



REGESTA

Sayı: 1 | Kasım 2011

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TEK ORTAKLI SERMAYE ŞİRKETLERİ VE BUNA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket
Ortaklarının Bilgi Alma, İnceleme ve Özel Denetim
İsteme Hakları
Soner ALTAŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin
Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü
Cüneyt BÜYÜKYAKA

Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Bakış, İş ve Ekonomi
Dünyasını İlgilendiren Reformcu Düzenlemeler
Gökhan YÜKSEL, Nilgün Serdar ŞİMSEK

Ticari İşletme Rehni
İbrahim Murat HAZNEDAR

YENİ TİCARET KANUNUNDA TİCARET SİCİLİ İLE İLGİLİ GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKET ESAS SÖZLEŞMESİNİN VE SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİNİN TESCİLİ VE TESCİLİN ETKİLERİ

Doç. Dr. Necla Akdağ GÜNEY

DİJİTAL ŞİRKET'E GEÇMEK İÇİN SEKİZ YASAL GEREKÇE

Dr. Leyla KESER BERBER

ISSN: 2146-6203



9 772146 620305



REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

İstanbul Ticaret Odası Adına İmtiyaz Sahibi

Dr. Murat Yalçıntaş

Sorumlu Müdür
Av. Nurcan Turan

Editör
Av. Nurcan Turan

Genel Yayın Koordinatörü
Melih Kazancı

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Zühtü Aytaç
Prof. Dr. Seyithan Deliduman
Prof. Dr. Yedigâr İzmirli
Prof. Dr. Turgut Kalpsüz
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. Hasan Pulaşlı
Prof. Dr. Kemal Şenocak
Prof. Dr. Asuman Turanboy
Prof. Dr. Güzin Üçışık
Prof. Dr. Hüseyin Ülgen
Prof. Dr. Veliye Yanlı
Prof. Dr. Hamdi Yasaman
Prof. Dr. Aynur Yongalık

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Zühtü Aytaç
Prof. Dr. Seyithan Deliduman
Prof. Dr. Yedigâr İzmirli
Prof. Dr. Turgut Kalpsüz
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. Hasan Pulaşlı
Prof. Dr. Kemal Şenocak
Prof. Dr. Asuman Turanboy
Prof. Dr. Güzin Üçışık
Prof. Dr. Hüseyin Ülgen
Prof. Dr. Veliye Yanlı
Prof. Dr. Hamdi Yasaman
Prof. Dr. Aynur Yongalık
Doç. Dr. Murat Alışkan
Doç. Dr. Savaş Bozbel
Doç. Dr. M. Alper Gümüş
Doç. Dr. Necla Akdağ Güney
Doç. Dr. Mehmet Çağlar Manavgat

Doç. Dr. Gül Okutan Nilsson
Doç. Dr. Mehmet Özdamar
Doç. Dr. Oruç Hami Şener
Doç. Dr. Sevilay Uzunallı
Yrd. Doç. Dr. Anlam Altay
Yrd. Doç. Dr. Fena İpekeli
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar
Yrd. Doç. Dr. Leyla Keser Berber

Yayın Koşulları:

1. Bu dergi, akademik düşüncelerle çıkarılan bir dergidir.
2. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
3. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir. Referanslar sayfa altına otomatik dipnotla yapılmalıdır. Yazılar Word Programında ve Times New Roman fontunda 12 punto yazı büyüklüğün de yazılmalıdır.
4. Makalelerin başında 150 kelimelik özet yazılmalıdır.
5. Özeti altında kavram dizininde kullanılmak üzere belirlenmiş ve koyu renk ile yazılmış anahtar kelimeler gösterilmelidir.
6. Makaleler e-posta yolu ile nurcan.turan@ito.org.tr adresine gönderilmelidir.
7. Yazının hakem denetiminden geçmesi talebi yazılı olarak belirtilmelidir. Bu yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
8. REGESTA Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanmak da dahil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile iktibas edilebilir.

Yayının Türü: Yerel, Süreli

Yayın Aralığı: Yılda üç sayı olarak yayımlanan hakemli dergidir.

Yıl: 2011 Sayı: 1

ISSN: 2146-6203

Basım Tarihi: Kasım 2011

Yayın İdare Merkezi Adresi:

İSTANBUL TİCARET ODASI
Reşadiye Cad. Eminönü - İSTANBUL
Tel: 0 212 455 61 20
Web: www.ito.org.tr

Yayına Hazırlık ve Basım:

KAZANCI KİTAP TİCARET A.Ş.
İncirli Yolu Yakup Bey Apt. 3/8
Osmaniye / Bakırköy – İSTANBUL
Tel: (212) 570 62 65 – Fax: (212) 570 62 93
Web: www.kazancikitap.com
E-posta: kazanci@kazancikitap.com

REGESTA Dergisinin her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre İstanbul Ticaret Odası'na aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

Başlarken...

Türk hukuk literatürüne spesifik bir süreli yayınla katkıda bulunabilmenin heyecanını yaşıyoruz. Yürürlüğe girmesine kısa süre kalan yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun öncesinde yaşamına başlayan “*Regesta*”, ticaret sicili merkezli içeriği ile ülkemizdeki ilk hukuk dergisi...

Böylesi özel alana ilişkin süreli bir yayının çıkarılmasında, 1957-2012 döneminde yürürlükte olan ticaret kanunu uygulamasına ilişkin bazı konuların doktrinde ele alınmamış olmasının beraberinde getirdiği boşlukların da yadsınamayacak belirleyiciliği bulunmaktadır.

Ticari hayatı esaslı biçimde etkileyen ticaret sicili müessesesinin, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile öneminin daha da artacağı kuşkusuzdur. Zira, köklü yapısal değişiklikleri içeren yeni kanun, mevzuatın çizdiği sınırlar içerisinde hukuki inceleme yapan ticaret sicili kurumunun görev, yetki ve sorumluluklarını yeniden tanımlamaktadır.

Genelde ticaret hukukunun, özelde ise uygulamayı yönlendirici fonksiyonu ön planda yer alan ticaret sicilinin gelişimine katkı sağlayacak, ağırlıklı olarak akademik değerlendirmelerin içerik teşkil edeceği “*Regesta*”, ciddi bir tartışma platformu olacaktır. Akademisyenlerin ve sicili ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık, tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına; sicil ve uygulamalarına ilişkin teorik çalışmaların, hukuki temellendirmelerde güçlü arkaplanlar oluşturacağına dair inancımız tamdır.

“*Regesta*”nın ilk sayılarında, konunun güncelliği dolayısıyla yeni ticaret kanunu ve yeni kanunun getirdiği değişiklikler ile ticaret sicili uygulamasında ortaya çıkması muhtemel sorunları değerlendiren çalışmalar ağırlık taşıyacaktır.

“*Regesta*”ya çalışmalarıyla katkı sağlayan yazarlarımıza, yayın, danışma ve hakem kurullarında yer alan seçkin hocalarımıza; Sayın Dr. Murat Yalçıntaş nezdinde maddi-manevi yardımlarını esirgemeyen İstanbul Ticaret Odası Yönetim Kurulu’na ve projemizi destekleyerek zorlukları aşmamızı sağlayan Genel Sekreter Sayın Dr. Cengiz Ersun’a teşekkür etmek zevkle yerine getirdiğim bir ödevdir.

Dört aylık periyotlarla yayımlanacak derginin akademik çevrelerde ve muhtelif uygulamacılar tarafından ilgiyle takip edileceği ve nice sayılarda birlikte olabilmek ümidiyle...

Av. Nurcan TURAN

İÇİNDEKİLER

- 7 **Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili İle İlgili Getirilen Yeni Düzenlemeler**
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
- 13 **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar**
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI
- 39 **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri**
Doç. Dr. Necla Akdağ GÜNEY
- 59 **Dijital Şirket'e Geçmek İçin Sekiz Yasal Gerekçe**
Dr. Leyla KESER BERBER
- 65 **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket Ortaklarının Bilgi Alma, İnceleme ve Özel Denetim İsteme Hakları**
Soner ALTAŞ
- 79 **Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü**
Cüneyt BÜYÜKYAKA
- 139 **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Bakış, İş ve Ekonomi Dünyasını İlgilendiren Reformcu Düzenlemeler**
Gökhan YÜKSEL / Nilgün Serdar ŞİMSEK
- 149 **Ticari İşletme Rehni**
İbrahim Murat HAZNEDAR

Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili İle İlgili Getirilen Yeni Düzenlemeler

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 13.01.2001 de kabul edilmiş ve 14.02.2011 tarihli RG’de ilan edilmiştir. Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Ticaret Kanunu 6 kitapdan oluşmaktadır. Bunlar, ticari işletme (1. kitap), Ticaret Şirketleri (2. kitap), Kıymetli Evrak (3. kitap), Taşıma İşleri (4. kitap), Deniz Ticareti (5. Kitap), Sigorta Hukuku (6. kitap). Bunun dışında Başlangıç hükümleri m. 1-10) ve Son Hükümler (m. 1521-1535) mevcuttur. Yukarıda belirtilen tüm kitaplarda reform niteliğinde değişiklikler yapılmış, modern ve AB hukukuna uyum sağlanmaya çalışılan bir Kanun yaratılmıştır. Bu konulardan en büyük değişiklik ve reform Şirketler Hukukunda gerçekleşmiştir. Ticari İşletme Hukukunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu makalede sadece ticaret sicili ile ilgili değişiklikler üzerinde durulacaktır.

AET 68/151 sayılı Şirketlerle ilgili 1.Yönergeye paralel olarak, AB ile uyum sağlanması amacıyla ticaret sicili hükümlerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Ticaret Kanununun genel gerekçesinde ticaret sicili ile ilgili reformlar şu şekilde belirtilmiştir:

- Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulması, tescile dayanak oluşturan belgelerin aynı ortamda dosyalanması ve saklanması

* GSÜ Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

- Aleniyetin artırılması; ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz işlevinin genişletilmesi ve geliştirilmesi
- Görünüşe güven kuramının merkez kavram olması.
- Sicilin tutulmasından doğan zararlardan ilgili Ticaret Odası ile Devletin müteselsil sorumluluğu

1. TİCARET SİCİLİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI

Ticaret Sicilleri Ticaret ve Sanayi Odaları veya ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulur. Ticaret sicilleri, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetimindedir (TTK m.24). Sicil müdürlüklerinin kurulmasında aranacak şartlar ve odalar arasında sicil işlemleri ile ilgili işbirliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar Bakanlıkça çıkarılacak bir Yönetmelikle düzenlenir (TTK m. 24 f.3).

Türkiye’de merkezi bir ticaret sicili yoktur. Ticaret sicilleri her il veya illere mahsus olarak kurulurlar. Bunlar kayıtlarını kütük ve defter esasına göre tutarlar. Yeni Kanun, bu sistemden ayrılmayı hedeflemekte ve sicillerin elektronik ortamda tutulmasını öngörmektedir. Bu amaçla, kayıtların elektronik ortamda tutulması ile ilgili usul ve esasların belirleneceği bir Tüzük öngörülmüştür. Bu Tüzük henüz hazırlanmamıştır.

Ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerinin elektronik ortamda depolandığı ve sunulduğu merkezi ortak bir veri tabanının oluşturulması öngörülmüştür. Bu merkezi veri tabanı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulacaktır (TTK m. 24, f.2). Bu sistem, önce elektronik ortamda çalışan yerel, daha sonra da tek (merkezi) ticaret siciline geçişi kolaylaştıracaktır.

Kanunda, bilgi bankasının oluşturulmasına ve kayıtların elektronik ortamda tutulmasına hukuki sonuç bağlanmamıştır. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir¹. Kayar ve Ünal’a göre, Ticaret Sicili gazetesindeki ilanla-

¹ İsmail KAYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Yeditepe Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.II, S.1, s.364-365, Akın ÜNAL, Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret

rın aleniyet bakımından etkileri son derece kısıtlıdır. Bu gazete sadece ilanı yapanlara gönderilmekte ve üçüncü kişiler tarafından takip edilememektedir. Bu sebeble bu gazetenin kaldırılması ve yerine internet ortamında bilgiye ulaşmanın kolay olması göz önünde tutularak, elektronik ortamda yapılan tescillerin ve bilgilerin ve bunların açıklamalarının aleniyeti sağlayacağı kabul edilmelidir. Kanunun da buna sonuç bağlaması gerekir. Bu görüşler doğrudur. Gelişen teknolojiden yararlanılarak, elektronik ortamda tutulan kayıtlara hukuki sonuç bağlamak daha doğru bir yoldur. Akın Ünal'a göre², “elektronik ortam ve sicil bilgi bankası düzenlemesine bir an önce geçilmeli ve sicil kayıtlarına internet yoluyla her an her yerden ulaşılabilir hale getirilmelidir³. Böylece sicil bölgesi gibi kısıtlara gerek kalmayacaktır. Sicil gazetesine sonuç bağlandı(ğı) gibi, bu elektronik ortama ve bilgi bankasına sonuç bağlanmalıdır”.

2. ALENİYET

Aleniyet ilkesi, sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasıyla da sağlanacaktır. Ticaret sicilindeki kayıtların aleni ve kolay ulaşılabilir olması gerçek anlamda şeffaflığı gerçekleştirecek ve sicildeki düzensizliklerin ve aykırılıkların önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Ticaret siciline tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi 36. maddede düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde, bu maddenin, 6762 sayılı Kanunun “tescilin üçüncü kişilere tesiri” başlıklı 38. maddesi ile “sicile itimat” başlıklı 39. maddelerinden aynen alındığı belirtilmiştir. Ancak, bazı farklılıklar mevcuttur. Kendigelen, bu madde ile müspet vukuf ilkesinin ortadan kalktığını ileri sürmüştür⁴.

Ticaret sicili kayıtları, üçüncü kişiler bakımından, nerede bulunurlarsa bulunsunlar tescil edilen hususun Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur.

Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına göre bir Değerlendirme), Legal Hukuk Dergisi, S. s. 1406

² Akın Ünal, aynı makale, s. 1409

³ Benzer bir görüş için bkz. Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider C. XIX S. 1 Haziran 1997, s. 101

⁴ Abuzer KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tesbitler, İstanbul 2011, s.58

Tescil ve ilan edilen hususların bilinmediği üçüncü kişiler tarafından ileri sürülemez (TTK. m.36, f. 3). Buna ticaret sicilin olumlu etkisi denilir. Buna karşılık, tescili gerekirken tescil edilmemiş veya tescil edilmiş olup da ilan edilmemesi gerekirken ilan edilmiş ya da eksik ilan yapılmışsa, bu hususların üçüncü kişiler bakımından bilinmesi aranmaz. Buna sicilin olumsuz fonksiyonu denilir. Üçüncü kişilere bu hususlar, ancak müspet vukufı, yani tescili veya ilanı gereken hususu bildiklerinin ispatı haline ileri sürülebilir. Diğer bir ifade ile, müspet vukuf ispat edilmelidir⁵. Yeni kanunda buna “bilmeleri gerekir” ibaresi eklenmiştir. TTK’nun 36. maddesinin 4. fıkrasına göre “Tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir”⁶. Örneğin bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinden birisi toplantıya katılmamış ve toplantıda alınan karar ticaret siciline tescil ettirilmiş ise, bu üyenin bu konuda müspet vukufu olmamasına karşılık, yönetim kurulu kararlarının içeriğinden haberdar olması onun görevi gereğidir. Bu, “bilmesi gerekir” haline örnek teşkil edebilir.

