

ÖZET

Türk hukukunda ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile şirketler topluluğu kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur. TTK m. 195'te şirketler topluluğunun kural olarak ticaret şirketleri arasında kurulabileceği kabul edilmiş, ancak aynı maddenin beşinci fıkrasında şirketler topluluğunun hâkiminin bir teşebbüs olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek bu kurala geniş bir istisna getirilmiştir. Yine aynı maddede hâkim teşebbüsün tacir sayılacağı da öngörülmüştür. Bu çerçevede şirketler topluluğu anlamında teşebbüs kavramının belirlenmesi gerekmektedir. Zira bu düzenleme ile şirketler topluluğunun hâkimi ticaret şirketlerine ek olarak, gerçek kişiler, hangi kanun hükümleri uyarınca kurulduğuna bakılmaksızın tüzel kişiler ve hatta kişiliği bulunmayan birlikler de olabilecek ve kanun hükmü uyarınca başka hiçbir şartın gerçekleşmesi aranmaksızın bu kişi veya birlikler tacir kabul edilecektir. Bu da uygulamada çeşitli sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Çalışmada hâkim teşebbüs kavramı, doktrin ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar da göz önünde bulundurularak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, teşebbüs, hâkim teşebbüs.

ABSTRACT

The group of companies has been legally regulated for the first time in Turkish law through the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. Article 195 of the TCC accepted as a rule that the group of companies can be established among commercial companies; however, in the fifth paragraph of the same article, a broad exception has been made by stating that the provisions of the group of companies shall apply even if the controlling company of the group of companies is an undertaking. The same article also set forth that the dominant undertaking is considered as merchant. In this context, the concept of undertaking in the sense of group of companies needs to be clarified. Because, in accordance with this article, the controlling party of a group of companies can be commercial companies as well as natural persons, legal entities regardless of according to which law provisions they were established, and even associations without legal personality; and also these persons or associations shall be deemed as merchants notwithstanding any other conditions. This may lead to various problems in practice. In this regard, this study aims to examine the concept of dominant undertakings, taking into account of probable problems occurring in doctrine and practice.

Keywords: Group companies, undertaking, dominant undertaking.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi
(e-mail : betulcakir67@gmail.com) (Geliş Tarihi: 23.02.2018 / Kabul Tarihi: 10.05.2018)

GİRİŞ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, her ticaret şirketinin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması kuralından yola çıkılarak, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bağlı şirketlerin, ekonomik olarak da bağımsız oldukları sonucuna varılıyordu. Bu durum da, özellikle sorumluluk hukuku açısından, hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden oluyordu. Bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesiyle, şirketler topluluğunu kanuni düzenlemeye kavuşturmuştur.

6102 sayılı TTK m. 195/1 ile şirketler topluluğu kuralı olarak ticaret şirketleri üzerine inşa edilmiştir. Ancak TTK m. 195/5 ile bu kurala geniş bir istisna getirilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu düzenlemeyle, şirketler topluluğunun hâkiminin yalnızca ticaret şirketleri değil, bir teşebbüs de olabileceği hüküm altına alınmış ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı oldukça genişletilmiştir.

Şirketler topluluğunda istisnai bir kurum olan hâkim teşebbüs kavramı incelemeyi amaçlayan bu çalışmada, öncelikle genel olarak şirketler topluluğu ele alınmıştır. Daha sonra ise teşebbüs kavramının tanımı ve unsurları, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tanım ve bu konuda doktrin ile yargı kararları da göz önünde tutularak belirlenmeye çalışılmıştır. Yine TTK m. 195/5 gereğince, hâkim teşebbüsün tacir sayılmasının sonuçları, özellikle TTK m. 16/2'de sayılan kişiler bakımından, doktrindeki görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK ŞİRKETLER TOPLULUĞU

A. DÜZENLEME AMACI

Hukuken birbirinden bağımsız ve ayrı tüzel kişiliklere sahip bulunan ticaret şirketlerinin, aynı ekonomik amaçlar çevresinde bir araya gelip ekonomik bir birlik oluşturmaları durumunda şirketler topluluğu söz konusu olmaktadır¹. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, her ticaret şirketinin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması kuralından yola çıkılarak, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bağlı şirketlerin ekonomik olarak da bağımsız oldukları sonucuna varılıyordu. Bu durum da, özellikle sorumluluk hukuku açısından kurumsal yönetimin hakkaniyet, iç sorumluluk ve hesap verebilirlik ilkelerine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep oluyordu². İşte bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ekonomik gerçeklik ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesiyle, şirketler topluluğunu kanuni düzenlemeye kavuşturmuştur³. Diğer bir deyişle TTK, şirketler topluluğu konusunu düzenleyerek, bir iktisadi olgu olarak şirketler topluluğunun tanınması ve topluluğa dâhil olmanın şirket yönetimine etkilerinin göz önünde bulundurulmasını amaçlamıştır⁴. Buna göre, şirketler topluluğunun düzenleme amaçları aşağıdaki gibi gruplandırılabilir;

1. Topluluk dışında kalan pay sahiplerini ve alacaklıları korumak:

TTK'nın şirketler topluluğunu düzenlemesindeki temel amaç, kanaatimizce bağlı şirketin topluluk dışında kalan pay sahiplerini ve alacaklılarını korumaktır. Zira şirketler topluluğu, bağlı şirket menfaatlerinin topluluk veya hâkim şirket

¹ **Susuz**, Kağan (2012), " Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.2, C.18, s.269.

² **Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, 1. Baskı (Kurumsal Yönetim), s.160.

³ **Gerekçe**, 195- 209'uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

⁴ **Okutan Nilsson**, Gül (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, s.13.

menfaatleri uğruna feda edildiği, bu nedenle de bağlı şirketin dolayısıyla da bu şirketin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarara uğramasına müsait bir sistemdir. TTK, bu ekonomik gerçekliği dikkate alarak, bağlı şirketi, bu şirketin pay sahiplerini ve alacaklılarını özel dava haklarıyla korumak amacıyla çeşitli hükümler öngörmüştür⁵.

2. Bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin hakkaniyete aykırı bir şekilde, bağımsız şirket yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu tutulmasını önlemek:

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin bir diğer amacı da bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini korumaktır. TTK m. 553 uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludur. Ancak bağlı şirket yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hâkim şirket ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren bir organdır⁶. Bu nedenle, bağlı şirket yönetim kurulunu bağımsız bir şirketin yönetim kurulu gibi sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacağından, TTK bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini korumak amacıyla çeşitli düzenlemeler öngörmüştür⁷.

3. Topluluğun yönetiminde kolaylık sağlamak:

Topluluk dışında kalan pay sahipleri ve alacaklılar ile bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin korunmasının yanında, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin diğer amacı da ülke ekonomisi için son derece önemli olan toplulukların yönetimlerinde kolaylık sağlamaktır. Gerçekten de TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri incelendiğinde, topluluk lehine birçok düzenleme bulunduğu görülecektir⁸.

B. HÂKİMİYET ARAÇLARI

Şirketler topluluğunda hâkimiyet araçları, diğer bir deyişle, hâkimiyetin hangi durumlarda var olacağı TTK m. 195'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre;

“(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketi, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”.

Görüldüğü üzere, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa veya bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa ilk şirket hâkim, ikinci şirket bağlı şirket olacaktır. Kanun burada aksi ispatlanamayan bir varsayım, bir hukuki faraziye öngörmüştür. Diğer bir deyişle, TTK m. 195/1’de sayılan durumların gerçekleşmesi halinde, hâkimiyetin mevcut olmadığı, mevcut bulunsa bile kullanılmadığı ileri sürülemez, aksi ispat edilemez⁹. TTK'nın bu hükmünden anlaşıldığı üzere, Türk Ticaret Kanunu, kural olarak kontrol sistemini

⁵ Bkz. TTK m.202, m.206.

⁶ **Gerekçe**, 195- 209’uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

⁷ Bkz. TTK m. 202, m. 205.

⁸ Bkz. TTK m. 202, m. 203, m. 208.

⁹ **Tekinalp**, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul (Sermaye Ortaklıkları), s.552.

benimsemiştir¹⁰. Zira kontrol sisteminde hâkimiyetin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz, hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına sonuç dahi bağlanmaz¹¹.

Hâkimiyetin varlığını gösteren bir diğer durum ise TTK m. 195/2'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

“Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.”

TTK m.195/2'den anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, bir sermaye şirketinin paylarının çoğuna sahip bulunmayı hâkimiyetin kurulması hususunda kesin bir ölçüt olarak kabul etmemiş, sermaye çoğunluğunu hâkimiyetin varlığı yönünden sadece bir karine olarak görmüştür¹². Diğer bir deyişle, hâkimiyetin varlığını tespit için önemli olan sermaye çoğunluğu değil oy haklarının çoğunluğudur.

Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanunu, hâkimiyet araçlarını, aksi ispat olunamaz bir hukuki faraziye ya da aksi ispat edilebilir bir karine olarak iki farklı şekilde düzenlemiştir.

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN SÜJELERİ

TTK m. 195/1'de “bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin” ifadesi kullanılarak hâkim ve bağlı şirketlerin ticaret şirketi olması gerektiği belirtilmiştir¹³. Bu düzenleme uyarınca, şirketler

topluluğunun aktörleri kural olarak ticaret şirketleridir. Ancak TTK m. 195/5 ile bu kurala istisna getirilerek şirketler topluluğu kurallarının uygulama alanı oldukça genişletilmiştir. Söz konusu hükme göre, “Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”. Kanun koyucu, bu hüküm ile şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri dolanmanın yollarını kapatarak, topluluğun tepesinde sadece bir ticaret şirketinin değil, vakıf, dernek, kamu tüzel kişisi, gerçek kişi ve hatta adi ortaklığın olduğu durumları da kapsamayı amaçlamıştır¹⁴.

Dikkat edilmelidir ki, TTK m. 195/5 ile öngörülen, topluluğun hâkiminin teşebbüs olması durumudur. Bu düzenleme uyarınca, hâkim şirket bir teşebbüs (herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticari işletme) ya da bir ticaret şirketi olabileceken, bağlı şirket her zaman bir ticaret şirketi olmak zorundadır.

Şirketler topluluğunun süljelerinin incelendiği bu başlık altında bu yapının mevcudiyeti için en az kaç ticaret şirketinin bulunması gerektiği de irdelenmelidir. Zira bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, şirketler topluluğunun varlığı için hâkimin bir ticaret şirketi olması halinde en az iki¹⁵, teşebbüs olması halinde ise en az üç ticaret şirketinin bulunması gerekecektir¹⁶. Bu görüşteki yazarlar, görüşlerini TTK m. 195/4'de bulunan “bağlı bulunan şirketler” ifadesi-

¹⁰ Bazı yazarlar, TTK'nın, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde hâkimiyetin tespiti açısından “genişletilmiş kontrol” sistemini kabul ettiğini ileri sürmektedir, bkz. **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.161; **Okutan Nilsson**, s.96 vd.; **Eminoğlu**, Cafer (2013), Konzern/Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU, Ein Rechtsvergleich, Ankara (Konzern), s.167 vd.

¹¹ **Gerekçe**, 195- 209'uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

¹² **Gerekçe**, TTK m. 195/2.

¹³ Tasarının ilk halinde şirketler topluluğu sermaye şirketleri topluluğu olarak düzenlenmiş, sadece 195/5'inci maddenin beşinci fıkrasında topluluğun tepesinde, herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bulunmasına ilişkin bir hükme yer verilmişti. Ancak alt komisyondaki görüşmeler sırasında bu dar sistemin bazı sakıncalar doğurabileceği düşünüülerek hükmün amacı ticaret şirketlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir; bkz. Alt Komisyon Raporu, TTK m. 195.

