların TK m. 202(1) anlamında kayba uğramalarına engel olmak, verilen kaybın süresi içinde denkleştirilmesini, yani kapatılmasını gerçekleştirmek, kayıp zamanında yok edilmediği için zarara dönüştüğü hallerde bunun tazminini sağlamaktır. Böylelikle, pervasız ve sağduyusuz hâkim ortaklık veya teşebbüslerin, bağlı ortaklıkların menfaatlerini ihlal etmeleri önlenmiş, hakkaniyetli bir yararlanma dengesinin kurulması hedeflenmiştir.

3. TK m. 202, “*hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması*” kenar başlığı altındaki hükümlerinde, hâkim ortaklığın veya hâkim teşebbüsün oy gücü ile, bağlı ortaklığı ne suretle, kendi istekleri doğrultusunda yönlendirebileceğinin ve yönetebileceğinin tipik örneklerinin bazılarını saymıştır. Bunlar hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının sık görülen halleridir. Okuyucularına TK m. 202(1)’i aktararak, hâkimiyetin nasıl kötüye kullanılacağını somutlaştırmak istiyorum.

4. Hâkim ortaklık veya teşebbüs bağlı ortaklığı; işini, malvarlığı unsurlarını, fonlarını; iyi, bilgili ve deneyimli personelini, alacaklarını, ticari fırsatlarını ve bankalardaki kredi alma imkanlarını hâkim ortaklığa yahut diğer bir veya birkaç bağlı ortaklığa hatta üçüncü kişilere devretmeye veya kullandırmaya zorlayabilir. Hâkim ortaklık veya teşebbüsü, oy gücü aracılığıyla bağlı ortaklığı, başkalarının veya kendisinin borçlarını devralmaya maruz bırakabilir, bağlı ortaklığı başarılı bir üretim organizasyonu olmaktan çıkarıp kendi yerli ve

\* Sorumlu Yazar: Ünal Tekinalp (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye.

Atf: Tekinalp U, “Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri” (2020) 40(2) PPIL 1709. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0022>

yabancı bağı ortaklıkların menfaatine bir ithalat merkezine dönüştürebilir; menfaati gerektirdiği için Türkiye’deki bağı ortaklığın büyümesini ve gelişmesini frenleyebilir.

Bu tür olaylarla ülkemiz de sık karşılaşmaktadır, akılda kalan örnek Teletaş’tır. Teletaş, telefon santralleri ve cihazları üreten ve bölgesinde, özellikle de Türki Cumhuriyetlerde başarılı faaliyetlerde bulunan bir anonim ortaktı. Hâkimiyeti ele geçiren yabancı bir hâkim ortaklığın küresel politikası gereği üretimi durdurulmuş, makineleri ya yabancı ülkelere yollanmış yahut hakim ortaklığın diğer iştiraklerine ucuza satılmış, Teletaş hâkim ortaklığın diğer ülkelerdeki bağı ortaklıklarının, imal ettiği ürünleri ithal ederek yaşamaya mecbur bırakılmış ve bir süre sonra da faaliyetine son vermiştir.

5. TK sisteminde hâkim ortaklık yanında, bağı ortaklığı TK m. 202(1) anlamında kayba ve TK m. 202’ye göre zarara uğratabilecek bir “hâkim” daha vardır. Bu hâkim, bir ticaret ortaklığı olmayıp, TK’nın “teşebbüs” diye adlandırdığı kişiler ve kişi birlikleridir. TK anlamında teşebbüs kavramını ve hâkim teşebbüsü şöyle açıklayabiliriz.

a) Teşebbüs, ticaret ortaklıkları dışındaki tüzel kişiler, meselâ dernekler, vakıflar, sendikalar, aile vakıfları, miras ortaklıkları ve gerçek kişilerdir. Teşebbüs “yabancı” da olabilir. Mesela bir gerçek kişi (Mr. Johnson), Krupp Mühendisler (Derneği), Real Steel Çalışanlar Vakfı, Smith Company pay sahipleri miras ortaklığı gibi . Teşebbüs bir Topluluğun hâkimi konumunda da bulunabilir. Mesela Türkiye’deki BCL AŞ’nin hâkim ortağı Fransız bir gerçek kişi olabilir.

b) TK m. 195(5) hükmünde yer alan “hâkim” kavramı hem ticaret ortaklığını hem de teşebbüsü kapsamaktadır.