3. GÖRÜNÜŞE GÜVEN

MK m. 1023 hükmünde tapu siciline özgü olarak öngörülen iyiniyetle tapu kütüğünde yer alan kayda dayanarak hak iktisap edebilme imkânı, 6762 sayılı TTK’nda ticaret sicilinde yer alan kayıtlar bakımından kabul edilmemiştir. Bu nedenle, 6762 sayılı TTK’na göre, üçüncü kişilerin ticaret sicilinde yer alan kayıtlara güvenerek hak iktisap edilmeleri mümkün değildir⁷. Buna karşılık, Ticari İşletme Rehni Kanunu’nda ticari işletme rehni bakımından istinai nitelikte bir düzenlemeye yer verilmiş ve m. 5/IV hükmü uyarınca; ticaret veya esnaf ve sanatkâr sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetle rehin hakkı iktisap edenin bu iktisabının geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

⁵ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 13. bası, İstanbul 2010, s. 214; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, 15. baskı, Ankara 2011, s.252

⁶ KENDİGELEN, bu maddenin sicil kayıtların elektronik ortamda tutulacak olması nazara alınmadan düzenlendiği görüşündedir (aynı eser, s.56)

⁷ NOMER ERTAN, N. Füsün (ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 301 no. 871.

6102 sayılı Yeni TTK’unda da aynı prensip benimsenmiş, ancak “Görünüşe Güven” başlığını taşıyan 37. madde ile; tescil kaydı ile ilan edilen husus arasında farklılık bulunması halinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma olan güvenlerinin korunacağı öngörülmüştür. Bu hükümde, üçüncü kişilerin ilanın içeriğine güvenleri korunmuştur. Bu kişilerin gerçek durumu bildikleri ispat edildiği takdirde, tescil edilen hususlar onlar içinde de geçerli olur. Ancak, bu etkinin söz konusu olabilmesi için, tescil edilen hususun tescili gerekli bir husus olması gerekir. Ticaret siciline tescili gerekmeyen bir husus tescil edilmiş olsa dahi, TTK 37. maddesindeki bu kural uygulanmaz⁸ Örneğin, şirketi tek başına temsile yetkili olarak sicile A tescil ettirilmiş, ancak ilanda B’nin tek yetkili olduğu ilan edilmiştir. Bu halde, üçüncü kişiler açısından B yetkili olarak kabul edilir. Üçüncü kişinin Şirketin tek yetkili temsilcisinin B değil A olduğunu bildiğini ispatlaması halinde bu kural geçerli değildir. TTK’nun 37. maddesinde 36. maddedeki “bilmesi gerekir” ibaresi yoktur. Bu halde, sadece müspet vukuf aranacaktır.

4. DEVLET İLE İLGİLİ ODANIN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

Halen yürürlükte olan Ticaret Kanununda sicille ilgili olarak Devletin sorumluluğu yoktu. 559 sayılı KHK ile Devletin sorumluluğu kaldırılmış ve sorumluluk sadece sicili tutan odaya yüklenmiş idi. TTK’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında Devletin sicilin tutulmasından doğan zararlardan sorumlu olacağı belirtilmiş ve bunun sicili tutan oda ile birlikte müteselsil sorumluluk ihdas edilmiştir.

Ticaret sicillerinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde olması; bir yerde oda mevcut değil ise veya yeterli teşkilatı yok ise, sicil Bakanlıkça belirlenecek oda tarafından tutulur. Ortak veri tabanı Bakanlık ile TOBB tarafından oluşturulur. Bakanlık ile odalar arasındaki işbirliği ve sicil müdürlüklerinin kurulmasında aranacak şartlar Bakanlık tarafından belirlenir. Bu kadar yetki ve denetime sahip Bakanlığın, sicildeki zararlardan sorumlu tutulması normaldir. Bu yeni düzenleme yerinde olmuştur.

⁸ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 254

5. SİCİL MÜDÜRÜNÜN İLGİLİYİ TESCİLE VEYA KAÇINMA SEBEBLERİNİ BİLDİRMEYE DAVETİ

Ticaret sicili memuru TTK 32. maddesine uymayan bir hususu tescil eder veya kanuni şekilde ve süresi içinde tescil edilmesi gereken husus tescil edilmemiş ise, ilgilileri, belirleyeceği uygun bir süre içinde kanuni zorunlulukları yerine getirmeye veya aksinin ispatını ister (TTK m. 33). Bu süre içinde bu hususları yerine getirmeyen veya kaçınma sebepleri bildirmeyen kişiye Sicil Memuru tarafından 200 ila 4.000 TL arasında idari para cezası verilir.

Süresi içinde kaçınma sebepleri bildirildiği takdirde, Sicil memuru bağlı olduğu Asliye Ticaret mahkemesine durumu bildirir. Mahkeme dosya üzerinden inceleme yapar ve tescili veya düzeltilmesi gereken bir husus var ise, bunların yapılmasını Sicil Memurundan ister (emreder). Aksi sonuca vardığı takdirde Mahkeme tescil talebinin reddeder. Bu kararın kesin olduğu anlaşılmaktadır. Tasarının ilk halinde, mahkemenin bu kararına karşı 15 gün içinde kanun yoluna başvurulabileceği ve bu başvurunun icrayı durduracağına dair bir düzenleme mevcuttu. Hükmün gerekçesi de buna göre hazırlanmıştı. Ancak, bu hüküm Kanuna alınmadı.

Bu yerinde bir düzenlemedir. Zira, Mahkemenin buradaki verdiği karar kazai bir karar değildir. Mahkeme dosya üzerinde inceleme yapar ve denetim mercii olarak olayı inceler ve Kanunun ifadesi ile sicil müdürüne işlemin yapılmasını emreder ya da tescili reddeder. Kendigelen, mahkeme tarafından TTK 33/3 ve TTK 34 uyarınca verilecek kararlara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı HMK'nu kapsamında çözüleceğini savunmuştur⁹.

⁹ KENDİGELEN, aynı eser, s. 55

Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI¹

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK) hem kuruluşta hem de kuruluştan sonra tek ortaklı sermaye şirketine olanak tanınmaktadır (m. 338/1, 2; 573/1, 574/2). Kanuna göre, tek kişilik şirket kavramı, sadece “*tek payshipli anonim şirketi*” ve “*tek ortaklı limited şirketi*” ifade etmektedir. Bun dışında başka bir ticaret şirketinin “tek ortaklı” olarak kurulması veya devamı mümkün değildir.

Kuruluşta kurucu sayısının tek olması, anonim ve limited şirketin kuruluşunda akdedilecek hukuki işlemin şeklini hem de meydana gelen “şirketin” niteliğini etkilemektedir. Aşağıda da detaylı olarak açıklanacağı gibi, anonim veya limite şirketin birden fazla ortak ile kurulması halinde, kuruluşla ilişkin hukuki işlem “*esas sözleşme veya şirket sözleşmesi*”; tek ortaklı olarak kurulması halinde ise, “*esas taahhütname*” olarak anılmaktadır. Ayrıca, anonim şirketlerde esas sözleşmede; limited şirketlerde şirket veya ortaklık sözleşmesindeki kurucuların...şirket kurma iradelerinin açıklamasına ilişkin imzalarının noterce onaylanmasıyla şirket kurulmuş olmaktadır (m. 335/1, 585/1). Tescil ile şirket tüzel kişilik kazanacağından, tescilden önce meydana gelen ve kurulan şirket, “ön şirket”tir. Bu bağlamda hukuki niteliği bakımından ön şirketin, bir adi şirket mi yoksa duruma göre, kurulmakta olan sermaye şirketinin tipine ilişkin olarak bir

¹ Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

“ön anonim şirket” veya “ön limited şirket” olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Konumuz açısından bunun ayrıntısına girmeyeceğiz, ancak şirket sözleşmesinin yazılı yapılmasından bunun ticaret siciline tesciline kadar geçen sürede, kurulması amaçlanan ticaret şirketinin tipine göre “ön anonim şirket” veya “ön limited şirket” meydana gelir. Bu aşamadaki şirket, adi şirket değildir, çünkü bu 6098 sayılı TBK m. 19/1 hükmü uyarınca kurucular, akdettikleri “anonim veya limited şirket” sözleşmesiyle bir adi şirketi değil, bir ticaret şirketini kurmayı amaçlamışlardır².

Öte yandan, tek ortaklı sermaye şirketlerinde genel kurulla ilgili olarak bazı özel durumlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin çağrının şekli, Bakanlık komiserinin bulunup bulunmayacağı, genel kurulda tüm payların temsili sorunu ve yönetim kurulunun ibrası gibi. Bu nedenle, anılan bu sorunların incelenmesi gerekmektedir.

I. ŞİRKET KURULUŞUNDA KURUCU SAYISI VE BUNA İLİŞKİN BİR SORUN

Yeni TTK’da, sermaye şirketlerinin (anonim ve limited şirketin) tek ortaklı, kişi ortaklıklarının ise en az iki kurucu ile kurulabileceği esası kabul edilmiştir. Ancak, sermaye şirketi olarak anılan “*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*”in *en az beş kurucu ile kurulması öngörülmektedir* (m. 568/2). Oysa yeni Kanunda, yapı itibarıyla aynı olan bir adi komandit şirketin, biri komandit diğeri komanditer olmak üzere *en az iki kurucu ile kurulabilmesine veya devamına olanak tanınmaktadır* (m.304/1). Sermayesi paylara bölünmüş şirketin kuruluşundaki kurucu sayısına ilişkin bu durumun, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki (eTTK) m. 479/2 hükmünün yeni Kanuna uyarlamasının ihmal edilmesinden kaynaklandığı kanaatindeyim. Ancak, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için bir handikap teşkil edebilecek bu hükmün yeni TTK’nın 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girmeden önce acilen değiştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, bir sermayesi paylara bölünmüş koman-

2 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve gerekçeler için bkz. **Pulaşlı, H.**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi 27-28 Mayıs İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II.Sayı.1, Yıl. 2005, s. 429 vd. (441 vd); aynı şekilde, “Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, C. S. 467 vd, (470).

dit şirketin ortak sayısının beşin altına düşmesi halinde, bir fesih sebebi sayılacağı açıktır.

II. TEK ORTAKLI SERMAYE ŞİRKETLERİNİN KURULUŞUNDA ÖN ŞİRKET SORUNU

Yeni Ticaret Kanununda “ön şirket” kavramına yer verilmekle birlikte, kanunda “ön şirket” kavramı açıkça yer almamakta, bunun yerine *Gerekçe*’de “335 inci maddede ön şirketin varlığına işaret edildiği ve şirketin oluşma anının açıklığa kavuşturulduğu” ifade edilmektedir³. Gerçekten de 335. maddede, “şirket, kurucuların...[anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur]” denilmekte ve aynı hükmün ikinci fıkrasında da, 355 inci maddenin birinci fıkrası hükmünün saklı olduğuna işaret edilmektedir. Bu fıkrada ise, şirketin ticaret siciline tescil edilmesiyle tüzel kişilik kazanacağı belirtilmektedir. Aynı durum, limited şirkete ilişkin olarak m. 585/1 hükmünde belirtilmektedir.

Ancak, önemle belirtelim *ön şirket*, kanundaki özel hükümler (TTK m. 335/1,2;585/1,2) uyarınca sadece anonim ve limited şirketlerin kuruluşunda söz konusu olmaktadır. Buna karşın, Ticaret Kanunundaki özel hükümler gereğince *kollektif ve komandit* şirketlerde ise, *bu şirketler* ticaret siciline tescil edilmezse, *adi şirket* sayılmaktadır (TTK m. 214/1; 317/1; TBK m. 620/2).

Ön şirketin meydana gelebilmesi, kurucuların sayısına bağlıdır. Buna göre, ön ortaklığın oluşabilmesi için bir sermaye şirketini kurmak için **birden fazla kurucunun bulunması şarttır**. Dolayısıyla **tek ortaklı bir anonim ve limited şirketlerin kuruluşunda “ön şirket” söz konusu olmaz**, çünkü ön şirketteki “elbirliği mülkiyet yapısı” (*Gesamthandsstruktur*) birden fazla kişinin katılımını şart koşturma ve bu da tek ortaklı kuruluşta söz konusu olmamaktadır⁴. Tek kişi anonim veya limited ortaklığın kuruluşunda ise, bir “sözleşme” (*Vertrag*) değil, aksine “tek taraflı bir hukuki işlem” (*einseitiges Rechtsgeschäft*) söz konusu olmaktadır⁵. **Ön ortaklığın meydana gelmediği ikinci olay ise, bölünmede yeni ku-**

3 *Gerekçe*, madde 335, s. 154.

4 Bkz. Hüffer, § 41, N. 3.

5 Hepsini bkz. Hüffer, § 41, N. 17a.

ulus halidir (TTK m. 164), çünkü bu durumda yalnızca devredici şirket kurucu olarak ortaya çıkmaktadır⁶.

Alman hukukunda özellikle tartışmalı olan husus, tek ortaklı sermaye şirketinin kuruluşunda, ortaya çıkan olgunun, ön şirket örneğindeki gibi “kısmi hak ehliyetini haiz bir kurumu” (*teilrechtsfähige Wirkungseinheit*)⁷ olarak mı anlaşılması gerektiği yoksa ticaret siciline tescile kadar geçen süre içinde sadece “tek kurucunun özel malvarlığı” olarak mı (*Sondervermögen des Alleingründers*) kabul edilmesi gerektiğidir⁸. Hüffer’in de haklı olarak belirttiği gibi, tek ortaklı kuruluşta ortaya çıkan geçici sonucun ön ortaklıkta olduğu gibi “kısmî ehliyete sahip bir hukuki kurum” olarak anlaşılması mümkün değildir, çünkü “tek kişiyle ilgili bir elbirliği mülkiyeti” olmadığı gibi, tescilden önce ve sonra bir hukuki şekle ilişkin kurum da mevcut değildir⁹.

Yeni Kanunda anonim şirketin bir kişi ile kurulması mümkün olabilmesi, tek kurucu tarafından hazırlanacak şirket statüsünün adı da değişmektedir. Birden çok ortaklı anonim şirketlerde, şirketin statüsü, sözleşme niteliğindedir. Ancak tek ortaklı kuruluşta ise, tek kurucunun şirket kurmaya yönelik irade açıklaması, tek taraflı bir hukuki işlem (*einseitiges Rechtsgeschäft*) şeklinde olduğundan, buna “tek yanlı kuruluş beyanı” (*eiseitige Gründungserklärung*) denilmektedir¹⁰. Alman hukukunda, “esas sözleşme” kavramı, AktG § 2 hükmünde “*Gesellschaftsvertrag*” (şirket sözleşmesi) ve parantez içinde (*Satzung*) “anatüzük”, “statü”, esas sözleşme” anlamlarına gelmektedir. Ancak, doktrinde anonim şirketin tek ortaklı kuruluşu ile birden fazla ortaklı kuruluşdaki hukuki işlemin türü

6 Hüffer, § 41, N. 17a ve orada anılan literatür..

7 Ön şirketin oluşu, niteliği ve ehliyetiyle ilgili olarak bkz. Pulaşlı, Sempozyum, s. 429 vd Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, C. I, s. 470.

8 Özellikle belirtelim, tescilden ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanılmasından sonra tek kişilik anonim şirketin malvarlığının tek ortağın “özel malvarlığı olması” hususu, ön ortaklık sürecinde ön ortaklığın malvarlığı ayrı bir şeydir. Tek kişilik AŞ veya LtdŞ kuruluşundaki geçici “ön ortaklık” sürecinde, elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğundan, tek kişilik kuruluşta elbirliği mülkiyeti olmamakta ve dolayısıyla bu halde tek kurucunun özel malvarlığı söz konusu olmaktadır.

9 Aktiengesetz, § 41, N. 17c ve aynı yönde Schmidt, K., NJW 1980, 1769, 1775.

10 Alman hukukunda bkz. Hüffer, Aktiengesetz, § 2, N. 2; Lutter, Aktiengesetz kommentar, Herausgegeben von Karsten Schmidt und Marcus Lutter, Köln, 2008, § 2, N. 11. *Tekinalp* ise bu “esas taahhütname” olarak adlandırmaktadır (Tek Ortaklık I, § 10, N. 10 (s. 82 vd)).

ayrılmakta ve tek ortaklı kuruluşta “*einseitige Gründungserklärung*” (tek yanlı kuruluş beyanı) denilmekte; kurucu sayısının birden fazla olması halinde doğal olarak “*vertrag*” (sözleşme)den bahsedilmektedir.