¹⁴ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163; **Aker**, Halit (2009) Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs” BATİDER, S.2, C.15, s.283.

¹⁵ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Karaman Coşgun**, Özlem (2015), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21, s.130. Yazarlar bu görüşlerini TTK m. 195/4'deki “bağlı şirketler” ifadesine dayandırmaktadır. Zira Yazarlara göre, hüküm topluluğun hâkimi için tekil bir ifade kullanmışken “bağlı şirket” yerine “bağlı şirketler” ifadesini kullanmıştır.

¹⁶ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542. Karaman Coşgun ise, hâkimin teşebbüs olması halinde şirketler topluluğunun teşekkülü için iki bağlı şirketin bulunmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir, **Karaman Coşgun**, s.130-131.

ne dayandırmaktadır. Zira yazarlara göre, hükümde topluluğun hâkimi için tekil bir ifade kullanılmışken, “bağlı şirket” yerine “bağlı şirketler” ifadesi kullanılmıştır¹⁷. TTK m. 195/4’e göre, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak *bağlı bulunan şirketler*, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Görüldüğü üzere, bu hüküm ile şirketler topluluğunun en az kaç ticaret şirketinden oluşacağı değil, bir topluluğun hangi şirketlerden oluşacağı düzenlenmiştir¹⁸. Bu nedenle, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Diğer bir görüşe göre ise, şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için hâkiminin bir ticaret şirketi olması halinde, bir bağlı şirketin bulunması yeterli iken, teşebbüs olması halinde bağlı en az iki ticaret şirketinin bulunması gerekmektedir¹⁹. Zira bu görüşe göre, şirketler topluluğunun mevcudiyeti için en az iki ticaret şirketi bulunmalıdır²⁰.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise; TTK anlamında, bir şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için hâkim şirket (veya teşebbüs) ve ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan bir bağlı şirketin bulunması yeterli olacaktır²¹. Diğer bir deyişle, şirketler topluluğunun hâkimi ister bir ticaret şirketi ister bir teşebbüs olsun bir bağlı şirketin bulunması bizi şirketler topluluğuna ulaştıracaktır. Zira TTK m. 195/1’de bir ticaret şirketinin sayılan kıstaslarla diğer bir ticaret şirketi

üzerinde hâkimiyet kurması halinde birinci şirketin hâkim, ikinci şirketin bağlı şirket olacağı ve bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, şirketler topluluğunun teşekkülünü düzenleyen TTK m. 195 için önemli olan, şirketler topluluğunun kaç şirketten meydana geldiği değil, bir ticaret şirketinin (veya teşebbüsün) başka bir ticaret şirketini TTK m. 195’de sayılan yollardan biriyle hâkimiyet altında tutup tutmadığıdır. Buna karşın, 2013 yılında yayımlanan Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin (TSY), 105’inci maddesindeki düzenleme ile kanaatimizce TTK’ya aykırı bir hüküm getirilmiştir²². Söz konusu hükme göre, şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için, hâkim, ticaret şirketi ise buna bağlı en az iki, teşebbüs ise buna bağlı en az üç ticaret şirketi bulunmalıdır. Böylece, Yönetmeliğe göre, şirketler topluluğu her durumda en az üç ticaret şirketten meydana gelecektir. Başka bir deyimle, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini TTK m. 195’de belirtilen kıstaslarla hâkimiyeti altında bulundursa dahi şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını önemli derece azaltan bir düzenlemenin, Kanunda bunu destekleyen hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen bir yönetmelikle düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Bu nedenle, TTK m. 195’e açıkça aykırılık teşkil eden yönetmeliğin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz²³. Kanun koyucu şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinin yalnızca yönetmelikle belirlenen durumlarda uygulanmasını arzu ediyor idi ise bunu kanun metninde

¹⁷ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Karaman Coşgun**, s.130.

¹⁸ **Gündoğdu**, s.114.

¹⁹ **Okutan Nilsson**, s.67; **Şener**, Oruç Hami (2017), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, (Ortaklıklar Hukuku), s.172.

²⁰ **Okutan Nilsson**, s.67.

²¹ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163-164; **Pulaşlı**, Hasan (2011), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara, (Şerh), s.284; **Pulaşlı**, Hasan, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, REGESTA (2011), S.1 (Tek Ortaklı Şirketler), s.13 vd.; **Kendigelen**, Abuzer (2012), Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, s.174; **Bilgili**, Fatih/ **Demirkapı**, Ertan (2013), Şirketler Hukuku, Bursa, s.12; Aynı yönde, **Gündoğdu**, Gökmen (2014), Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, S.133, C.12, s.115-119; **Aydoğdu**, Fatih (2012), Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, s.276.

²² Aynı yönde, **Gündoğdu**, s.107; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163.

²³ Karşı yönde, **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin (2017), Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, s.693. Karaman Coşgun ise hâkimin bir ticaret şirketi olması durumunu düzenleyen TSY m.105/1’in kanuna uygun olduğunu belirtirken, hâkimin ticaret şirketi dışında bir teşebbüs olması durumunda şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasını üç bağlı şirketin varlığına bağlayan TSY m.105/2’nin kanuna aykırı olduğunu ifade etmektedir. Zira yazara göre kanun, hâkimin bir ticaret şirketi veya teşebbüs olması durumlarını farklı düzenlemiştir (**Karaman Coşgun**, s.132).

belirtmelidir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı²⁴’nın dördüncü maddesinde, TTK m.195’in yönetmeliğe uygun bir şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir. Söz konusu maddeye göre,

“6102 sayılı Kanununun 195 inci maddesinin;

a) Birinci fıkrasının son cümlesi “Bir ticaret şirketinin en az iki ticaret şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyet sağlaması ve hâkim veya bağlı şirketlerden en az birinin merkezinin Türkiye’de olması halinde, bu şirketler hakkında Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.” şeklinde,

b) Beşinci fıkrasında yer alan “şirketler topluluğunun hâkiminin merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de” ibaresi “Ticaret şirketi olmayan ve merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde ya da dışında bulunan bir teşebbüsün, merkezi yurt içinde olan en az üç ticaret şirketinde hâkimiyet sağlaması halinde, teşebbüs ile bağlı şirketler hakkında da” şeklinde, değiştirilmiştir”.