6. TK m. 202 uyarınca, hâkim bir ticaret ortaklığının veya teşebbüsün, bir bağı ortaklıkta kayba sebebiyet vermesi halinde bu kaybı, faaliyet yılı içinde denkleştirmedeği yani, kaybı ortadan kaldıracak bir menfaati bağı ortaklığa sağlamadığı veya ona kayba denk bir istem hakkı tanımadığı durumda kayıp, TK m. 202(1)/b’ye göre zarara dönüşür. Bu durumda bağı ortaklığın pay sahibi, hâkim ortaklığa veya hakim teşebbüse (hâkim şirket veya teşebbüs yabancı olabilir) ve onun zararda dahili bulunan yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerine tazminat davası açabilir.

7. TK m. 202(1)/e bu davayı alacaklıların da açabileceğini açıkça belirtmiş, pay sahiplerinin ve alacaklıların davasına kıyas yolu ile anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına dair 553, 555 ila 557 ve 561. maddelerin uygulanabileceklerini belirtmiştir. Anılan hükümlere yapılan yollamanın, sorumluluk hukuku bakımından öne çıkan özelliği, Türkiye’deki bağı ortaklıkta doğan zararından, bağı ortaklığın yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerin değil, fakat yabancı hâkim ortaklığın veya teşebbüsün yönetim kurulu üyeleriyle, yöneticilerinin

sorumlu tutulmasıdır. TK, bağlı ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerine karşı hâkimiyetin kötüye kullanılması hâlinde sorumluluk davası açılmasına izin vermemiştir. Bunun sebebi, zararın hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanmasıdır. Kanun, Türk ortaklığın yöneticilerinin –varsa- kusurlarının hâkim ortaklık veya teşebbüsün baskılarının ürünü olduğunu varsaymış, bunun aksinin hakim tarafından ispat olunamayacağını kabul etmiştir.

8. Söz konusu sorumluluk davası, hâkim ortaklığın veya teşebbüsün merkezinin yurt dışında olması halinde, bağlı ortaklığın merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır (TK m.202(1)/e). Böylece MÖHUK'un, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder şeklindeki hükmüne uygun olarak, TK m. 202(1)/e ile bağlı ortaklığın merkezinin bulunduğu (Türk) asliye ticaret mahkemesine milletlerarası özel hukuk anlamında milletlerarası yetki tanınmıştır.

9. Topluluk hakkında milletlerarası özel hukuk ile bağlantılı bir diğer hüküm TK m. 195(5)'de yer almaktadır. Anılan hüküm şöyledir:

*“Şirketler topluluğu hâkimin merkezi veya yerleşim yeri (...) yurt dışında bir teşebbüs olması halinde de 195 ila 209 uncu maddeler bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır”*

a) Bu hüküm, TK m. 202(1)/e uyarınca hâkim teşebbüse Türkiye’de dava açma olanağını sağladıktan başka, yurtdışındaki teşebbüsü Türk hukuku bakımından tacir olarak kabul etmekte, başka bir deyişle ona kanunen tacir sıfatını vermektedir. Bu aksi ispat edilemeyecek bir varsayımdır. Söz konusu varsayım ile yabancı bir teşebbüs, meselâ yabancı gerçek kişi veya dernek yahut vakıf ya da bir kamu ticari birimi, miras ortaklığı veya aile vakfı bir Türk taciri sayılmakta ve bir Türk taciri gibi mükellefiyetlere muhatap olabilmektedir.

b) Yabancı ortaklığa veya teşebbüse kanunen yöneltilen Türk taciri sıfatının ilgi çekici ilk sonucu, yabancı teşebbüse TK'nın tacirlere ilişkin hükümlerinin uygulanması, bu bağlamda yabancı teşebbüsün bazı yükümlülükler altına girmesidir. Şöyle ki, yabancı ortaklık veya teşebbüs iflâs edebilecek, ticari işletmesine uygun bir ticaret unvanı seçmek ve işlemlerini bu unvan altında yapmak zorunda olacak, bu sıfatı almasından sonra yapacağı (ticari olmayanlar da dâhil, mesela avukata vekâlet vermek gibi) tüm işlemleri seçtiği ticaret unvanı ile imzalayacak, basiretli bir tacir gibi hareket etmek mecburiyetinde bulunacaktır. Ayrıca defter tutacak ve TK m. 18(3) hükmüne uyacaktır.