İsviçre hukukunda, esas sözleşme, yasada “*das Statut*”¹¹ olarak anılmaktadır (İBK Art. 625). tek ortaklı anonim ve limited şirket kuruluşu, 2008 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle kabul edildiğinden, 2008’de yayımlanan anonim şirketler hukukuna ilişkin “*Basler Kommentar*”da bu konuda hiç bir açıklama yer almamaktadır. Türk hukukunda *Tekinalp* ise, tek ortaklı kuruluştaki, tek kurucunun “tek yanlı hukuki işlemi” “*esas taahhütname*” olarak nitelendirmektedir. Bu tanımlama doğru olabilir. Ancak, “tek yanlı kuruluş beyanı” ile “esas taahhütname” arasında hukuki anlam bakımından bir fark yoktur. Anonim şirket sözleşmesi, Türk hukukunda kavram olarak “esas sözleşme” (TTK m. 332, 336, 337, 339 gibi) olarak ifade edilmektedir. Esas sözleşme gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda “anonim şirketin Anayasası” (*Grundgesetz der Aktiengesellschaft*) olarak anılmakta ve kavram olarak da kanımca kurucu sayısından bağımsız olarak “esas sözleşme” (*Statut=Satzung*) anonim şirketin temelini oluşturan hukuki bir hukuki işlemdir. Bu bakımdan, anonim şirket tek ortaklı veya birden çok ortaklı olarak kurulsun da, kuruluş işlemi “sözleşme” veya “tek yanlı hukuki işlem” de olsa, anonim şirketin anayasası şeklinde ortada bir “esas sözleşme”, “*Statut*”, “*Satzung*” vardır. Kaldı ki, tek ortaklı kuruluşta “esas taahhütname” olarak anılan hukuki işlem, tescilden hemen sonra tek ortağın paylarının bir kısmını bir veya birkaç kişiye devretmesi halinde, “esas taahhütname”nin şekli kendiliğinden mi değişecektir? Doğal olarak hayır, çünkü, “esas taahhütname” kuruluştaki işlemin niteliği ve adıdır, ancak kavram ve kurumsal olarak anonim şirketin “esas sözleşme”sidir. Dolayısıyla, kuruluştaki işlemin niteliğinin, kavramsal olarak işlemin türünden bağımsız olan anılan “esas sözleşme” etkilemesi gerektiği kanısındayım.

11 Yasada (İBK m. 626) çoğul olarak “Statuten” “esas sözleşmeler” şeklinde yer almaktadır

III. TEK PAYSAHİPLİ ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL

A. Çağrının Şekli

Kural olarak, aynen çağrısız genel kurulda olduğu gibi, tek ortaklı anonim şirketlerde genel kurulun çağrılı yapılmasına gerek yoktur¹². Ancak, bazı paylar üzerinde intifa hakkı kurulmuş olması veya rehin alacaklısına oy hakkının tanınmış olması halinde, genel kurula tek pay sahibinin dışında intifa hakkı sahibi ve rehin hakkı sahibi de katılıp oy kullanacağı için, çağrının yapılması gerekir¹³. Ancak, pay veya pay senetleri üzerinde intifa hakkı kurulması halinde, oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı hükmü, emredici olmadığından, aksi kararlaştırılabilir (m. 432/2). Bu durumda, paylar üzerinde intifa hakkı olmasına rağmen oy hakkının payın sahibi tarafından kullanılacağı kararlaştırılan halde, çağrı yapılmasına gerek yoktur. Aynı şekilde, paylar rehnedilmişse, kanunen oy hakkı pay sahibine aittir olduğundan, rehin alacaklısına da genel kurul oy kullanma hakkı tanınmamışsa, yine çağrı yapılmasına gerek yoktur.

Öte yandan, tek ortaklı anonim şirket genel kurulunda Bakanlık temsilcisinin bulunmasının şart olup olmadığı hususunda 6102 sayılı Yasada açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle sorun, m. 407 hükmü uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığının hazırlayacağı tebliğde çözüme kavuşturulacaktır. Şöyle ki, anılan hükümde, m. 333 üncü madde gereğince belirlenen şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin yer alacağı, ancak diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurullarda bulunacağı Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönerge ile düzenleneceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, tek ortaklı anonim şirket genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunup bulunmaması, çıkarılacak bu tebliğe göre belli olacaktır¹⁴.

12 Bkz. **Hüffer**, Aktiengesetz, § 2, N. 2. **Körber**, Heidelberger Komm. § 42, N. 4.

13 **Tekinalp**, Tek Ortaklık I, § 13, N. 17.

14 *Tekinalp* ise, tek ortaklı AŞ genel kurullarında hükümet (bakanlık) temsilcisinin bulunmasının şart olduğu ileri sürmektedir (Tek Ortaklık I, § 13, N. 17, s. 169).

B. Genel Kurulda Tüm Payların Temsil Edilme Sorunu

Tek paysahipli anonim şirketlerde genel kurulda, aynen çağrısız genel kurulda olduğu gibi (m. 416) tüm payların temsil edilmesi gerekli olduğundan (*Vollversammlung*), tek paysahibinin paylarının sadece bir kısmıyla genel kurula katılmasıyla genel kurul yapılması olanaklı değildir¹⁵. Çünkü, yönetim kurulunun genel kurul toplantısıyla ilgili olarak m. 417 uyarınca hazırladığı “*hazır bulunanlar listesi*”nde tek paysahibinin adı soyadı ve sahip olduğu pay adedi ve diğer hususlar yer almakta olup, *toplantıya tek paysahibi ister aslen ister temsilci aracılığıyla katılsın, sahip olduğu oyların tamamını temsil ederek katılır* ve yine bunların tamamı için oyunu kullanır. Bu nedenle, **tek paysahibinin genel kurulda hazır olmasıyla, paylarının tamamının mevcut olduğu “*Vollversammlung*” anlamını ifade eder ve bu da tek ortaklı şirket gerçeğiyle örtüşür**. Dolayısıyla, tek ortaklı AŞ ve LtdŞ’de payların sadece bir kısmını temsilen genel kurula katılmak “*hazır bulunanlar listesi*”nin kapsamı ve bunun amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca, sahipsiz pay olmaz ilkesi uyarınca, genel kurulda temsil edilmeyen payların aidiyeti de sorgulanır ve bir sorun olarak ortaya çıkar. *Tekinalp* ise, tek paysahibinin paylarını bölüp farklı kişilere temsil yetkisi vererek değişik yönlerde (evet veya hayır şeklinde) oy kullanamayacağını kabul etmekle birlikte, *tek paysahibinin genel kurula paylarının tümüyle katılmayabileceğini ileri sürmektedir*¹⁶. Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü bir kere tek paysahipli anonim şirkette tek paysahibinin bir kısım oylarıyla genel kurula katılması, “tek ortaklı şirket” kavramı ve gerçeğiyle bağdaşmadığı gibi, mantıki bir izahı olmadığı gibi hukuki bir anlamı da yoktur. Örneğin, tek sahibinin sahip olduğu 50.000 paydan, sadece 40.000. payı temsilen genel kurula katılması hazırun cetvelinde hukuken nasıl ve ne şekilde gerçekleştirebilecektir? Veya payın tamamı için katıldığı kabul edilip, sadece 40.000. adet oy hakkının kullandığı nasıl olacaktır ve oy hakkı kullanılmayan paylara ilişkin oy hakkı o an için ne olacaktır? İkinci olarak, genel kurula payların bir kısmıyla katılmanın tek paysahibine hukuken meşru bir yarar da sağladığı veya sağlayabileceği de mümkün değildir. Hatta ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisaplarında (örneğin şirketin merkezinin yurt dışına taşınması veya paysahiplerinin taahhütlerinin artırılması gibi) kararlarda hukuken mümkün de değildir.

15 Hüffer, Aktiengesetz, § 42, N. 2, Körber, Heidelberger Komm. § 42, N. 4

16 Tek Ortaklık I, § 13, N. 02, (s. 163).

C. Tek Ortaklı Anonim Şirkette İbra Kararı Sorunu

Yeni Kanunda, anonim şirketin tek pay sahibi olabileceği kabul edildiği gibi, yönetim kurulunun tek kişiden ve pay sahibi olan veya olması gerekmeyen bir kişiden olabileceği de benimsenmiştir (m. 359/1). Buna göre, tek pay sahibi bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi de olabilir. Bu durumda tek pay sahibi, anonim şirketin karar organı olan genel kurulu ve aynı zamanda yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulunu oluşturur.

Tek pay sahibinin hem genel kurulu hem de yönetim kurulunu oluşturdu halde, olağan genel kurulda ibraz kararının alınmasının hukuken mümkün olmamasıdır. Çünkü m. 436/2 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyeleri... yönetim kurulunun ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamazlar. *Tabiri caizse, tek pay sahibinin kendisiyle ilgili davada hem savcı hem de yargıç rolünü üstlenmesi caiz değildir.* Ancak bu durumdan, yönetim kurulunun ibra edilmediği anlamı çıkarılmaması gerekir¹⁷.

Gerçi çok ortaklı ve azınlığın bulunduğu anonim şirketlerde yönetim kurulunun ibra edilmesi halinde de, ibranın, şirket alacaklıları bakımından bir etkisinin olmadığı dikkate alındığında, tek ortaklı anonim şirket genel kurulunda ibra kararının alınamamasının, şirket alacaklılarının haklarına her hangi bir etkisi olmadığı açıktır.

Tek pay sahibi anonim şirkette, yönetim kurulu üyesinin, üçüncü kişi olması halinde, görünürde pay sahibi ile YK üyesinin aynı olmadığı söz konusu olmaktadır. Bu durumda, kural olarak yönetim kurulunun ibrası, genel kurulu oluşturan tek pay sahibi vasıtasıyla olur. Ancak, şirketin zararı söz konusu olduğunda, tek pay sahibinin şirketin adına davacı olup olmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu hususta şirketler topluluğuna ilişkin bağlı veya bağımlı ya da inançlı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna göre hareket edilir.

Şirketler topluluğunda **hâkimiyet kavramı, şirketler topluluğunun varlığını tayin eden odak noktadır.** Tek ortaklı anonim şirketlerde tek pay sahibinin dışarıdan birini yönetim kurulu üyesi olarak ataması ve

17 Aynı yönde Tekinalp, Tek Ortaklık I, § 13, N. 4 (s. 164).

ona talimat vermesi, şirketler topluluğundaki hâkimiyet ve bağımlı veya inançlı yönetim kurulu üyeliği söz konusu olur. Şirketin %100 hissesine sahip tek pay sahibinin talimat verebilmesi ve bunun sonuçları, Kanunun 203/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, *kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.* Ancak Kanunda bu hükmün **istisnası** *“bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebi- lecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez”* şeklinde m. 204/1 hükmünde düzenlenmiştir. Ayrıca, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmaması gerektiği 202/1 hükmünde düzenlenmiş ve bunun istisnasının, şirketin uğrayacağı kaybın, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınmış olmasıdır (m. 202/1, son cüm.). Bu durumda, tek pay sahibinin bağlı YK üyesine talimat vermesi üzerine şirket zarar etmiş ve YK üyesi de ibra edilmemişse, tek pay sahibinin şirketin zararı nedeniyle YK üyesine karşı dava açması mümkün değildir¹⁸.

IV. TEK ORTAKLI ŞİRKETTE YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SORUMLULUĞU

A. Sorunun Ortaya Çıkışı

Bir anonim şirket yapısal itibarıyla tek ortaktan oluşuyorsa “tek kişi ortaklık” (*Einpersonengesellschaft*) veya (*Einmannengesellschaft*) olarak anılmaktadır. Aynı şekilde, ortak sayısı birden fazla olmakla birlikte bir ortak gerek sermaye ve oy hakkı çoğunluğuyla şirkete ve yönetime hâkim

18 Tek pay sahipli anonim şirketlerde konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin 1999, 2005 ve 2008 tarihli üç kararının incelenmesi ve yeni TTK açısından değerlendirilmesi için bkz. **Pulaşlı, H.**, “Tek Ortaklı Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve İsviçre Federal Mahkemesinin Buna İlişkin Üç Kararı”, Batider, (Reha Poroy’a Armağan), C.XXV, Sa. 4, Yıl 2009, s. 97-132.

durumda olması halinde de tek kişi ortaklığından bahsedilmektedir¹⁹. Uygulamada bir gerçek kişi veya bir ailenin işletmesini “anonim şirket” biçiminde işletmesi ya da *holding* veya *konzerne* ya da TTK Tasarısı m. 195 vd. hükümlerine göre *şirketler topluluğu* çerçevesinde yavru şirketin ana ortaklığın hâkimiyetinde faaliyette bulunması halinde de, “tek kişi benzeri ortaklıklar” da (*Quasi-Einmannengesellschaften*) söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda, tek pay sahibinin yönetim kuruluna atadığı veya seçtiği üye, inancılı veya bağlı yönetim kurulu üyesi konumundadır. Bağlı veya inancılı üyenin, tek pay sahibinin talimatıyla şirketi yönetmesinde, şirketin zarara uğraması halinde, yönetim kurulu üyesine karşı şirketin doğrudan; pay sahipleri ile şirket alacaklılarının da dolaylı olarak tazminat davası açma hakları vardır (TTK m. 553/1). Bu durumda tek pay sahibinin, gerek pay sahibi olarak kendisi gerekse zarar gören şirketin adına açtığı tazminat davasında bağlı veya inancılı YK üyesinin ve şirket yöneticilerinin (müdürün) sorumluluğunun ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü, bu durumda “bağlı” ya da “inancılı” yönetim kurulu üyesi bir taraftan, akdettikleri talimat veya inanc sözleşmesi gereğince talimat verenin veya inananın direktiflerine göre hareket edecek, diğer yandan da şirket ile pay sahibinin menfaatlerinin çatışmasında, şirketin çıkarını korumakla yükümlü olduğundan, kanunda (TTK m. 374, 375) yazılı yönetim görevlerini de özenli bir şekilde yapmakla yükümlü olacaktır. **Şirketin çıkarı ile tek pay sahibinin çıkarının çatışmasında, inancılı üye inananın talimatına uygun hareket etmesi sonucunda şirket zarar ederse, inancılı üyenin TTK m. 369, 374 hükümleri uyarınca özensiz hareket etmesi nedeniyle şirkete karşı sorumlu olup olmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır.** Aşağıda verilecek olan İsviçre Federal Mahkemesinin üç yeni kararında bu soru ve benzer diğer sorunların cevabı verilmektedir. Ancak biz bu kararlardan sadece 1999 tarihli ilk kararı inceleyip değerlendireceğiz²⁰.

İsviçre hukukunda, 6102 sayılı TTK’da olduğu gibi şirketler topluluğu hükümleri ve bağlı şirket ile bağlı yönetim kurulu üyeleri hakkında normatif bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan bağlı yönetim

19 Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, Basel, Genf 2004, § 1, N. 187; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, güncellenmiş 7. baskı, Adana, 2008. s. 201.

20 Mahkemenin 2005 ve 2008 tarihli diğer kararları ve bunların değerlendirilmesi için Ekim 2001’de yayımlanacak olan “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku, Şerh, Ankara 2011. § 57, B.

kurulu üyesinin sorumluluğunu İsviçre ve Türk hukuku açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

B. Federal Federal Mahkemesinin 15.06.1999 Tarih ve BGE 4c. 397/1998 Sayılı Kararı

İsviçre Federal Mahkemesinin son yıllarda tek ortaklı veya tek ortaklı benzeri anonim şirketlerde, anonim şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin verdiği kararlarda, uygulamanın yanı sıra doktrindeki görüşleri de yansıttığından, Federal Mahkemenin görüşüne geniş şekilde yer verilecektir. Federal Mahkeme 15.06.1999 tarih ve BGE 4C. 397/1998 sayılı kararında²¹, özetle şöyle denilmektedir.