Bu Taslağın kanunlaşması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı oldukça daralmış olacaktır. Zira şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için hâkimin bir ticaret şirketi olması halinde ona bağlı en az iki ticaret şirketinin, bir teşebbüs olması halinde ise ona bağlı merkezi yurt içinde bulunan en az üç ticaret şirketinin bulunması gerekecektir. Kanaatimizce, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanının bu denli daraltılması isabetli olmayacaktır. Zira üç ticaret şirkettinden oluşan bir şirketler topluluğunda var olan menfaat sahiplerinin korunması ihtiyacı iki şirketten veya bir teşebbüs ve bir şirketten oluşan bir yapıda da söz konusu olacaktır.

I. HÂKİM TEŞEBBÜS

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısının ilk halinde teşebbüs kavramı yerine işletme kavramına yer verilmişti. Söz konusu hükme göre, “Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması halinde, 195 ila 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır.” Gerekeçde böyle geniş bir hükme yer verilmesinin nedeni, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın yollarını kapatmak olarak açıklanmıştır²⁵. Ancak Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan çalışmalar sonucunda işletme kavramı yerine daha geniş bir kavram olan teşebbüs kavramı kabul edilmiş²⁶ ve hükme şu şekilde son hali verilmiştir; “Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır”. Buna göre, TTK m. 195/1 ve 2’deki şartları gerçekleştiren teşebbüs, şirketler topluluğunun hâkimi sayılacaktır.

A. TEŞEBBÜS KAVRAMI

Teşebbüs, şirketler hukuku açısından yeni bir kavram olduğundan, yorumlanırken rekabet hukukundan yararlanılabilir. RKHK m. 3’e göre teşebbüs, “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, **bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder**”.

Doktrinde de teşebbüsle ilgili çeşitli tanımlar yapılmıştır. Tekinalp’e göre teşebbüs, ilgili mal veya hizmet piyasasında, mal veya hizmet üreten, bunları pazarlayan, aracılık eden, danışmanlıkta bulunan, organizasyon yapan, bütün gerçek ve

²⁴ http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernek_Duyurulari/gum_kanununda_degisiklik_hk_ek_tasari2016.doc (26.03.2018).

²⁵ Gerekeç, TTK m.195/5.

²⁶ Alt Komisyon Raporu, m.198; **Kendigelen**, s.148.

tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan ancak hukukten bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimleri ifade eder²⁷. *Aslan* ise teşebbüs, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan, bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklar olarak tanımlamıştır²⁸. *Günay*'a göre ise teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler ile bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak nitelendirilebilecektir²⁹.

Çeşitli yargı kararlarıyla da teşebbüs kavramı tanımlanmıştır. Danıştay 2007 yılında verdiği bir kararında "rekabet hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için ekonomik faaliyet gösteren ve kararlarını bağımsız olarak verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığının gerektiğini, ekonomik faaliyet gösteriyor olmasına karşın bağımsız karar veremeyen bir gerçek veya tüzel kişinin kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa bu teşebbüsle tek ekonomik birim oluşturduğunu ve rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceğini, rekabet hukukunda hukuki açıdan bağımsız olmanın bir ölçüt olmayıp, pazarda ekonomik kararlarını bağımsız olarak verebilen birimlerin teşebbüs sayıldığını belirtmiştir³⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)³¹ ise, Mannesmann kararında, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması'nın 80. maddesinde yer alan teşebbüs kavramını şöyle tanımlamıştır: "teşebbüs, kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşarak bir bütün teşkil eden, hukukten bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari

amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmelerdir³²".

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde teşebbüsün temel unsurlarını **ekonomik faaliyet** ve **ekonomik bağımsızlık** şeklinde tespit etmek mümkündür. Kanunda ekonomik faaliyetin türü açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama ve dağıtım gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ekonomik faaliyet yürütme unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir³³. Ekonomik bağımsızlık ise işletmenin yönetim ile muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması olarak tanımlanabilir³⁴. Bu unsurları taşıyan tüm gerçek ve tüzel kişiler, devlet işletmeleri ile tüzel kişiliği bulunmayan adi şirketler büyüklüklerine bakılmaksızın, rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılacaktır³⁵. Diğer bir deyişle, teşebbüs olarak nitelendirilmede hukuki şekil veya faaliyet

²⁷ **Tekinalp**, Ünal (1999), Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul (Grup İçi Teşebbüsler), s. 781.

²⁸ **Aslan**, İ. Yılmaz (2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı, s. 47.

²⁹ **Günay**, Cevdet İlhan (2010), Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara, s.92.

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.07.06.2007, E.2004/2382, K.2007/1544, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (8.12.2017).

³¹ 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin adı "Avrupa Birliği Adalet Divanı" olarak değişmiştir.

³² C-19/61, Mannesmann v. Haute Autorite, ECLI:EU:C:1962:31, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61961CJ0019> (23.03.2018).