c) Yabancı hâkim teşebbüsün Türkiye’de iflas ettirilebilmesi, yabancı teşebbüs için oldukça ağır bir müeyyidedir ve onu hukuka aykırı hareket etmekten caydırıcı güçtedir.

10. a) Yabancı hâkim ortaklığın – ve onun TK m. 202(1) anlamında bağlı ortaklığın kaybına sebep olan ve gene aynı madde uyarınca kaybı süresi içinde denkleştirilmeyen, kaybı zarara dönüştüren – yönetim kurulu üyelerini, hâkimiyetlerini hukuka aykırı bir şekilde kullanmaktan caydırabilecek, akli selime davet edecek etkili bir önlemdir. Çünkü tazminat borcunun yabancı ticaret ortaklığı yanında, bir de onun kaybın oluşmasına sebebiyet veren bazı yönetim kurulu üyelerine yükletilmesi sorumluluk hukukun beklenmeyen, pek mutad olmayan bir sonuçtur.

b) Söz konusu olan sorumluluk müteselsildir. Teselsül hem yabancı ortaklıkla, bu ortaklığın yönetim kurulu hem de yönetim kurulu üyeleri arasındadır.

c) “Yönetim kurulu üyeleri” ibaresin “yöneticiler”i de kapsar.

d) Ortaklık alacaklıları da TK m. 202(1)/b uyarınca, bağlı ortaklık iflas etmiş olsa bile ortaklığın zararının ortaklığa ödenmesi davasını açabilir.

11. Bağlı ortaklık tam hâkimiyet altında bulunduğu ve hâkim ortaklık yabancı olduğu takdirde hâkimiyetin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması dolayısıyla zarara uğrayan bağlı ortaklığın alacaklılarına da dava hakkı tanınmıştır.

a) TK sisteminde tam hâkimiyet sadece bir ticaret ortaklığının, bir sermaye ortaklığının (yani anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın) paylarının ve oy haklarının doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumunda gerçekleşir (TK m. 203).

b) Teşebbüs bağlamında tam hâkimiyet olamaz. Tam hâkimiyet, bir sermaye ortaklığının hâkim ortaklıktan başka paysahibi olmaması demektir.

c) Tam hâkimiyet halinde hâkim ortaklığın bağlı ortaklığına talimat vermek, bağlı ortaklığın da talimata uyma zorunlulukları vardır (TK m. 203).

d) Hâkim ortaklığın veya bu ortaklığın yöneticilerinin, verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı ortaklıkta meydana gelen kayıp, o hesap (faaliyet) yılı içinde denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli belirtilerek bağlı ortaklığa kayba denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, bağlı ortaklığın alacaklıları da dava açabilirler. Zararın tazmini davalarını tam hâkim ortaklığa ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine yöneltebilirler (TK m. 206.1). Bu davaya TK m. 202(1)/e hükmü uygulanır.

e) Davalıların bu davadan iki halde kurtulma olanakları vardır. Birincisi, kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer şartlar altında, ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözeten, tedbirli bağımsız bir ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin yapacağını ve yapmaktan kaçınacaklarını ispat ederek. İkincisi de TK m. 206 (2) deki durumun somut olayda mevcut bulunduğunu kanıtlayarak.

12. TK'nın 195(1)/3-b, hâkim ortaklığı tanımladıktan sonra “*Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır*” demiştir. Aynı maddenin 5. fıkrası ise “*Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya yurt dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde 195 ila 209 uncu maddeler ile Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin*” uygulanacağını öngörmüştür.

Yukarıda anılan kurallarda Türkiye sadece kendi maddi hukukuna göndermede bulunduğu için tek yanlı bağlama kuralı niteliğindedir.