1. Olay:

“A. Alman uyruklu E, İsviçre vatandaşı F’ye, İsviçre’de bir holding anonim şirketi kurması için vekâlet verir. F, kurulacak holdingin finansmanına ilişkin bir taslak hazırlar. Taslakta, “H. Taşınmaz Holding AŞ”nin kuruluşuyla ilgili olarak 23 Şubat 1996 tarihli bir “inanç anlaşması” ve bir de “çerçeve sözleşme” ile bunun eki olan “yükümlülük listesi” yer almaktadır. Bu davada şirket, uğradığı zararlar nedeniyle yönetim kurulu-na karşı sorumluluk davası açtığından davacı durumundadır. Esas sözleşmede öngörülen ve inancılı temsilci F’nin taahhüt ettiği 500.000-. İsviçre Frangı (CHF) tutarındaki esas sermaye payının tamamı, şirkete ekonomik olarak sahip olan Alman vatandaşı A.E. tarafından ödenir. Şirket 4 Nisan 1996 tarihinde Kanton Aargau ticaret siciline tescil ettirilir. 3 kişiden oluşan yönetim kurulu (YK), W (başkan), C ve T’den oluşur. F, daha önce diğer bu üç YK üyesi ile ayrı ayrı vekâlet sözleşmesi akdeder. Buna göre üyeler, F’nin talimatlarına uygun olarak hareket edeceklerdir. Beş ay sonra yönetim kurulu azledilir. 20 Ocak 1997’de holding AŞ, şirketin uğradığı zararlar nedeniyle 3 YK üyesine karşı Art. 754 OR hükmü uyarınca organ sorumluluğuna istinaden 140.518.40. CHF tutarında tazminat davası ve 30 adet hamiline yazılı pay senetlerinin iadesi davasını açar. Bu davada YK başkanı W 1 numaralı, C ve T ise 2 ve 3 numaralı davalı du-

21 Bu kararın tamamı ve 2005 ve 2008 tarihli diğer iki karar için ayrıca bkz. **Pulaşlı**, Batider, (Reha Poroy’a Armağan), C.XXV, Sa. 4, Yıl 2009, s. 97-132.

rumundadır. Şirket, davalı yönetim kurulunun haksız olarak üçüncü kişilere ödeme yapmaları sebebiyle zarara uğradığını ileri sürmektedir”.

“B. Aargau Ticaret Mahkemesi 21 Eylül 1998 tarihinde kısmen davalının lehine verdiği kararında, davalı yönetim kurulu üyelerini faiziyle birlikte 84.000- CHF tutarını müteselsilen şirkete ödemeye ve davalının 10.723.40. CHF tutarına ilişkin iddiasını ise reddeder.”

“C. Davalı YK üyeleri Kanton Aargau Ticaret Mahkemesinin kararına karşı hem kamu hukukuna ilişkin itirazda bulunur hem de kantonal hukuk uyarınca temyiz ederler”.

Davacı şirket de karara karşı temyiz itirazında bulunur ve ticaret mahkemesinin kararının reddedilmesini ve faiziyle birlikte 127.000. CHF tutarın ödenmesine karar verilmesini talep eder”.

2. Gerekçe:

1. «Federal Mahkeme önce davalıların kamu hukukuna²² ilişkin itirazlarını inceler ve bunun ticaret hukuku davasına etkisinin olmadığı nedeniyle ret eder ve özel hukuka ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine geçer”.

2. “Ticaret Mahkemesi, davalı YK üyelerinin ödedikleri 74.000. CHF tutarın haksız olduğu nedeniyle Art.754 OR hükmü uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olduğuna hükmeder. Davalı YK üyeleri ise bu karara karşı, F’nin, kendilerine karşı tek paysahibi ve şirketin ekonomik açıdan sahibi olan E’nin temsilcisi olarak hareket ettiğini ve toplam 74.000. CHF olan 47.000. CHF ve 27.000. CHF tutarındaki her iki ödemeyi, onun ibraz ettiği belgelere göre değil, aksine talimatı doğrultusunda ve aynı zamanda şirketin rızasıyla yaptıklarını; bu nedenle Art. 754 OR hükmü uyarınca tazminat yükümünün söz konusu olmayacağı itirazında bulunurlar”.

a) “Art. 754 OR hükmü uyarınca yönetimle veya şirket işleriyle uğraşan bütün kişiler, yükümlülüklerini kasten veya ihmalle ihlal ederek

22 Kararda kamu hukukuna ilişkin itirazların ne olduğu hususunda bir açıklama yer almamaktadır (Çevirenin notu).

verdikleri zararlardan şirkete karşı sorumludur. Davalılar, davacı şirketin adına tartışmalı ödemelerin yapıldığı zamanda ticaret siciline yönetim kurulu üyesi olarak tescil edilmiş olduklarından, tartışmasız olarak İBK m. 754 hükmündeki sorumlular çevresine dâhildir (karş. BGE 117 II 570 E.3 ve **Peter Widmer**, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 754 OR atfıyla)”.

b) “Organ sorumluluğu, yükümlülüğe aykırı bir davranışı da şart koşmaktadır. Yönetim kurulu, İBK m. 716 ve 716a hükümlerinde öngörülen görevleri özenli bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Onların davranışları için objektif (nesnel) özen ölçüsü geçerli olup, bu da ilke olarak bu, somut bir olayda benzer bir durumda usulüne uygun hareket eden bir kimseden hakkaniyete uygun olarak beklenilebilen davranıştır (**Watter**, Basler Kommentar, N.5 zu Art.717 OR atfıyla)”.

aa) “Bidayet Mahkemesi, davalıları, makbuzların hukuki sebeplerini iyice incelemeyen ödeme yaptıklarından dolayı kusurlu bulmaktadır. Mahkemenin tespitlerine göre birinci ödeme 28 Mart 1996 tarihine ait olup, “*H Taşınmaz Holding hakkında taşınmazın ön raporu, Woh-lenschwil Schweiz*” 47.000. CHF tutarında fatura edilmiştir. Ticaret Mahkemesi, fatura ekindeki hesap açıklamasını ne de diğer dokümanları inandırıcı bulmuştur. Davalılar, soracakları sorularla ödeme sebebi hakkında hiçbir detaylı bilgi edinmedikleri, aksine sadece somut olaydaki bilgisizliğini açıklamışlar ya da tahminleri ifade etmişlerdir. Davalıların sorumluluktan kurtulmak amacına yönelik ileri sürdükleri itiraz, onların sadece F’nin talimatları doğrultusunda hareket ettikleri şeklindedir. Bidayet Mahkemesi davalıların bu itirazını, saman adam olarak atanmış veya seçilmiş olan yönetim kurulu üyelerinin dahi anonim şirketler hukuku açısından tam sorumlu olacağı gerekçesiyle reddederek, davalıların hukuka aykırı hareket ettiklerine karar verir”.

“bb) “Bidayet Mahkemesinin, kendi müvekkiline bağımlı ve inançlı şekilde faaliyette bulunan YK üyesinin de, yükümlülüğe aykırı hareket eden bağımsız bir organ gibi aynen sorumlu olacağı yolundaki düşüncesine ilke olarak katılmak mümkündür, çünkü inançlı YK üyesi üçüncü kişilere karşı, en azından şirketin kaderini tayin eden kimse olduğuna ilişkin güven uyandırmaktadır (BGE 117 II 570; **Forstmoser, P.** *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Aufl., Ziff. 315.). Şu kadar ki, zarar görenin rızası halinde, yükümlülüğe aykırılık ortadan kalkar; ancak

hukuki organın, zarar görenin muvafakatiyle hareket ettiğini ispat etmesi mümkündür (**Forstmoser**, aa.O. ff. 316). İnançlı yönetim kurulu, aynı zamanda tek pay sahibi olan inananın verdiği talimatlara uygun olarak hareket etmişse, bu takdirde şirketin de sorumluluk davası açma hakkı düşer (BGE 111 II 182 E.3b; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 36 N.157; **Forstmoser**, a.a.O., Ziff. 316; **Peter Viktor Kunz**, *Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Diss. Bern 1993, S.145 f.,146 und 147). Ayrıca inancılı olarak faaliyette bulunan YK üyesi, açık veya örtülü olarak tüm pay sahiplerinin rızasıyla hareket etmiş veya kanuna aykırı olarak alınmış ancak iptal edilmemiş olan bir genel kurul kararını icra etmişse, şirketin açtığı sorumluluk davasına karşı aynı zamanda sorumluluktan kurtulma def'ine de “*volenti non fit iniuria*” dayanabilir (BGE 111 II 183 E.3b; kurucu sorumluluğu için: BGE 90 II 490 E.4; **Forstmoser**, a.a.O., Ziff.544; *Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Schweiz. Kartotehk, Karte 406; *Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates*, SZW 4/1994, S. 169 f., 172 ve 173; **Kunz**, a.a.O., S.147; **Bürgi/Nordmann**, *zürcher Kommentar*, N.83 zu Art.753/754 OR; **Raschein**, *Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs*, in: FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 357 f., 362). Nihayet, **genel kurul İBK m. 758 hükmü uyarınca sorumlu organlarını ibra etmiş olması halinde de, şirketin tazminat davası hakkı düşer**. Bu bağlamda kıyasen şirkete karşı sorumluluğun ortadan kalktığı bir hal de, normal olarak geniş anlamda İBK m. 754 hükmü çerçevesinde tazminat talebine yol açan organ fiillerine şirketin veya onun tek pay sahibinin bilerek hoşgörülü davranmış olmalarıdır (karş. BGE 83 II 57 E.2; Patry, *Précis de droit suisse des sociétés*, bd. II, S. 253)».

C. Federal Mahkemenin Kararının Değerlendirilmesi

1. İsviçre Hukuku Açısından

Federal Mahkeme, inancılı bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin bu kararında, inancılı yönetim kurulu üyesinin konumunun yüküm ve çıkar çatışmalarıyla ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğunu ve İBK m. 717 hükmüne uyarınca, “*yönetim kurulu üyeleri [...] görevlerini tam bir özenle yapmak ve şirketin çıkarlarını sadakatle korumak zorun-*

da” olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla, yönetim kurulu, yalnızca pay sahiplerinin çıkarlarını değil, bir bütün olarak şirketin menfaatlerini de korumakla yükümlüdür. Ayrıca, inançlı şekilde faaliyette bulunan yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda kendisine inananın çıkarlarını da koruması gerekir. Şu kadar ki, inananın çıkarıyla şirketin çıkarının çatışması halinde, şirketin çıkarlarını öne çıkar ve yönetim kurulu onun çıkarlarını korumakla yükümlüdür²³. Federal Mahkeme, 4C.397/1998 sayılı kararına konu olan olayda, davalı inançlı yönetim kurulu üyesi, inananın veya tek pay sahibinin talimatıyla, hukuki sebeplerini incelemeyen kredi ödemelerini yapmasına ilişkin olarak şöyle demektedir: «Zarar görenin rızası halinde göreve aykırılık ortadan kalkar. Ancak hukuki organ bu durumda, zarar görenin muvafakatiyle hareket ettiğini ispat edebilme olanağına sahiptir. İnançlı yönetim kurulu üyesi, aynı zamanda tek pay sahibi olan inananın verdiği talimatlara uygun şekilde hareket etmişse, bu takdirde şirketin de sorumluluk davası açma hakkı düşer». Federal Mahkeme ayrıca, kıyasen genel kurulun İBK m. 758 hükmü uyarınca sorumlu organlarını ibra etmiş olması halinde ve normal olarak geniş anlamda İBK m. 754 hükmü çerçevesinde tazminat talebine yol açan organ fiillerine, şirketin veya onun tek pay sahibinin bilerek hoşgörülü davranmış olmaları halinde, şirketin tazminat davasına ilişkin hakkının düşeceğini kabul etmektedir²⁴. Yüksek Mahkemenin bu açıklamaları, genel kurul vasıtasıyla onay verilmesinin caiz ve mümkün olduğunu göstermektedir.

a. Temsilcinin Kendisiyle Sözleşme Yapması Açısından

İsviçre öğretisinde Yüksek Mahkemenin bu kararı, sonuç olarak benimsenmekle birlikte bazı hususlarda haklı eleştirilere maruz kaldı. Bu konuda bilimsel öğretilerde iki karar incelemesi tespit edilmiştir; bunlardan biri, *Urs Bertschinger*’in kararın incelenmesine ilişkin makalesi²⁵, diğeri

23 Bkz. **Pulaşlı**, H. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 165 vd. (173), ayrıca, Şirketler Hukuku, 4. Bası Adana, s. 421-422; **Yanlı**, Veliye, İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durum, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1999, s. 655 vd. (680), **Korkut**, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007, s. 64.

24 BGE 4C.397/1998, E. 2b)bb.

25 “Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999; Semjud 1999, 481 ff.”, SZW 2000, S.197 ff.

ise, Bettina Stutz ve Hans Caspar von der Crone'nin, Federal Mahkemenin, kendisiyle sözleşme yapılması (*Insichgeschäft* veya *Doppelvertretung*) ve inançlı yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen hakkında birlikte kaleme aldıkları karar incelemesi yazısıdır²⁶.

İsviçre anonim şirketler hukukunda “*Insich-Geschäft*”²⁷ (kendisiyle sözleşme yapılması) üst kavramı altında, “bir kişinin aynı anda bir sözleşmenin iki tarafında bulunması” (*Selbstkontrahieren*) ve “çifte temsil” (*Doppelvertretung*) kavramları kullanılmaktadır²⁸. Buna göre, bir tarafta anonim şirketin temsilcisi, diğer tarafta karşı taraf olarak bir hukuki işlemin her iki tarafında da aynı kişi bulunuyorsa, “kendisiyle sözleşme yapılması” (*Selbstkontrahieren*) söz konusu olur. Buna karşın, dar anlamda çifte temsil (*Doppelvertretung*), bir kimsenin, iki anonim şirkette münferit olarak imza yetkisine sahip olan bir yönetim kurulu üyesinin, bir hukuki işlemi iki şirketin de temsilcisi olarak bir anonim şirketin adına ve hesabına akdetmesi veya kendisinin hâkimiyetinde bulunan tüzel kişi ile

26 Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Urteil 127 III 332 vom 2 Mayıs 2001 ve Urteil des Bundesgerichts 4C.397/1998 vom 15 Haziran 1999, SZW/RSDA 2/2003, 102 ff.

27 Hemen belirtelim, temsil hukuku çerçevesinde bir temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapmasına ilişkin sorun hakkında İsviçre-Türk hukuklarında hukuki bir düzenleme yoktur. Böckli, böyle bir hükmün 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa (OR) alınmasının “unutulduğu”, ancak daha sonra mahkeme içtihatlarında Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) § 181 hükmünün etkisiyle bu boşluk doldurulduğunu belirtmektedir (Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004, § 13, N. 602, dn. 1086). Buna karşın, Alman Medeni Kanununun (BGB) § 181 ve Fransız Ticaret Kanununun (C.Com.) 225-238 maddelerinde ve özellikle “genel organ kredi yasağı”na ilişkin m. 225-243 hükümleri yer almaktadır. Dolayısıyla “kendisiyle sözleşme yapılması” konusundaki yasal boşluk yargı kararlarıyla doldurulmuştur. Bu konudaki hareket noktası, temsilcinin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin olumsuz bir karinenin varlığıdır; diğer bir ifade ile, normal olarak daima mevcut olan çıkar çatışması nedeniyle, temsil yetkisinin, temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapmayı içermediği noktasından hareket edilmesini gerektirir (bu konuda bkz. St Gallen Kanton Mahkemesinin III. Hukuk Dairesinin 11.12. 1996 tarihli kararı [GVP 1997 Nr.33], wiedergegeben in: SJZ 95 (1999), S.328 ff. Ayrıca bilimsel öğretilde, **Rolf Watter**, “Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985, S. 23, N. 32, 38 ff. **Roger Zäch**, Berner Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990, Art. 33, N. 82, 88, **Rolf H. Weber**, Praxis zum Auftragsrecht und zu besonderen Auftragsarten, Bern 1990, s. 89. (Stutz/von der Crone, SZW/RSDA 2/2003, s. 104, dn. 30’dan naklen).

28 Tekinalp ise, sorumluluk açısından sadece kavramı anmakta ancak, herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Bkz. Tek Ortaklık I, § 16, N. 5.

karşı taraf olarak bir sözleşme yapmış olması halinde ortaya çıkmaktadır²⁹.