³³ Rekabet Kurulu, 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

³⁴ Rekabet Kurulu 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

³⁵ C-41/90, EuGH-Höfner u. Elser v. Macrotron, ECLI:EU:C:1991:16; Rekabet Kurulu, 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0041> (26.03.20108); **Arı**, Zekeriyya (2004), Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara, s.150; **Özsunay**, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, s.50, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocument%2FFPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyn74.pdf>, (E.T. 22.05.2017); **Topçuoğlu**, Metin (2001), Rekabet Hukuku Uygulamalarında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, C.50, s.132; **Günay**, s.92.

türü önemli değildir³⁶. Buna karşın, ekonomik bağımsızlığı bulunmayan bağlı şirketler, rekabet hukukuna göre ayrı birer teşebbüs olarak kabul edilmemekte, şirketler topluluğu bir bütün halinde teşebbüs olarak değerlendirilmektedir³⁷. Buna göre, bağlı şirketin diğer şirketlerle yaptığı rekabet anlaşmalarından hâkim şirket sorumlu olmaktadır³⁸.

Doktrinde rekabet hukuku anlamında teşebbüsten bahsedebilmek için bu iki unsura ek olarak **faaliyeti sürekli olarak yerine getirme** unsurunun da bulunması gerektiği ifade edilmiştir³⁹. Gerçekten de, devamlılık amacı taşımaksızın,

bir defaya mahsus olarak yürütülen ekonomik faaliyetlerin rekabet ortamını etkilemesinden bahsedilemez⁴⁰. Bu nedenle bize göre de teşebbüsten bahsedilebilmesi için süreklilik unsurunun bulunması gerekecektir.

Rekabet hukuku anlamında teşebbüs için bulunması gereken bu unsurların TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan hâkim teşebbüs için de aranıp aranmayacağı hususu konumuz açısından önem arz etmektedir. Diğer bir deyişle, hâkimi bir teşebbüs olan şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütme, ekonomik bağımsızlık ve süreklilik unsurlarını taşımasının gerekip gerekmediğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle her üç unsuru şirketler topluluğu anlamındaki teşebbüs bakımından ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

Rekabet hukuku anlamındaki teşebbüsten bahsedilebilmesi için bulunması gereken *ekonomik faaliyet yürütme* unsurunun şirketler topluluğu kapsamındaki teşebbüs için aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, rekabet hukukunda olduğu gibi şirketler topluluğu bakımından da *ekonomik bir faaliyet yürütme* teşebbüs kavramının bir unsuru olarak aranmalıdır⁴¹. Ancak bu görüşü savunan yazarlar yürütülmesi gereken ekonomik faaliyetin niteliği konusunda farklı görüşleri savunmaktadır. *Susuz*'a göre, hâkim konumda bulunan ve şirketi yönlendiren iradenin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için bağlı şirketin izlemek zorunda bırakıldığı iktisadi amacın kendisine yabancı olması gerekir⁴². *Karaman Coşgun*'a göre ise şirketler topluluğunda teşebbüsün varlığı için hâkim gücün şirket dışında herhangi bir iktisadi faaliyete ve kendisine ait bir iktisadi menfaate sahip olması yeterli sayılmalı, bu menfaatin büyüklüğü, küçüklüğü, şirkete yabancı

³⁶ **Güven**, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s.84. Rekabet kanununda kamu – özel teşebbüs ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla kamu tüzel kişileri de RKK kapsamında teşebbüs sayılmaktadır (**Özunalı**, Aydın (2014), Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, s.26). "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılık öngörmemiştir. Kanunun kapsamını belirleyen 2. maddesinde kamu-özel ayrımı yapılmaksızın "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün" rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde de rekabet kurallarının ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması gerektiği, teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının öneminin bulunmadığı, her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçlanıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerektiği vurgulanmıştır" Danıştay 10.D., T.05.12.2003, E.2001/4817, K.2003/4770, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (08.12.2017).

³⁷ **Topçuoğlu**, s.133; **Sanlı**, Kerem Cem (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, s.29; **Günay**, s.93; **Danıştay**, 10.D., T.12.11.2003, E.2002/4495, K.2003/4374; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.07.06.2007, E.2004/2382, K.2007/1544, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (8.12.2017); C-170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECLI:EU:C:1984:271, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0170> (23.03.2018).

³⁸ C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1972:70, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0048> (26.03.2018); ayrıca lütfen bkz. **Kocadağ**, Nilgün (2015), Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.47 vd. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/137-pdf> (26.03.2018).

³⁹ **Tekinalp**, Ünal (1990), Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85 ve 86. maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, İktisap ve Maliye, S.11, C. 26, (Avrupa Topluluğu), s.455; **Ateş**, Mustafa (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, s.201; **Ocak**, Nazmi (2016), Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, İstanbul, s.29; **Günay**, s.92; **Karaman Coşgun**, s.116; **Güven**, s.86. *Güven*, Sürekli faaliyette bulunmanın teşebbüs için belirleyici kistas olduğunu ifade etmektedir. Aksi görüşü savunan *Arı*'ya göre ise;

ise; kısa süreli, geçici ve düzensiz faaliyetler de rekabeti sınırlandırabilir. Amacın rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri önlemek olması sebebiyle, devamlılık unsurunun aranması bu amaca getirilen bir sınırlama olacaktır, **Arı**, s. 148.

⁴⁰ **Karaman Coşgun**, s.116.

⁴¹ **Susuz**, s.274-275; **Karaman Coşgun**, s.122.

⁴² **Susuz**, s.275.

olup olmaması teşebbüs sayılmaya etki etmemelidir⁴³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise şirketler topluluğu anlamında bir teşebbüsten bahsedilebilmesi için teşebbüsün *ekonomik faaliyet yürütmesi* gerekmektedir⁴⁴. Zira ne kanun metninde ne de gerekçede bunu destekleyen herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için önemli olan TTK m. 195/1 ve 2'deki koşulların sağlanmasıdır. Burada hâkimin bir ticaret şirketi veya bir teşebbüs olması arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Rekabet hukukunda geçerli olan *ekonomik bağımsızlık* unsuru şirketler topluluğu hukuku açısından da teşebbüs kavramının bir unsuru olarak kabul edilmelidir⁴⁵. Zira teşebbüs hâkim konumda olacağından, işin doğası gereği bağımsız kararlar alabilmelidir.

Rekabet hukuku kapsamındaki teşebbüste bulunması gereken *süreklilik unsuru*, TTK m.195/5 anlamındaki teşebbüs kavramının tespitinde belirleyici niteliktedir⁴⁶. Diğer bir deyişle, hâkim teşebbüsten bahsedilebilmesi için hâkimiyetin sürekli nitelikte olması gerekecektir. Zira şirket hisselerinin kısa süreler içinde, hâkimiyet amacı olmaksızın yalnızca kâr elde etmek amacıyla, alım satımı durumunda şirketler topluluğu ilişkisinin kurulması gibi bu kurumun amacıyla bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir⁴⁷.

Teşebbüs kavramının kapsamı belirlenirken, şirketler topluluğu hukukunu ayrıntılı olarak düzenleyen ilk ülke olan Alman hukukuna da bakılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Alman hukuku şirketler topluluğunun temeline “işletme” kavramını oturtmuştur. İşletme kavramının kapsamı ise “başka iktisadi menfaat”in bulunup bulunmamasına göre belirlenmektedir⁴⁸. Buna göre, hâkim konumda olan kişinin işletme olarak kabul edilebilmesi için hâkimiyeti altında

bulundurduğu işletme dışında başka bir iktisadi menfaatinin bulunması gerekir⁴⁹. Diğer bir deyişle, örneğin bir anonim şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip bir gerçek kişi, başka bir iktisadi menfaati yoksa işletme olarak nitelendirilemeyecektir. Başka bir iktisadi menfaat kavramından kasıt hâkim olunan ticaret şirketi dışında, başka bir ticari işletme işletmek veya başka bir ticaret şirketinin hâkim ortağı olmak gibi her türlü ticari faaliyet yürütmektir. Bir görüşe göre, Alman hukukunda işletme kavramı belirlenirken kullanılan bu kıstas Türk hukukunda teşebbüs kavramını belirlerken de kullanılmalıdır⁵⁰. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İlk olarak hukukumuzda “işletme” değil, teşebbüs kavramı kabul edilmiştir. Teşebbüs kavramı işletme kavramından daha geniş bir kavramdır ve bir kişinin veya kişi topluluğunun teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için TTK başka bir iktisadi menfaatinin bulunması ölçütünü aramamıştır. TTK için önemli olan m. 195/1 ve 2’de gösterilmiş olan hâkimiyet araçlarından birinin gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, bir ticaret şirketinin örneğin oy haklarının çoğunluğuna sahip bulunan bir gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık teşebbüs olarak nitelendi-

⁴⁹ Okutan Nilsson, s.75.

⁵⁰ Susuz, s.275-276. Yazara göre, teşebbüs kavramı belirlenirken önemli olan hâkimi olunan şirketin menfaatlerine aykırı bir tutum içinde olunup olunmayacağıdır. Bu nedenle şirketin dışında bir işletme faaliyeti olan “işletmecisi pay sahibi” açısından bu tehlike daha belirgin, faaliyetleri şirket ile sınırlı “özel pay sahibi” açısından söz konusu tehlike neredeyse yoktur. Dolayısıyla sadece işletmecisi pay sahipleri için özel önlemler almak, diğer bir deyişle şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulamak gerekir. Şirkete hâkim olan özel pay sahipleri açısından da aynı tehlikeler ortaya çıkabilecek olsa da şirketler hukuku kapsamında mevcut olan diğer önlemler (azlık hakları gibi) sayesinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerek yoktur (Susuz, s.276). Yazara pay sahiplerini gruplara ayırıp teşebbüs kavramını Kanunda hiçbir hüküm yokken bu kavramlara dayandırmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira TTK m.195/5’de açıkça “şirketler toplununun hâkiminin... bir teşebbüs olması halinde de, 195 ila 209’uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.” demektedir. Burada amacın yalnızca şirket faaliyetleriyle uğraşan hâkim pay sahiplerini korumak olduğu düşünülebilir. Ancak TTK m. 195 burada sadece şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Diğer bir deyişle, hâkim konumda bulunan pay sahibinin örneğin, TTK m. 202 kapsamında sorumlu olabilmesi için orada aranan şartların yerine gelmesi gerekecektir. Teşebbüsün kendine bağlı konumda bulunan bir şirketi herhangi bir kayba veya zarara uğratmaması halinde sorumluluğu doğmayacaktır.

⁴³ Karaman Coşgun, s.123.

⁴⁴ Aynı yönde, Okutan Nilsson, s.75.

⁴⁵ Okutan Nilsson, s.75; Karaman Coşgun, s.127.

⁴⁶ Karaman Coşgun, s.117.

⁴⁷ Karaman Coşgun, s.117.

⁴⁸ Okutan Nilsson, s.75.

rilecektir. Bunun için ayrıca başka bir iktisadi menfaatinin bulunması gerekmemektedir.

Bu açıklamalar ışığında, hâkim teşebbüsten bahsedilebilmesi için söz konusu teşebbüsün ekonomik bağımsızlığı bulunmalı ve bağlı şirket üzerinde uygulanan hâkimiyet sürekli nitelikte olmalıdır. Bunun dışında, kanaatimizce bir gerçek veya tüzel kişinin yahut tüzel kişiliği bulunmayan oluşumların teşebbüs olarak nitelendirilmesi için ekonomik bir faaliyet yürütmesi gerekmektedir.

B. TEŞEBBÜSÜN ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN HÂKİMİ OLMASI

Şirketler topluluğunun hâkiminin, bir teşebbüs olması halinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Bir teşebbüsün şirketler topluluğunun hâkimi olabilmesi için TTK m. 195/1 ve 2'de bulunan hâkimiyet araçlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre,

(1) a) Bir teşebbüs, bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya
2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse,
3. Kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir teşebbüs, bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

teşebbüs hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen haller dışında, bir teşebbüsün bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, teşebbüsün varlığına karinedir.