Öte yandan, özellikle tek ortaklı sermaye şirketlerinde (*Einpersonengesellschaft*) söz konusu olabilen “kendisiyle sözleşme yapılması” (*Insichgeschäft*) kavramı ve buna ilişkin İsviçre uygulamasındaki ilke ve görüşler ele alınacaktır. Çünkü iki sözleşme tarafının tek ve aynı temsilci ile temsil edilmesi veya tüzel kişinin yasal temsilcisinin kendi organı vasıtasıyla temsil edilmesi hallerinde, kendisiyle sözleşme yapılması ve bunun geçerliliğine ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu soruna, Federal Mahkemenin bu konudaki yeni içtihatları ışığında cevap aranacaktır.

b. Üst Organ Olarak Genel Kurulun İşleme Onay Vermesi Açısından

Onay vermeye ilişkin yetki: Federal Mahkemenin bir kararında, “*üst organ olarak düzenlenmiş olan genel kurulun onay vermek hususunda yetkili olduğu*”³⁰ belirtilmiştir. Uygulamada ve öğretide ise, “eşitlik teorisi” (*Paritätstheorie*) veya “eşitlik ilkesi” (*Paritätsprinzip*)³¹ olarak anılan görüşü benimsenmektedir. Buna göre, yasada her organa kural olarak tek başına kullanabileceği belirli yetkiler tanınmış olup, bu yetki ve görevler çerçevesinde her organ eşittir³². Genel kurul şekli ve hiyerarşi olarak üst organ olup, anonim şirkete ait temel kararları (esas sözleşmeyi ve sermaye yapısını değiştirme, organların tayin ve azli ile yılsonu hesaplarının tasdiki gibi) alma yetkisine sahiptir³³. Buna karşın, yönetim kurulu-

29 Bkz. Bir çoğu yerine **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl, § 13, N. 602.

30 BGE 127 III 332, E. 2.b)

31 Ancak, eski literatürde benimsenen artık aşılmış bulunan “hakimiyet teorisine” (*Allmacht-Theorie, Omnipotenztheorie*) göre, genel kurul, yürütme organına ait olan yetkileri kullanamaz ve onları üstlenemez. Bkz. **Tanner**, Brigitte, Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b Die Generalversammlung, Zürich 2003, Art. 698, N. 34-35.

32 **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 20, N. 12, **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 286. **Tanner**, Art. 698, N. 32 vd. **Bürgi**, Wolfhart. F. ise, sınırlı hâkimiyet teorisi (beschränkte Omnipotenztheorie) taraftardır, (Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/5b/1 und 2; Zweiter Halbband: Art.698-738 OR. Zürich 1969, Vorb. zu Art. 698- 703, N. 43.

33 **Stutz/von der Crone**, SZW/RSDA 2/2003, 107-108; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, 71. Yazarlar haklı olarak, bu devredilebilen yetkilerin, şirket içinde

nun, devri mümkün olanlar da dâhil olmak üzere, görev ve yetkilerinin genel kurula delege edilmesi mümkün değildir, dolayısıyla genel kurulun onay yetkisi yoktur³⁴. Belirtmek gerekir ki, 1992 tarihli İsviçre Hukukundaki düzenlemede, organlar arasında “güç dağılımı” (*Gewalteinteilung*) ilkesi benimsenmiş olup, yönetim kurulunun belirli yetki ve görevlerinin sadece açıkça devredilememesi değil, aksine alınamayacağı ve feragat edilemeyeceği de açıkça vurgulanmıştır³⁵.

Stutz/von der Crone’nin de **haklı olarak belirttikleri gibi, eşitlik ilkesi uyarınca genel kurul, yan organ konumu özelliği nedeniyle onay kararı da veremez**. Diğer yandan, yönetim kurulu, İBK m. 717/1 hükmü uyarınca, sadece çoğunluk pay sahiplerinin değil, aynı zamanda şirketin çıkarlarını korumakla da yükümlüdür. Ayrıca **genel kurulun, yönetim kuruluna alacağı kararlara ilişkin olarak doğrudan etki edebilen direktifler verebilmesi de caiz değildir**³⁶. Bu yasal yetki düzenlemesi, Federal Mahkemenin düşüncesinin aksine, tüm pay sahipleri-

sadece *aşağıya doğru*, yani komitelere, murahhaslara, müdürlere ve bir yöneticiye, fakat hiçbir zaman *yukarıya doğru* genel kurula delege edilemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Buradan, görevlerin delege edilmesine rağmen, yönetim kurulunun seçimde, bilgi alma ve gözetimde gerekli özeni göstermesinin gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır (İBK m. 754/II). Dolayısıyla, yönetim kurulunun, hiçbir yükümlüyle bağlı olmadığı pay sahiplerine ve hiyerarşide üst organ olarak düzenlenmiş olan genel kurula karşı olan bu özen yükümünü yerine getirmesi mümkün olmazdı. Yazarlar, İBK m. 716b II hükmündeki, iç yönetmelikte, yönetimin düzenlenmesi, bunun için gerekli yerlerin tespit edilerek görevlerin tanımlanması ve rapor verilmesi düzenlenmesine ilişkin ifadede, görevlerin genel kurula devredilmesinin de mümkün olmadığını belirtmektedirler (§ 30, N. 71, dn. 24). Diğer yandan, yönetim kurulunun yetki çerçevesi dahilinde genel kuruldan sadece konsültasyon niteliğinde görüş alabileceğini, ancak bununla da bağlı olmadığından sorumluluktan kurtulamayacağını haklı olarak belirtmektedirler (§ 30, N. 72).

34 **Böckli**, Aktienrecht, 2. Aufl. N. 1526; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20, N. 13. **von Büren**, Roland (Stoffel, Walter. A./Schyder, Anton. K./Christen-Westenberg, Catherina), Zürich 2000, S. 94, N. 437.

35 Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 286.

36 Her ne kadar genel kurulun aldığı kararların, yönetim kurulunca ilke olarak uygulanması zorunlu olsa da, bu, genel kurulun, yönetim kurulunca yönetime ilişkin alınacak kararlara ilişkin direktif vereceği anlamına gelmez. Genel kurul karakter itibarıyla bir iç organ olması nedeniyle, şirketin iç işleri hakkında kararlar alabilirse de, yönetim kurulunun münhasır yetkisi içinde olan şirketin sevk ve yönetimine ilişkin kararlar hakkında yönetime emir ve direktifler veremez. Bu kararlar tamamen yönetim kurulunun takdir yetkisi çerçevesinde alınırlar. Bu nedenle, genel kurul kararlarının yönetim kurulu tarafından uygulanmasının zorunlu olmasıyla, yönetim kurulunun şirketin yönetimine ilişkin kararlarının birbirine karıştırılmaması gerekir.

lerinin veya tek pay sahibinin onayıyla da ortadan kaldırılamaz. Eşitlik ilkesi yalnızca pay sahiplerini değil, şirketin alacaklılarını da korumaktadır. Çıkar çatışmaları, sadece azınlık pay sahiplerinin çıkarlarını tehdit etmemekte, aksine şirketin çıkarlarını ve dolayısıyla alacaklıları da korumayı amaçlamaktadır. Şirketin çıkarıyla tek pay sahibinin çıkarlarının eşitliği, olsa olsa sadece alacaklıların çıkarlarının mevcut olmadığı bir olayda söz konusu olabilir³⁷.

Onayın hukuki etkileri: Stutz/von der Crone, onayın hukuki etkileri hakkında ise şöyle demektedirler³⁸: Genel kurul, yönetim kurulunun müvekkili olarak anlaşılmalıdır. Genel kurulun bir onay kararı, Federal Mahkemenin görüşünün aksine, kendi açısından sorumluluktan kurtulma olarak da değerlendirilemez. Yönetim kurulunun yönetime ilişkin yetkisi ile onun anonim şirketler hukukuna ilişkin sorumluluğu arasındaki uyum karıştırılmamalıdır. İbra kararının etkisi de maddi olarak birçok hususta sınırlı olduğundan ve özellikle alacaklılara karşı etkili olmadığından, tam olarak uygun bir düzenleme değildir³⁹. Bu şekilde farklı sonuçları olan bir işlemin haklılığı, sorumluluk talepleri hususunda ortaya çıkmaktadır. Bir sorumluluk davasının açılıp açılmayacağı sorusu, tüm potansiyel zarar görenler için aynı şekilde yanıtlanmak zorunda değildir. İbraya olumlu oy veren pay sahiplerinin dava hakkının düşmesi, zorunlu olarak diğer pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkını düşürmez. Buna karşın, çıkar çatışmaları altında akdedilen bir sözleşmenin mevcut olup olmaması ve bir hukuki işlemin geçerli olarak meydana gelip gelmediği soruları hakkında bir bütün olarak karar verilmesi gerekir⁴⁰.

Bir genel kurul kararına en fazla, çıkar çatışmaları altında bulunan hukuki eylemin dıştan desteklenen bir işlev anlamı yüklenebilir. Bununla birlikte, burada da bazı ihtirazî kayıtlar vardır. Bir yandan genel kurul, konsept olarak şirketin yönetimine ilişkin bir karar alabilecek konumda değildir. Ayrıca, tüm pay sahiplerinin, yönetim kurulunun sahip olduğu

37 SZW/RSDA 2/2003, 109.

38 SZW/RSDA 2/2003, 109-110.

39 SZW/RSDA 2/2003, 108-109.

40 Genel kurulun bir onay kararının hukuki etkileri hakkında bkz. Aynı görüş, **Krnet**, Georg; Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N.1159 ff., **Forstmoser**, Peter; Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates-Möglichkeit und Grenzen, SZW 66 (1994), S. 169 ff, S. 173. (Ancak tek kişi anonim şirketi saklı kalmak kaydıyla!)

bilgi seviyesine getirilmesi gerekir. Paysahiplerinin şirkete karşı da sadakat yükümü yoktur. Dolayısıyla, karar sürecine katılmayan şirket alacaklılarının çıkarları da yeterli derecede dikkate alınmamaktadır. Diğer yandan, mevcut olan sakıncalar ise şunlardır: Genel kurullarda alınan kararlar, sıkça yönetim kurulunda bulunanların çıkarları doğrultusunda alınmaktadır. Bu nedenle, genel kurul kararı ancak, paysahiplerine uygun bilgiler verilmiş olması, alınacak kararlar doğrudan ilgili olan paysahiplerinin feragat etmesi ve söz konusu kararın hiçbir alacaklının çıkarını ilgilendirmemesi halinde, olumsuz karineyi bertaraf edebilir. Fakat bu koşulların uygulamada karşılanması çok enderdir⁴¹.

c. Tek Paysahibinin Davranışının Şirkete Isnat Edilmesi Açısından

Federal Mahkemeye göre, vekâlet sözleşmesi uyarınca tek paysahibi F'nin talimatlarına göre hareket eden ve ona bağlı olan davalı YK üyeleri, toplam 74.000. CHF tutarındaki ödemeyi, tek paysahibi olan F tarafından kendilerine verilen hesapları ayrıntılı olarak incelemeyen, sadece ödeme sebebine ilişkin tahminlere göre yapmışlardır. Dolayısıyla, şirketin uğradığı zararlar nedeniyle, YK üyelerine karşı dava açma hakkı düşer, çünkü bu durumda tek paysahibinin davranışı şirkete isnat edilir. Tek ortaklı şirketlerde, tek paysahibinin bir inançlı sözleşme uyarınca yönetim kuruluna atadığı “inançlı üye veya üyelere”, şirketin yönetimine ilişkin verdiği talimatlar bakımından rolünün ne olduğu konusunda Federal Mahkeme hiçbir açıklama yapmamaktadır. *Bertschinger*'in haklı olarak belirttiği gibi, bunun için çeşitli argümanlar mevcuttur⁴². Öncelikle organlar, İsv. MK 55/1 (Türk MK m. 50/1) uyarınca “tüzel kişinin iradesi organlar vasıtasıyla açıklanır” hükmüne dayanabilirler. Tek paysahibi, (tartışmalı olaydaki toplam 74.000. CHF tutarındaki ödemeler için) kendi inançlı yönetim kurulu üyesine somut talimatlar verdiğinden, “fiili organ” gibi davrandığı açıktır. Bu bağlamda anonim şirketler hukukunun revizyonuna ilişkin gerekçe niteliğindeki *Botschaft*'ta şöyle denilmektedir: “*Asıl paysahibi, şirketin yönetim işlerine karışırsa, inanan olarak inançlı üyeye talimatlar verirse, faal olmayan ve gizli temsil edilen üyelere (Stillen und verdeckten Verwaltungsräte) gizli müdürlere ya da seçilmiş veya özel olarak nitelendirilmiş olmadan bağımsız ve devamlı olarak şirket*

41 Stutz/von der Crone, SZW (RSDA) 2/2003, 110.

42 SZW 2000, 197 ff. (199).

veya onun işletmesi için önemli kararları alan kimseler, fiili organ olarak kabul edilir”⁴³. Buradaki tartışmalı olayda tek pay sahibi ve fiili organ F’nin eylemleri, *Botschaft*’taki açıklamalar, şirketin iradesine tam olarak uymaktadır. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin tek pay sahibinin talimatlarına uygun hareket etmesi sonucunda şirket zarara uğrarsa, yönetim kurulu üyelerinin, şirketin tazminat davasına karşı “*volenti non fit iniuria*” sorumluluktan kurtulma def’ini ileri sürmesine ilişkin Federal Mahkemenin görüşü eleştirilebilir⁴⁴. Çünkü olayda açıkça “fiili organ” olgusu ve onun sorumluluğu söz konusudur. Aynı şekilde, tek pay sahibinin kesin talimatlar düzenlemesi ve yönetim kurulunun bunlara da aynen uyması sonucunda şirket zarar ederse, şirketin, (dolayısıyla tek pay sahibinin) tazminat davası açması, tam anlamıyla çelişkili davranış “*contra factum probrium*” nedeniyle “hakkın kötüye kullanılması” anlamına gelir. Çünkü tek pay sahibinin inancılı yönetim kurulu üyelerine karşı davranışı, açıkça bir “korunması gereken güven” (*schutzwürdiges Vertrauen*) teşkil etmektedir. Dolayısıyla, Federal Mahkemenin bu sorunun açık kalabileceğine ilişkin görüşü de yerinde değildir⁴⁵.

2. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından

Şirketler topluluğu, yeni TTK’nın 195-209. maddelerinde düzenlenmiştir. Şirketler topluluğu bir ana şirket, bir veya birden fazla yavru şirketlerden oluşur ve ana şirket “hâkim”; yavru şirket veya şirketler ise, “bağlı” şirket konumundadır (Tasarı m. 195/I. N. 4). Tasarıya göre, şirketler topluluğunda hâkimiyetin sağlanması, sadece sermaye şirketleri ile değil, şahıs şirketi veya bir gerçek kişi ile de mümkündür (m. 195/I.N. 6.)

TTK’nın m. 195. hükmünde açıkça “kontrol” sistemi esas alınmış, hatta kontrol olgularının mevcut olması halinde, tek elden yönetimin varlığı da kabul edilmiştir⁴⁶. Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda, 6102 sayılı TTK’dan farklı olarak hem *işletme* esası hem de tek *elden yönetim*

43 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., Ziff. 361.

44 Bkz. Bertschinger, SZW 2000, s. 199.

45 Bertschinger, SZW 2000, s. 199.

46 Bkz. Gerekçe, Şirketler Topluluğu, s. 473

sistemi benimsenmiştir⁴⁷. Kontrol kavramı ile tek elden yönetim kavramlarının birbirinden farklılığı şuradadır: *Kontrolde*, bir şirketin karar alma mekanizması üzerinde etkili olabilme olanağı veren hukuki araçlar tek tek tanımlanmakta ve bu araçlara sahip olunması halinde, bir şirketin diğerinin yönetimini kontrol ettiği varsayılmaktadır. *Tek elden yönetimde* ise, bir şirketin diğer şirketlerle bir iktisadi bütünlük oluşturup oluşturmadığı araştırılmakta ve bir şirketin başka bir şirketin işletme politikalarını, temel finansman kararlarını etkileyen önemli nitelikteki kararlarını yönlendirip yönlendirmediğine bakılmaktadır⁴⁸.