Topluluğun hâkiminin ticaret şirketi veya teşebbüs olması arasında bir farklılık öngörülme-

miştir. Bu nedenle, yukarıda hâkimiyet araçlarına ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır⁵¹.

Daha önce de bahsedildiği gibi, kanaatimizce TTK m. 195'in metninden hâkimi teşebbüs olan bir şirketler topluluğu için bir teşebbüs ve buna bağlı bir ticaret şirketinin bulunması yeterli olacaktır⁵². Ancak Türk Ticaret Kanunu İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın dördüncü maddesi uyarınca, topluluğun hâkiminin teşebbüs olması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için en az üç bağlı şirketin bulunması gerekecektir. Tasarı taslağının yapılması halinde bir teşebbüs ve bir ticaret şirketinin bulunması şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, örneğin bir anonim şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olan bir gerçek kişi hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullansa da ne bağlı şirkete ne de pay sahibi ve alacaklılara karşı sorumlu olacaktır. Bu durum da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin düzenlenmesine sebep olan pay sahiplerini ve alacaklıları koruma amacıyla çelişmektedir. Zira hâkim konumdaki bir gerçek kişi teşebbüs de kendisi dışındaki pay sahipleri ve alacaklıların zarara uğramasına neden olabilecektir. Yine hâkim ortağın talimatlarına göre hareket eden, aksi takdirde, işini kaybedecek olan yönetim kurulu üyelerini de bağımsız yönetim kurulu üyeleri gibi sorumluluğa tabi tutmak da hakkaniyete aykırı olacaktır.

C. HÂKİM TEŞEBBÜSÜN TACİR SAYILMASI

TTK m.195/5'e göre, hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu hüküm teşebbüsün tacir sayılması hususunda TTK m. 12'deki sistemden ayrılmış olduğunu göstermektedir⁵³. Zira TTK m. 12'ye göre,

⁵¹ Bkz. I, B.

⁵² Buna ilişkin açıklama ve görüşler için bkz. dn.15. Ayrıca TSY'deki düzenleme ve bunun eleştirisi için bkz. I.C.

⁵³ Aker, s.287.

bir gerçek veya tüzel kişinin tacir olarak kabul edilebilmesi için bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmesi gerekmektedir. Ancak, TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüsün tacir olarak kabul edilebilmesi için bir ticari işletme işletmesi gerekmeyecektir. Burada önemli olan TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüs olarak kabul edilmektir. Bu kapsamda TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüs niteliğinde olan bir gerçek kişi bir ticari işletme işletmese bile tacir sıfatına bağlanmış olan her türlü hak ve yükümlülüğe tabi olacaktır.

Teşebbüs, gerçek kişileri, özel hukuk ve kamu hukukuna göre kurulmuş tüzel kişileri, hatta tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık yapılarını da kapsayan bir kavramdır⁵⁴. Söz konusu hüküm uyarınca bir gerçek kişinin ya da (kamu yararına çalışan dernek ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıf dışındaki) özel hukuk tüzel kişilerinin tacir kabul edilmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada asıl sorun, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların TTK m. 195/5 uyarınca teşebbüs sayılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira TTK m. 16/2, bu sayılanların bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler tacir sayılmayacaklarını öngörmüştür. Böylece bu kişilerin tacir sayılıp sayılmayacağıyla ilgili birbiriyle çelişen iki hüküm bulunmaktadır. Hangi hükmün uygulanacağı konusunda ise doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, TTK m.195/5'teki hüküm, TTK m16/2'ye göre özel bir hükümdür ve bu nedenle, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların hâkim teşebbüs konumunda oldukları sürece tacir

sayılmaları gerekir⁵⁵. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise TTK m16/2, TTK m.195/5 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir ve TTK m.16/2'de sayılan kişiler hâkim teşebbüs olsalar bile tacir sayılmazlar⁵⁶. Zira burada tartışılan şirketler topluluğunun özel sonuçları değil, tacir olmak ve buna bağlanan sonuçlardır⁵⁷. Kaldı ki, TTK m16/2'de sayılan kişileri, tacir olmanın tüm hak ve yükümlülüklerine tabi kılmanın pratik bir yararı da bulunmayacaktır. Hâkim teşebbüs konumunda bulunan devletin TTK m.195/5 uyarınca tacir olmasına dayanılarak iflasının istenmesi hem kamu yararına aykırı olacak hem de pek mümkün görülmecektir.

Burada üzerinde durulması gereken son husus, hâkim teşebbüs konumunda bulunan birden fazla gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu adi şirketin tacir olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Kanaatimizce tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket TTK m.195/5 anlamında teşebbüs olarak kabul edilse de tacir olarak kabul edilemez. Zira tüzel kişiliği olmayan bu yapıyı tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tabi tutmak mümkün görünmemektedir. Örneğin adi şirketin taraf ehliyeti bulunmadığından iflas yoluyla takip edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, adi şirketi oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin her birinin tacir sayılmasının doğru olacağını düşünmekteyiz. Bize göre, TTK m.195/1-a/3 uyarınca bir ticaret şirketinin diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturarak hâkimiyet kurması halinde de hâkim teşebbüs konumunda bulunan bir adi şirket söz konusu olacaktır. Zira ticaret şirketi ve diğer pay sahipleri bir sözleşme uyarınca oy haklarının çoğunluğunu oluşturma amacı taşımaktadır. Bu nedenle, ticaret şirketi gibi diğer pay sahipleri de tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tabi olacaktır.

⁵⁴ Okutan Nilsson, s.76; Aker, s.286; Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.136; Şener, Oruç Hami (2016), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, (Ticari İşletme), s.154.

⁵⁵ Arkan, s.136.

⁵⁶ Aker, s.287, dn.192; Şener, Ticari İşletme, s.154, dn.216; Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 171, dn.55; Okutan Nilsson, s.77; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin (2017), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.231; Karaman Coşgun, s.143.

⁵⁷ Karaman Coşgun, s.143-144.

D. HÂKİM TEŞEBBÜSÜN MERKEZİNİN YURT DIŞINDA BULUNMASI

TTK m.195/5'e göre, topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece bağlı şirketlerinden biri Türkiye'de bulunan bir hâkim teşebbüse şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk davaları açılabilir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu teşebbüsün merkezinin değil, korunmaya muhtaç olan bağlı şirketin merkezinin yurt içinde bulunmasına sonuç bağlamıştır.

TTK m.202/1-e'ye göre, hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Bu hüküm TTK m.206'da yapılan gönderme nedeniyle, tam hâkimiyet halinde bağlı şirkette oluşan kayıpların denkleştirilmemesi nedeniyle şirket alacaklılarının açacağı tazminat davalarında da uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Türk Hukukunda şirketler topluluğu ilk kez 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir. Hâkim ve bağlı şirket başlığını taşıyan TTK m. 195, şirketler topluluğunun aktörlerinin kural olarak ticaret şirketleri olduğunu belirttikten sonra, beşinci fıkrasıyla bu kurala geniş bir istisna getirmiştir. Buna göre, şirketler topluluğunun hâkiminin merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Teşebbüs kavramı şirketler hukuku açısından yeni bir kavram olduğundan yorumlanırken rekabet hukukundan yararlanılabilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, doktrin ve yargı kararlarında yapılan tanımlara göre teşebbüsün temel unsurları ekonomik faaliyet yürütme, ekonomik bağımsızlık ve sürekliliktir. Bu unsurların

TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan hâkim teşebbüs için de aranıp aranmayacağı hususu önem arz etmektedir. Kanaatimizce TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütme unsurunun gerçekleşmesi gerekmeyecektir. Zira ne kanun metninde ne de gerekçede bunu destekleyen herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Ekonomik bağımsızlık ve süreklilik unsurları ise bize göre şirketler topluluğundaki teşebbüs kavramı için de aranması gereken unsurlardandır.

Hâkimi teşebbüs olan bir şirketler topluluğu için bir teşebbüs ve buna bağlı bir ticaret şirketinin bulunması yeterlidir. Zira TTK m. 195'ten çıkan sonuç da bu doğrultudadır. Bu nedenle, TTK'ya aykırı olan TSY m.105 uygulama alanı bulmamalıdır. Zira TTK'da öngörülmeyen bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmesi mümkün değildir.

TTK m. 195/5'e göre, hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu hüküm, teşebbüsün tacir sayılması hususunda TTK m. 12'den ayrılmış olduğunu göstermektedir. Zira hâkim teşebbüs bir ticari işletme işletip işletmediğine bakılmaksızın tacir sayılmıştır. Teşebbüs, gerçek kişileri, özel hukuk veya kamu hukuku hükümlerine göre kurulmuş olduklarına bakılmaksızın tüm tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan oluşumları kapsayan bir kavramdır. Buna göre, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar da TTK m. 195/5 anlamında teşebbüs olarak şirketler topluluğunun hâkimi olabilecektir. Ancak böyle bir durumda birbiriyle çelişen iki ayrı hüküm ortaya çıkmaktadır. Zira TTK m. 195/5 uyarınca bu kişiler tacir sayılacakken, TTK m. 12/2 uyarınca bu kişilerin tacir sayılması mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, TTK m. 16/2 hükmü TTK m.195/2 hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olup, bu kişiler TTK m. 195/5 uyarınca hâkim teşebbüs olsalar da tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülükler tabi olmayacaklardır.

KAYNAKÇA

- Aker**, Halit (2009) Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs” BATİDER, S.2, C.15.
- Arı**, Zekeriyya (2004), Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara.
- Arkan**, Sabih (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara (Ticari İşletme).
- Aslan**, İ. Yılmaz (2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı.
- Ateş**, Mustafa (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara.
- Aydoğdu**, Fatih (2012), Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin (2017), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.
- Bilgili**, Fatih/ **Demirkapı**, Ertan (2013), Şirketler Hukuku, Bursa.
- Eminoğlu**, Cafer (2013), Konzern/ Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU, Ein Rechtsvergleich, İstanbul, (Konzern).
- Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, İstanbul, (Kurumsal Yönetim).
- Günay**, Cevdet İlhan (2010), Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara.
- Gündoğdu**, Gökmen (2014), Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? - Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, S.133, C.12, s.107-126.
- Güven**, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara.
- Karaman Coşgun**, Özlem (2015), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21, s.107-166.
- Kendigelen**, Abuzer (2012), Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul.
- Kocadağ**, Nilgün (2015), Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.47 vd. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/137-pdf>.
- Ocak**, Nazmi (2016), Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, İstanbul.
- Okutan Nilsson**, Gül (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul.
- Özsunay**, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, s.50, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn74.pdf>, (22.05.2017).
- Öztunalı**, Aydın (2014), Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara.
- Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin (2017), Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul.
- Pulaşlı**, Hasan (2011), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara (Şerh).
- Pulaşlı**, Hasan, (2011), Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, REGESTA, S.1 (Tek Ortaklı Şirketler).
- Sanlı**, Kerem Cem (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara.

Susuz, Kağan (2012), “ Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.2, C.18, s.269-279.

Şener, Oruç Hami (2016), Ticari İşletme Hukuku, Ankara (Ticari İşletme).

Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017 (Ortaklıklar Hukuku).

Tekinalp, Ünal (1990), Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasınının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, İktisap ve Maliye, S.11, C. 26, (Avrupa Topluluğu).

Tekinalp, Ünal (1999), Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul, s.779-787 (Grup İçi Teşebbüsler).

Tekinalp, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul (Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal/ **Tekinalp**, Gülören (2000), Avrupa Birliği Hukuku, 2.Baskı, İstanbul.

Topçuoğlu, Metin (2001), Rekabet Hukuku Uygulamalarında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, C.50, s.129-171.