Hemen belirtelim, hâkimiyet kavramı, şirketler topluluğunun varlığını tayin eden odak noktadır. Konumuz açısından, tek ortaklı anonim şirketlerde tek pay sahibinin dışarıdan birini yönetim kurulu üyesi olarak ataması ve ona talimat vermesi, şirketler topluluğundaki hâkimiyet ve bağımlı veya inancı yönetim kurulu üyeliği söz konusu olur. Şirketin %100 hissesine sahip tek pay sahibinin talimat verebilmesi ve bunun sonuçları, TTK'nın 203/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, *kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır. Ancak TTK’da bu hükmün istisnası 204/1. maddesinde, “bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez”* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmaması gerektiği 202/1 hükmünde düzenlenmiş ve bunun istisnasının, şirketin uğrayacağı kaybın, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınmış olmasıdır (m. 202/1, son cüm.).

47Bkz. **Liebscher**, *Thomas*.: Beck’sches Handbuch der AG –mit KGA-Gesellschaftsrecht-Steuerrecht- Börsengang, (Herausgegeben von *Wolf Müller* ve *Thomas Rödder*.) München 2004, § 14, N. 1 vd.; **Hüffer**, *Aktiengesetz*, 5. Aufl. § 15, N. 1 vd, 8 vd. **Raiser**, *Thomas*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3. Aufl., § 51, N.2 vd.

48 **Okutan Nilsson**, *Gül*.; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul 2009, s. 82.

Bu durumda tek pay sahibi, ilke olarak bağlı şirket yönetim kurulu-na her talimatı, hatta bu talimat sonucunda bağlı şirket zarara uğruyor olsa bile, bunu denkleştirme şartıyla, verebilmek hakkına ve olanağına sahiptir. Ancak Kanun, hâkim şirketin bu talimat verebilme hakkına bir istisna getirmektedir. Şöyle ki, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıklarını yitirmesine sebep olabilecek talimat verilemez (m. 204/1). Bu madde iki yönden 203. maddenin istisnasını oluşturmaktadır. Bunlar;

- (1) Bağlı şirketin talimata uyma gereğini,
- (2) Uyulmuşsa, bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğunun istisnasıdır.

Başka bir ifade ile, yavru şirket yönetim kurulu, 204. maddeye rağmen *hâkim şirket yönetiminin bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya ekonomik açıdan tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıklarının yitirilmesine sebep olabilecek talimatları doğrultusunda hareket etmişse, 205. maddeye dayanarak sorumlu olmadığını ileri sürümez*⁴⁹. Çünkü m. 204 hükmü emredici niteliktedir.

Öte yandan, bağlı şirketin organlarının, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu, TTK'nın m. 205/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, *“bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutamazlar”*.

TTK'nın 205. maddesi hükmüne göre, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek diğer kişiler şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu olmazlar. *Bu madde hükmü, 203 ve 204. maddeleri tamamlamakta ve bağlı yönetim kurulunun sorumsuzluğunu sadece 203. madde koşullarına uyan talimatlara özgülemektedir*.

Öte yandan, bağlı veya inançlı yönetim kurulu üyelerinin tek pay sahibinin talimatı olmaksızın yaptığı işlemler nedeniyle şirketin zarara uğraması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulması

49 Gerekçe, m. 204, s. 80.

için, TTK'nın 202. maddesinin 1/d hükmünde öngörülen hususları kanıtlamaları gerekmektedir. Buna göre, *“kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez”*.

Sonuç olarak, yeni TTK'daki bu açık düzenlemeler karşısında, bağılı (bağımlı) veya inancalı yönetim kurulu üyelerinin tek pay sahibinin talimatına uyarak yaptığı işlemler nedeniyle şirketi zarara uğratması halinde, *Tekinalp*'in⁵⁰ ve İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında belirtilen sorumluluktan kurtulmaya ilişkin *“haksızlığa rıza gösteren haksızlıktan söz edemez”* def'inin *“volenti non fit iniuria”* ileri sürülmesine gerek yoktur. Çünkü TTK'nın özel hüküm niteliğindeki 203/1 hükmünde hâkim şirketin yönetim kurulunun, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, *kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağılı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebileceği ve bağılı şirketin organlarının da bu talimata uymak zorunda oldukları* öngörülmektedir. Dolayısıyla şirket adına açılan sorumluluk davasında bağılı şirketin yönetim kurulunun, sorumluluktan kurtulma definin *“volenti non fit iniuria”* değil, TTK m. 203/1 hükmünü ileri sürmesi gerekir. Ancak, inancalı yönetim kurulu, 204. maddeye rağmen hâkim şirket yönetiminin bağılı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya ekonomik açıdan tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıklarının yitirilmesine sebep olabilecek talimatına körü körüne uymuşsa, anonim şirketin adına açılan sorumluluk davasında 205. maddeye dayanarak sorumlu olmadığını ileri sürmez. Çünkü m. 204/1'in *“bağılı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez”* şeklindeki emredici hükmü karşısında, bağılı ve inancalı veya saman adamdan oluşan yönetim kurulu üyesi, aynen normal yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu olur.

50 Tek Ortaklık I, § 16, 4. *Yazar*, tek ortaklı anonim şirkette, inancalı veya bağılı YK üyesinin tek pay sahibinin talimatıyla hareket etmesi halinde, 6102 sayılı Kanundaki açık hükme rağmen, YK üyesinin *“volenti non fit iniuria”* haksızlığa rıza gösteren haksızlıktan söz edemez def'i nedeniyle anonim şirketin açtığı sorumluluk davasının düşeceğini ileri sürmektedir.

Nihayet yeni Kanunda, şirketin zarara uğraması nedeniyle dava edilen inançlı yönetim kuruluna, sorumluluktan kurtulmak hususunda davacılar karşı bir olanak daha tanınmaktadır. Buna göre davalılar, kredi ve benzeri alacaklarda davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek bu ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler (TTK m. 206/2). Bu madde, Medeni Kanunun m. 2 hükmündeki “dürüstlük” kuralının uygulamasını teşkil etmektedir.

Sonuç

Bir anonim şirketin yönetim organı, çıkar çatışması altında hareket etmişse, karine olarak göreve uygun hareket etmiş olduğu yerine göreve aykırı davrandığının benimsenmesi gerekir. Diğer organlar, söz konusu olayda karar vermeye yetkili olması kaydıyla, bu eksikliği sonradan onay vermek suretiyle bertaraf edebilirler. Yönetim kurulunun devredilmesi mümkün olmayan görev ve yetki alanına giren bir konuda onay verilmesi, yönetim kurulunun tamamı için saklıdır. Buna karşın, Federal Mahkemenin en azından tek ortaklı-AŞ olayına ilişkin olarak geçerli saydığı, genel kurulun çıkar çatışmaları altında aldığı yönetime ilişkin şekli onay hakkındaki görüşü yerinde olmadığından, kabul edilmesi mümkün değildir⁵¹.

51 Bkz. **Stutz/von der Crone**, SZW (RSDA) 2/2003, 110.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri

Doç. Dr. Necla Akdağ GÜNEY*

I. Giriş

13 Ocak 2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan 6102 s. TTK¹ gerek anonim şirket esas sözleşmesinin (md. 354/I) gerekse esas sözleşme değişikliklerinin (md. 455/I) tescil ve ilanı hususunda 6762 s. TTK’dan farklı bazı düzenlemeler içermektedir. Anonim şirketler için şirket esas sözleşmesi şirketin kuruluş anından sona ermesine kadar son derece önemli işlevi haiz bir belgedir. Esas sözleşme, anonim ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, sıkı şekil koşuluna tabi bir sözleşmedir. Esas sözleşmenin tamamının tescil ve ilanını zorunlu kılan yeni düzenleme, esas sözleşme değişiklikleri bakımından da tescilin kurucu etkisini yalnızca üçüncü kişilerle sınırlandırmakta, iç ilişkide tescili kurucu olmaktan çıkarmaktadır. Her iki düzenleme de Türk hukukuna özgü olup, kanun koyucu anonim şirketlere büyük ölçüde kaynak teşkil eden Alman ve İsviçre düzenlemelerinden bu noktalarda ayrılmıştır. Ticaret siciline tescil ve tescil edilen hususun ila-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

* Bu makaleye uygulamaya yönelik fikirleri ile katkıda bulunan İstanbul Ticaret Sicilinin Sayın müdürü Nurcan Turan’a teşekkürü bir borç bilirim.

¹ RG No: 27846, 14 Şubat 2011.

nına hukuk sistemleri bir takım sonuçlar bağlamıştır. Tescil ve ilan aleniyet fonksiyonu ile üçüncü kişilerin korunması bakımından son derece önemli bir görev yerine getirmesinin yanı sıra, istisnai durumlarda bir hakkın veya hukuki durumun doğumu bakımından da önemli bir işlev üstlenmektedir. İşte bu noktadan hareketle 6102 s. TTK ile getirilen her iki yeni düzenleme de kendi içerisinde getirdiği yenilikler ve üçüncü kişiler üzerinde etkileri bakımından inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

II. Esas Sözleşmenin Tescili ve Üçüncü Kişiler Üzerinde Etkisi

1. Esas Sözleşmenin Tescili

6102 s. TTK yerini aldığı 6762 s. TTK’da yer alan “anonim şirket, ticaret sicili ne tescil ile tüzel kişilik kazanır” ilkesini aynen muhafaza etmektedir (md. 355/I). Şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için tescil ve ilanı gereken hususlar Ticaret Kanunu’nda ve Ticaret Sicil Tüzüğü’nde düzenlenmektedir. 1 Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan 6102 s. TTK halen yürürlükte bulunan 6762 s. TTK’nın tescile ilişkin düzenlemesinden ayrılmış ve esas sözleşmenin tamamının ticaret siciline kaydını zorunlu kılmıştır. 6102 s. TTK md. 354’e göre, şirket esas sözleşmesinin tamamı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde 335. maddenin birinci fıkrası uyarınca şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan olunur.

Anonim şirket esas sözleşmesinin tamamının tescili yeni ve Türk Hukuku’na özgü olup gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nun (Obligationenrecht/OR) anonim şirketlere ilişkin hükümleri; gerekse yeni kanunda etkisini daha fazla hissettiren Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz/AktG) benzer bir düzenleme içermemekte, her iki hukuk sistemi de tescili zorunlu hususları saymakla yetinmektedir. 6102 s. TTK’nın gerekçesinden söz konusu değişikliğin kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır.

2. Esas Sözleşmesinin Tescilinin Üçüncü Kişiler Üzerinde Etkisi

Yukarıda da değinildiği üzere ticaret siciline kayıt ve bu kaydın ilanı, üçüncü kişilerin korunması bakımından önemli görevler üstlenmektedir. Tescil ve ilan edilmiş hususların üçüncü kişiler tarafından bilinmediğinin ileri sürülememesi (sicilin olumlu etkisi) veya sicile kaydı gerekli olduğu halde tescil edilmeyen bir hususun üçüncü kişilerce bilinemeyeceği hususu (sicilin olumsuz etkisi) sicilin dış etkilerini oluşturur.

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi başlığını taşıyan 6102 s. TTK'nın 36/III ve IV. fıkraları sicilin dış etkilerini düzenlemektedir.² Buna göre:

Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.

Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Konumuzla ilgili olan ve tescilin olumlu etkisi olarak adlandırılan düzenlemeye yukarıda anılan 36. maddenin III. fıkrasında yer verilmektedir. Bu düzenlemeye göre yasa gereği sicile kaydı gereken bir husus kayıt ve ilan edildikten sonra artık üçüncü kişiler bu hususları bilmedikleri iddiasında bulunamazlar. Sicil kayıtları tescil ile birlikte üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuç doğurmaya başlar³. Madde metninden de anlaşılacağı üzere tescilin olumlu etkisi iki hukuki sonucu içerisinde ba-

² 6102 s. TTK'nın 36. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları 6762 sayılı Kanunun 38. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının aynen tekrarıdır. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları ise 6762 sayılı Kanunun 39. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarından aynen alınmıştır. Böylece, 6762 sayılı Kanunun 38. ve 39. maddeleri 36. maddede “Tescil ve ilânın üçüncü kişilere etkisi” kenar başlığı altında birleştirilmiştir. Bunun sebebi, doktrinde eleştirilen 6762 sayılı Kanunda iki maddeye bölünmüş olan bu hükümlerin aynı konuya ilişkin bulunmaları ve “sicile itimat” başlığı taşıyan 6762 sayılı Kanunun 39. maddesinin aslında tescilin üçüncü kişilere etkisini düzenlenmiş olması ve sicile güven ile herhangi bir ilgisinin bulunmamasıdır. Konuya ilişkin eleştiriler için bkz. BİLGE, MEHMET EMIN, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, 167.

³ VOGT, HANS-UELİ, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Zürich 2003, 356.

rındırmaktadır. Bunlardan ilki üçüncü kişinin tescil edilen hususu *bilmesi* zira yasaya uygun olarak tutulan sicil kayıtları bakımından üçüncü kişilerin bu hususu bildiği yönünde kanuni bir karine oluşmaktadır⁴. Bu durumda üçüncü kişiler ticaret sicil kayıtlarını veya Ticaret Sicili Gazetesinde çıkan ilanları bilmediklerini ya da okumadıklarını ileri süremezler⁵. İkincisi ise bu kayıtların belirli koşulların gerçekleşmesi halinde kendilerine karşı da ileri sürülebilmesidir.

Sicile kaydedilmesi gereken bir husus kaydedildikten sonra kaydın ilgilisi 36/I gereği bu hüküm üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmeye başladığı andan itibaren korunur. Tescilden itibaren sicile kaydedilmiş hususun bilinmemesi riskini üçüncü kişi taşır. Böylece üçüncü kişi sicil kayıtlarının içeriğini öğrenmekle yükümlü kılınmış olmaktadır⁶. Bu düzenleme ile üçüncü kişiler bir anlamda sicil kayıtlarını inceleme konusunda teşvik edilmektedirler. Kayıtları bilmediğini ileri süremeyen ancak kayıtların geçerliliği kendisine karşı ileri sürülebilen üçüncü kişiler doğal olarak sicil kayıtlarını öğrenmek için çaba göstereceklerdir. Söz konusu bilgi edinme yükümlülüğü sadece tacirler için değil tacir olmayan kimse-ler açısından da geçerlidir.

Sicilin olumlu etkisinden bahsedilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Her şeyden önce sicil kaydının ilgili lehine olumlu etki doğurabilmesi kayıt ve ilan edilen hususun sicile tescili ve ilanı mümkün olan bir husus olmasına bağlıdır. Olumlu etkinin doğumu için tescili zorunlu olan ya da tescili isteğe bağlı bulunan bir husus olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan tescil edilebilir bir husus olmasıdır. O nedenledir ki; sicile tescil ve ilanı gerekmeyen bir husus herhangi bir şekilde tescil ve ilan edilmiş olsa dahi bu kayıtlar olumlu etkiye sahip olmazlar. Bir başka ifade ile üçüncü kişinin iyi niyetini bertaraf etmez-

⁴ VOGT, 357.

⁵ STEININGER/von der CRONE, 395; GAUCH, PETER, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren

Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG 48 (1976), 139, 144.

⁶ VOGT bu yükümlülüğü aranacak borç (Holschuld) olarak tanımlamaktadır. VOGT, 360.

ler.⁷ Sicilin olumlu etkisinden bahsedebilmek için sicile kaydedilen ve ilan olunan hususların gerçek ve doğru olması şarttır.⁸

Yeni TTK’da bazı durumlarda ilan edilen bütün hususların üçüncü kişiler açısından olumlu etki yaratmayacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin 6102 s. TTK md. 354’e göre şirket esas sözleşmesinin tamamı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde md. 335/I uyarınca şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, maddede belirtilen hususlar dışında, md. 36/I hükmü uygulanmaz. Bu düzenleme sicilin olumlu etkisine bir istisna getirmektedir. 354. maddenin gerekçesinde bu durum şöyle açıklanmaktadır:

“Şirket esas sözleşmesinin tamamı tescil olunur. Ancak, esas sözleşmenin tümünün tescil edilmiş olması, maddelerin tümü için tescilin Tasarının 36 ncı maddesinin birinci fıkrası anlamında olumlu etki yaratması sonucunu doğurmaz. Başka bir ifade ile, esas sözleşmenin her hükmü üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, yani üçüncü kişiler (esas sözleşme tescil ve ilân edildi diye) bu sözleşmedeki her hükmü biliyor sayılamaz. Kısaca: Tescil her hüküm yönünden olumlu işlevi haiz değildir. Tescil edildikleri takdirde bu etkiye sahip bulunan esas sözleşme hükümleri 354 üncü maddede sekiz bent halinde, sınırlı sayı (numerus clausus) olarak gösterilmiştir. Mezkûr ayırım 6762 sayılı Kanunun 300 üncü maddesi hükmünden açıkça anlaşılmadığından, 354 üncü maddede bu noktaya vurgulama yapılmasına gereksinim duyulmuştur. Söz konusu sekiz bent şirketin hüviyeti, üçüncü kişilerin hakları ve yönetim organı ile ilgilidir. Anılan hükümler aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gerekli asgarî kayıtları da gösterir. 354 üncü madde bu yönden 339 uncu maddeden ayrılır. 339 uncu madde hem asgarî içeriğe ilişkin olanları hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hükümleri gösterir. Esas

⁷ GAUCH, 145 f.

⁸ GAUCH, 145; VOGT, 366; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. Bern 2007, § 6 N 69, 74; ÜLGEN, Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, Ticari İşletme Bakımından Uygulama, Ankara 1975, 254.

sözleşmenin tümünün tescil ve ilânı ise kamuyu aydınlatma ilkesi yönünden gerekli görülmüştür.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu bu düzenleme ile tescil ve ilan edilen bütün hususlar bakımından olumlu etkiyi kabul etmemiş, üçüncü kişiyi koruyacak bir biçimde olumlu etkinin sınırlarını tescil ve ilanı gereken hususlara özgülemek suretiyle belirlemiştir. Böylece üçüncü kişi ticari hayatı bakımından bilmesi gerekenden daha fazla bilgiyi takip etme ve öğrenme yükümlülüğünden kurtarılmış olmaktadır. Maddede sayılan hususlar dışında kalan esas sözleşme hükümlerine ilişkin olarak üçüncü kişinin ilana dayanılarak bu hususu bildiği veya bilmesi gerektiği ileri sürülemeyecektir. Bir başka anlatımla, esas sözleşmenin tamamının ilan edilmiş olmasına dayanılarak sicilin olumlu etkisi yasada belirtilen hususların dışına taşınamayacaktır.

Tescil ve ilanı gerekmediği halde her nasılsa tescil ve ilan edilen hususların üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi ile esas sözleşmenin tamamının tescil edilmesi halinde de olumlu etkinin sınırlarının sadece tescili zorunlu hususlarla sınırlandırılmasının arkasında yatan düşünce aynıdır. Üçüncü kişinin iyi niyetinin tescilin olumlu etkisi yoluyla bertaraf edilip, bilmesi gerekenden fazlası dolayısıyla sorumlu tutulmaması. Aksine izin verilmesi halinde üçüncü kişiler sicildeki her türlü bilgiyi takip ederek iyi niyetlerinin bertaraf edilmesinin önüne geçmek zorunda bırakılacaklardır. Oysa ne iş hayatının hızlı işleyişi böyle bir yükümlülüğü kaldırır, ne de sicilin böyle bir amacı vardır.

III. Esas Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Kurucu Etkisi

1. Esas Sözleşme Değişikliğinin Tescili

6102 s. TTK esas mukavelenin değişikliği ile ilgili olarak 452. maddede genel kurulun, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak ve müktesep ve vazgeçilmez haklar saklı kalmak suretiyle esas sözleşmenin bütün hükümlerinin değiştirebileceğini öngörmektedir⁹. Hükme kaynak teşkil eden 6762 s. TTK

⁹ Gerekçe Madde 452 - Hüküm, 6762 sayılı Kanunun 385. maddesinin birinci fıkrasını bazı değişikliklerle tekrar etmektedir. Müktesep haklar, kavram olarak korunmuştur. Bu

md. 385’de aksine esas sözleşmede hüküm bulunmaması kaydıyla umumi heyet kararı ile esas mukavelenin bütün hükümlerinin değiştirilebileceğini belirtmektedir¹⁰. Bununla birlikte esas sözleşmede yer alan bir bölüm hükümlerin değiştirilmesi aynı Kanun md. 340’a göre esasen mümkün değildir. Şöyle ki, söz konusu düzenleme ile esas sözleşmenin, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği açıkça hükme bağlanmış olup, maddede belirtildiği gibi bütün esas sözleşme hükümlerinin genel kurul kararı ile değiştirilmesi söz konusu olamaz. Genel kurul ancak emredici nitelikte olmayan, Kanunun açıkça sapmaya izin verdiği esas sözleşme hükümlerini yine Kanunda esas sözleşme değişikliği için öngörülen md. 452 vd. hükümlerince değiştirebilir. Bu durumda söz konusu hüküm emredici düzenlemeler dışında kalan bütün hükümler olarak anlaşılmalıdır.

Genel kurul kararı ile değiştirilen esas sözleşme hükümlerinin tescilli ile ilgili olarak 6102 s. TTK md. 455/I’de meri 6762 s. TTK md. 390’dakine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre

“Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından, şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilir; ayrıca ilana bağlı hususlar ilan ettirilir; tescil

suretle mütesep haklar, Tasarı tarafından tanınmıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun "münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları mütesep haklarda rızaları olmaksızın değişiklik yapılamaz" hükmüne yer vermemiş, ayrıca, mütesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlayan ve mütesep hakları sayan ikinci fıkra yanlış anlamalara yol açtığı için çıkarılmıştır. 6762 sayılı Kanundaki liste mütesep hakların tümünü içermediği gibi, mütesep hakların farklı türde hatta derecede olabileceklerine de işaret etmektedir. Tanım ise, mütesep hakların tümünü kapsamıyordu. Ayrıca 6762 sayılı Kanun çeşitli maddeleri ile de çelişki içindedir. Bazı mütesep haklar mutlak nitelik taşıırken bazıları niteliklerinden şüphe edilebilecek ölçüde sınırlandırılabilirdi. Kavramın (İsv. BK’nın aksine) muhafaza edilmesinin sebebi kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturabilmesidir. Nitekim kavramın kanundan tamamen çıkarıldığı İsviçre’de hukukî durum değişmemiştir.

Hükümde mütesep hakların bir yönden bir türünü oluşturan başka bir yönden de mezkûr haklardan tamamen farklı özellikleri olan vazgeçilmez haklara da kavram olarak yer verilmiştir.

¹⁰ 6762 s. TTK md. 385/I: Aksine esas mukavelede hüküm olmadığı takdirde umumi heyet aşağıdaki maddelerde bildirilen şartlar dairesinde esas mukavelenin bütün hükümlerini değiştirebilir. Şu kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları mütesep haklarda rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz.

ve ilan edilen karar şirketin internet sitesine konulur. Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez.”

Görüldüğü üzere hüküm 6762 TTK md. 390’dakine benzer bir biçimde esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından, şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescilini ve yine ilana bağlı hususların ilanı ve tescil ve ilan edilen kararın 390. maddeden farklı olarak şirketin internet sitesinde yayımlanmasını öngörmektedir. Birinci fıkranın son cümlesi ise, değiştirme kararının üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin bir düzenleme içermektedir.

6102 s. TTK md. 455’in gerekçesinde¹¹ 6762 sayılı Kanunun 390. maddesinin¹² *küçük* bir değişiklikle tekrarlandığı yeni düzenleme ile değiştirme kararının tescilden önce üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceği hususuna açıklık getirildiği belirtilmektedir. Oysa aşağıda görüleceği üzere değişiklik küçük olmadığı gibi açıklık getirmesi bir yana beraberinde getireceği sorunlar uygulamayı ve doktrini uzun süre meşgul edecek gibi görünmektedir.

2. Esas Sözleşme Değişikliğinin Etkileri

Tüzel kişi olan anonim şirketin organları, bunların yetkileri ve yetkilerinin sınırları, sermayesi, payları, pay sahipleri, pay sahiplerini birbirleriyle, şirketle ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri, ana sözleşme ile düzenlenir ve hüküm altına alınır. İşte bu nedenle her ana sözleşme değişikliği içeride ve dışarıda bir takım etkilere sahiptir. Bu bağlamda etkileri bakımından sözleşme değişikliklerini üç ana grupta toplamak mümkündür:

Bazı değişiklikler sadece hissedarları ilgilendirdiklerinden bunların etkileri iç ilişki ile sınırlıdır (örn. hisse senetlerinin çeşidi ve nominal

¹¹ Gerekçe Madde 455 - Madde 6762 sayılı Kanunun 390. maddesini küçük bir değişiklikle tekrarlamaktadır. Hükümde değiştirme kararının tescilden önce üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceğine açıklık getirilmiştir.

¹² Madde 390 - Esas mukavelenin değiştirilmesine mütaallik umumi heyetçe verilen karar; idare meclisi tarafından şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil ve eğer ilana tabi olan hususlar varsa onlar da ilan ettirilir. Değiştirme kararı tescilden önce hüküm ifade etmez.

değeri, genel kurulun toplantıya çağırılması, imtiyazlı oy, yönetim kurulun seçilmesi ve şirketin ilanları), diğer bazı esas sözleşme değişiklikleri ise hem hissedarları hem de üçüncü kişileri ilgilendirirler. Bir başka anlatımla bu tip sözleşme değişikliklerinin tescil ve ilanı hem iç ilişkide hem de dış ilişkide etkilerini gösterir (örn. şirketin merkez ve amaç değişikliği, sermaye artırımı ve azaltılması, nama yazılı hisse senetlerine getirilecek bağlam hükümleri). Son grupta ise esasen üçüncü kişileri ilgilendiren esas sözleşme değişiklikleri yer alır (örn. alacaklılara karşı yapılacak ilanların şekli, ticaret unvanı ve şirketi üçüncü kişilere karşı temsil ve ilzama yetkili olanlar)¹³.

a. Genel Olarak Tescili Gereken Hususların Bildirici ve Kurucu Etkisi

Bu noktada 6102 s. TTK md. 455’de getirilen değişikliği daha iyi anlayabilmek açısından öncelikle tescilin kurucu ve bildirici etkisi kavramlarına bir göz atmakta fayda vardır.

Ticari hayatta güvenliğin ve düzenin sağlanması için birçok hususun sicile kaydı zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin maddi hukuk bakımından olumsuz bir etkisi yoktur. Bir başka ifade ile bu gibi durumlarda ticaret siciline yapılan kayıtlar *bildirici etkiye (deklatorische Wirkung)* sahiptir ve kural olarak sicil kayıtlarının bildirici etkisi esastır¹⁴. Sicil kayıtlarının bildirici olması demek bu kayıtların daha önce doğmuş veya ortadan kalkmış bir hakkın veya hukuki durumun varlığına işaret etmesi demektir. Kaydın bildirici etkiye sahip olduğu durumlarda tescilin yapılmamış olması işlemin geçerliliğine hanel getirmez, işlem sicile kaydedilmeden önce tamamlanmış ve taraflar açısından hak ve borçlar doğmuştur¹⁵. Sicilin bildirici etkisi üçüncü kişilerin yararının korunması açısından önem arz eder. Sicilin en önemli fonksiyonlarından aleniyet sayesinde üçüncü kişiler kendileri açısından önem arz eden hususlarda bilgi edinme olanağı kazanırlar. Örneğin bir

¹³ Buradaki gruptandırma VOGT ve ZINDEL/WEBER/PHİLIPPE tarafından yapılan ayrımlardan esinlenilmiştir. VOGT, 108; ZINDEL/WEBER/PHİLIPPE, Zeitpunkt der Statutenändernder Generalversammlung- und Verwaltungsratsbeschlüsse, REPRAX, 2/3/2008, 35, 39 vd. Benzer bir ayrım BÖCKLİ tarafından da yapılmaktadır. BÖCKLİ, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, Anm. 617 ff.

¹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 67; GAUCH, 142.

¹⁵ ZINDEL/WEBER/PHİLIPPE, 41.

ticari mümessilin yetkilerinin sınırlandırılması halinde bunun tescil ve ilanı zorunlu değildir. Ancak tacir bu sınırlamaları tescil ve ilan etmezse, üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin sınırlandırıldığı savını ileri sürmez.

Sicilin bildirici etkiye sahip olduğu durumlarda vakıalar şekle uygun ve geçerli bir biçimde kararın alındığı andan itibaren geçerli olur ve etkilerini doğurmaya başlarlar. Bununla birlikte sicilin bildirici etkisi diğer etkilerin örneğin kurucu veya iyileştirici etkinin meydana gelmesine engel olmaz. Bir başka anlatımla sicilin kurucu etkiyi haiz olduğu her durumda aynı zamanda sicilin bildirici etkisi de söz konusudur ancak bunun tam tersi yani sicilin bildirici etkiyi haiz olduğu her durumda kurucu etkisi söz konusu olmamaktadır¹⁶.

Bazı durumlarda sicile yapılan kayıtlar, kayda konu oluşturan husus üzerinde bir takım hukuki etkilere sahip olmaktadır. İşte tescilin bir hakkın veya hukuki durumun doğumuna veya devamına sebebiyet verdiği hallerde sicilin *kurucu etkisi* (*konstitutive Wirkung*) söz konusu olur¹⁷. Ticaret siciline tescil kural olarak bildirici etkiyi haiz olup; istisnai durumlarda kurucu etkiye sahiptir. Sicil kayıtlarına kurucu etki tanınmasının nedeni iç ve dış ilişkinin koordinasyonunun sağlanmasıdır. Böylece hukuki ilişkinin iç ve dış ilişkide bölünmesinin de önüne geçilmiş olur¹⁸. Sicil kaydının kurucu etkiye sahip olduğu hallerde kaydı gerekli hususlar sicile kaydedilmedikçe hukuken geçerlik kazanamazlar. Bununla birlikte tescil tek başına hukuki sonucun doğması bakımından yeterli değildir. Bunun öncesinde bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin esnaf işletmesine temsilci tayin edilmek istendiğinde tescil tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Temsilci olarak atanacak kişinin geçerli ve devam eden bir vekaletinin bulunması koşuluyla tescil kurucu etkisini gösterir. Ticaret Kanunumuzda da tescile kurucu etki bağlanması istisnaidir. Bu bağlamda ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanması, esnaf işletmesine ticari mümessil atanması veya anonim şirketin esas sözleşmesinin değişikliğine ilişkin kararların tescili (halen yürürlükteki 6762 s. TTK itibarıyla) kurucu nitelikte olup, söz konusu hukuki işlemler tescil ile geçerlik kazanırlar.

¹⁶ GAUCH, 142; ZINDEL/WEBER/PHILIPPE, 41.

¹⁷ GAUCH, 142; ZINDEL/WEBER/PHILIPPE, 42.

¹⁸ VOGT, 397.

b. Esas Sözleşme Değişikliklerinin Tescilinin Etkisi

Gerek yürürlükteki 6762 s. TTK md. 390 gerekse 6102 s. yeni TTK (md. 455) genel kurulda yapılan esas sözleşme değişikliklerinin yönetim kurulu tarafından tescil ettirilmesi gerektiği açıkça düzenlemişlerdir. Bununla birlikte esas sözleşme değişikliklerinin tescil ile geçerlik kazanması bakımından 6102 s. TTK md. 455’de bir ifade değişikliğine gidildiği görülmektedir. 6762 s. TTK md. 390 son cümle

“Değişiklik kararı tescilden önce hüküm ifade etmez”

ibaresi taşırken, bir başka anlatımla değişikliğin tesciline hem iç hem dış ilişki bakımından kurucu etki bağlarken, 6102 s. TTK md. 455 birinci fıkrasının son cümlesi

“Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez”

şeklinde düzenlenmiş yani tescilin kurucu etkisinin yalnızca üçüncü kişiler bakımından söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır.

Her iki düzenleme arasındaki anlam farkı son derece büyük ve önemli olup açıklaması zaruridir:

6102 s. TTK md. 455 ilk okunduğunda bundan böyle esas sözleşme değişikliklerinin dış ilişkide üçüncü kişiler bakımından kurucu etkiyi haiz, iç ilişkide ise ortaklar bakımından bildirici etkiyi haiz olacağı izlenimi edinilmekle birlikte maddenin gerekçesi okunduğunda farklı bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Zira her iki düzenleme arasındaki farka ilişkin olarak 6102 s. TTK md. 455’in gerekçesinde yeni düzenleme ile değiştirme kararının tescilden önce üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceği hususunda açıklık getirildiği belirtilmektedir. Oysa aşağıda da görüleceği üzere yapılan değişiklik basit bir açıklık getirilmesinden çok farklı anlamları içermektedir. Gerçekten de düzenlemenin amacı gerekçede belirtildiği gibi yalnızca üçüncü kişiler bakımından tescilin etkisi konusuna açıklık getirilmesi ise, 455. madde de esas sözleşme değişikliklerinin tescil ile üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceğinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktu. Bu hükme yer verilmemiş olsaydı dahi, sicilin olumsuz etkisi dolayısıyla söz konusu değişiklikler tescil ve ilan edilme-

dikleri sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceklerdi. 6102 s. TTK md. 36/IV gereği tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği¹⁹ ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Düzenlemenin maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi sadece bu amacı taşıdığı kabul edilecek olursa 6102 s. TTK md. 36/IV karşısında aynı zamanda gereksiz olduğunun da kabulü gerekir. Daha da önemlisi amaç gerçekten de sadece üçüncü kişiler bakımından tescilin etkisini vurgulamak ise, yani tescile dış ilişkide kurucu etki bahsetmek değil de sicilin olumsuz etkisine vurgu yapmak ise, bundan Kanun Koyucunun 6762 s. TTK md. 390'dan tamamen ayrıldığı ve esas sözleşme değişikliği gerektiren genel kurul kararlarının tescil ile geçerlik kazanacağı hükmünü bertaraf ettiği sonucu da çıkarılabilir.

Anılan gerekçenin bizi sağlıklı bir sonuca götürmeyeceği açıktır. O nedenle maddenin lafzına dönmekte yarar vardır.

“Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez”.

Değiştirme kararının tescilden önce hüküm ifade etmemesinin anlamı, esas sözleşme değişikliğinin tescil ile geçerlik kazanacağıdır. 6762 s. TTK md. 390'dan farkı ise tescilin sadece üçüncü kişiler bakımından kurucu etkiye sahip olmasıdır. Gerçekten de maddenin lafzı dikkate alındığında esas sözleşme değişikliği gerektiren kararların artık sadece dış ilişkide kurucu etkiyi; iç ilişki bakımından ise bildirici etkiyi haiz olacağı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda Türk Hukuku bakımından çarpıcı bir yenilikten bahsetmek gerekecektir. 6762 s. TTK md. 390 son cümlesi ile esas sözleşme değişikliği gerektiren genel kurul kararlarının tesciline iç ve dış ilişkide bir ayırım yapılmaksızın kurucu etki bağlanmışken, 6762 s. TTK md. 455 ile iç ilişkide tescilin kurucu etkisi tamamen bertaraf edilmiştir. Tescilin kurucu etkisinin iç ve dış ilişki bakımından ayrılmasına neden ihtiyaç duyulduğu hiç bir biçimde açıklanmadığı gibi, bunun ne gibi hüküm ve sonuçlar doğuracağı hususunda fazlaca kafa yorulmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁹ 6102 s. TTK md. 36/IV'e eklenen *bilmeleri gerektiği* ibaresine ilişkin eleştiriler için bkz. AKDAĞ GÜNEY, NECLA, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul 2011, 66 vd.

6102 s. TTK md. 455'in barındırdığı çelişki, aslında geçerli bir biçimde doğmuş bir hakkı veya hukuki durumu (zira iç ilişki bakımından artık genel kurul kararının tescil ve ilanı kurucu etkiye sahip olmadığından karar alındığı andan itibaren geçerli bir biçimde doğacaktır) üçüncü kişiler açısından tescil koşuluna bağlayarak var olan bir hak veya hukuki duruma yokmuş muamelesi yapmaya çalışmasıdır. Bilindiği üzere bir hususun tescilin zorunlu olması o hususun tescilinin kurucu nitelik taşıdığı anlamına gelmez. Bir başka anlatımla tescili zorunlu olan bir hak veya hukuki durum bildirici etkiye sahip ise tescil olmadan da doğumu için gerekli koşulların yerine getirilmesiyle geçerlik kazanır. Tescil burada yalnızca dış dünyaya bu hakkın veya hukuki durumun varlığını duyurma fonksiyonu üstlenir. Tescil yapılmadığı takdirde üçüncü kişilere karşı bu hakkın veya hukuki durumun varlığı ileri sürülemez; meğerki üçüncü kişilerin bu durumu bildiği ispat edilebilsin. Ancak burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Tescilin bildirici etkisinde hak veya hukuki durum tescilden önce doğmuştur, yoksa tescil ile değil. Üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından tescil *gerekli* ancak hakkın veya hukuki durumun doğumu açısından zorunlu değildir. Gerekli olduğunu vurgulamamızın sebebi ise, tescil olmasa da üçüncü kişinin o hususu bildiğinin ispatlanması halinde kendisine karşı ileri sürülebilmesidir.

Bu noktada tescilin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ile tescilin dış ilişkide kurucu etkiyi haiz olmasının aynı şeyler olmadığını altını önemle çizmek gerekir. Kurucu etkinin söz konusu olduğu hallerde hak veya hukuki durum tescil ile geçerlik kazanacağından öncesinde geçerli olarak doğmuş bir hak veya hukuki durumdan bahsedilemez. Oysa 455. maddenin lafzından hareket ettiğimizde esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararlarının üçüncü kişiler açısından geçerli olabilmesi için tescile kurucu etki bahşedildiği anlaşılmaktadır. İşte bu nedenle anılan madde kendi içerisinde son derece tutarsızdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere benzer bir düzenleme ne Alman AktG²⁰ ne de İsviçre OR'de yer almaktadır. 6102 s. TTK'da neden böyle

²⁰ AktG § 181/III: „(3) Die Änderung wird erst wirksam, wenn sie in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden ist.“ Görüldüğü üzere Alman hukukunda da esas sözleşme değişiklikleri iç ve dış etki bakımından herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın ticaret siciline tescil ile hüküm kazanmaktadır.

bir hükme yer verildiği konusunda gerekçedeki açıklama yeterli olmadığından spekülasyon olarak iki varsayımdan bahsedilebilir:

Bunlardan ilki OR Art. 647/III'de²¹ benzer bir ifade bulunduğundan hareketle ve oradaki gerekçeyle bu hükme yer verilmiş olmasıdır: Gerçekten de OR Art. 647/III, 2008 yılında gerçekleştirilen revizyon ile kaldırılmadan önce benzer bir düzenleme içermektedir. Anılan 647. maddenin yürürlükten kaldırılan 3. fıkrasında esas sözleşme değişikliğinin üçüncü kişiler bakımından da tescil ile hüküm ifade edeceği düzenlenmişti. Ancak 6102 s. TTK md. 455'den bir farkla, bu düzenleme esas sözleşme değişikliklerinin yalnızca üçüncü kişiler bakımından tescil ile hüküm ifade edeceğini değil; aksine hem iç hem dış ilişkide tescilin kurucu etkiyi haiz olduğunu kabul etmekteydi. OR Art. 647/III'de yer alan *üçüncü kişilere karşı da (auch gegenüber Dritten)* ifadesi, OR Art. 932/II'de²² yer alan ve tescilin üçüncü kişiler bakımından etkisini ilana bağlayan genel hükme istisna getirmekte olup, esas sözleşme değişiklikleri açısından sicilin üçüncü kişiler bakımından etkisini ilan zamanına değil tescil anına bağlamaktaydı. Bir başka anlatımla söz konusu düzenleme üstü kapalı da olsa esas sözleşme değişiklikleri bakımından iç ve dış etki ayrımı yapmamakta, hem hissedarlar ve şirket hem de üçüncü kişiler bakımından esas sözleşme değişikliklerinin tescil ile hüküm ifade edeceğini belirtmekteydi. OR Art. 932/II'deki genel düzenlemeden sapan ve üçüncü kişiler bakımından getirilen bu istisnai hüküm doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından gereksiz olduğu yönünde eleştirilmiş ve İsviçre kanun koyucusu bu eleştirileri dikkate alarak 2008 yılında gerçekleştirilen revizyonda adı geçen OR Art. 647/III düzenlemesini yürürlükten kaldırmıştır²³. Ancak anılan maddenin kaldırılması genel kurul kararlarının tescilinin artık kurucu niteliğe sahip olmadığı anlamına gelmemektedir²⁴. Bu son deği-

²¹ OR Art. 647/III alte Fassung: „Er wird **auch** Dritten gegenüber unmittelbar mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam.“

²² OR Art. 932/II: „Gegenüber Dritten wird eine Eintragung im Handelsregister erst an dem nächsten Werktag wirksam, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Schweizerischen Handelsamtsblattes folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist. Dieser Werktag ist auch der massgebende Tag für den Lauf einer Frist, die mit der Veröffentlichung der Eintragung beginnt.“

²³ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. BÖCKLİ, Anm. 613 f.; ZINDEL/WEBER/PHILIPPE, 43; GLANZMANN, LUKAS, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 2/2007, 69, 85; KUNZ v. PETER, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, 55, 77; BGE 84 II 34.

²⁴ Bkz. Botschaft 2001, 3180, Ziff. 2.1.1.10.; BÖCKLİ, Anm. 618.

şiklikle, İsviçre’de esas sözleşme değişiklikleri yine tescil ile birlikte geçerlik kazanacak ancak üçüncü kişiler açısından genel hüküm OR Art. 932/II çerçevesinde ilandan itibaren kurucu etkiyi haiz olacaktır. Ancak OR Art. 647/III hükmünün kaldırılması İsviçre doktrininde esas sözleşme değişikliğine ilişkin alınan kararların hangi andan itibaren geçerli olacağı hususunda bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. *BÖCKLI* anılan hükmün kaldırılması ile birlikte sadece iç ilişkiyi ilgilendiren kararların genel kurulda alındıkları andan itibaren, hem iç hem dış ilişkiyi ilgilendiren kararların ise bir ayırım yapılmaksızın tescil ile geçerlik kazanacağını belirtmektedir²⁵. Buna karşı İsviçre doktrininde diğer bazı yazarlar söz konusu kararların *tescil koşuluna bağlı olarak* (eine schwebende interne Wirksamkeit) iç ilişki bakımından kararın alınmasından itibaren dış ilişki bakımından ise tescil ile geçerlik kazanacağını ileri sürmektedirler²⁶. Bununla birlikte tartışmalar tescilin iç ve dış ilişkide kurucu etkisine yönelik olmayıp genel kurul kararının iç ilişkide hangi andan itibaren geçerlik kazanacağına yöneliktir.

Kanun koyucu OR Art. 647/III hükmünden esinlenmiş olsa bile, 6102 s. TTK md. 455 ile getirilen düzenlemenin kaynak ile herhangi bir benzerlik içermediğini belirtmek gerekir.

Yukarıda yönelttiğimiz 6102 s. TTK md. 455’de neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu sorusunda ikinci bir ihtimal kanun koyucunun esas sözleşme değişikliklerinde iç ve dış ilişkide bilinçli olarak bir ayırım yapmak isteği olabilir.

6102 s. TTK md. 455 tescilin kurucu etkisini iç ilişki bakımından tamamen bertaraf etmiş; yani bunların geçerliliğine yalnızca bildirici etki atfetmiştir. Bunun anlamı esas sözleşme değişikliği gerektiren genel kurul kararları herhangi bir ayırma tabi tutulmaksızın iç ilişkide bildirici, dış ilişkide kurucu etkiye haiz olacaklardır. Söz konusu kararlar tescil ve ilan edilmeseler dahi iç ilişki bakımından alındıkları tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğuracaklardır. Kararın geçerliliği artık tescil şartına bağlı olmadığından yani iç ilişkide alındıkları andan itibaren geçerli olacaklarından bu kararların tescil ve ilanı da aslında zorunlu değildir. Her ne kadar

²⁵ *BÖCKLI*, Anm. 616.

²⁶ BGE 84 II 34; *VOGT*, 389; *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, § 6 N 63; *ZINDEL/WEBER/PHILIPPE*, 39, 44. 53.

sadece iç ilişkiyi ilgilendiren esas sözleşme değişiklikleri açısından bu durum bir sakınca arz etmiyor gibi görünse de, esas sözleşme değişiklikleri yalnızca hissedarları ve şirketin organizasyon yapısını ilgilendiren kararlardan ibaret değildir. İşte böylesi durumlarda yani esas sözleşme değişikliğinin hem iç hem de dış ilişkide etkili olduğu hallerde bu düzenleme bazı sorunları da birlikte getirecektir. Zira esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararı iç ilişkide tescil edilmese dahi hüküm ve sonuçlarını doğuracak, dış ilişki de ise aslında hukuken geçerli olarak doğmuş genel kurul kararı üçüncü kişilere yokmuş gibi yeniden tescil ile geçerlik kazanacaktır. Bu durumu bir kaç örnekle açıklamakta fayda vardır:

i. Şirket merkezinin değişikliğine dair esas sözleşme değişikliği: Anonim şirketin esas sözleşmesinde aksine hüküm bulunmaması kaydıyla şirketin merkezini değiştirilmesi mümkündür. Genel kurulda şirket sözleşmesinin değiştirilmesi yönünde alınan karar (merkez yurt dışına taşınacaksa md. 421/II aksi halde md. 421/I) 6102 s. TTK md. 455’den hareket edildiğinde iç ilişkideki bildirici etkisi dolayısıyla alındığı tarihten itibaren hüküm ifade edecek, dış ilişki de ise üçüncü kişiler bakımından karar tescil ve ilan edilene kadar bir geçerliği olmayacaktır. Bu zaman dilimi içerisinde şirketin ortakları bakımından başka bir şirket merkezi, dış ilişkide üçüncü kişiler bakımından ise daha önceki esas sözleşmede tescil ve ilan edilmiş olan şirket merkezi olmak üzere iki ayrı merkez söz konusu olacaktır. Şirketin merkezinin değişikliğine ilişkin olarak alınan genel kurulun iptalini talep etmek isteyen ortak, değişiklik kararı alındığı andan itibaren geçerli olduğu için bu davayı değiştirilen yeni merkezde açmak zorunda kalacak, üçüncü kişiler açısından ise şirket merkezi değişikliktan önce tescil edilen yer olarak kalmaya devam edeceğinden, onların dava açmak istemeleri halinde ticaret siciline görülen yer mahkemesi yetkili olacaktır. Düzenlemenin en önemli sakıncası bu iki başlılığa kalıcı olarak müsaade etmesidir. Şöyle ki, ortakları ve üçüncü kişiler açısından farklı iki merkez isteyen bir anonim şirkette anılan genel kurul kararı hiç bir zaman tescil edilmeyebilir. İç ilişkide tescil kurucu nitelik arz etmediğinden merkez değişikliğine ilişkin karar alındığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Bu durumda değişiklik tescil edilene kadar şirket bir anlamda iki ayrı esas sözleşmeye sahip olacaktır. Bu noktada hukuki açıdan bir şirketin iki merkezinin bulunmasının mümkün olamayacağı öne sürülse de; yeni düzenleme bizzat bu karmaşaya imkan vermektedir. Somut örnekte bir başka olasılık daha ileri sürüp şirket merkezinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı alındıktan sonra yurt dışında mukim

bir kimsenin şirketin hamiline yazılı hisse senetlerini iktisap ettiğini varsayalım. Bu kimse elektronik ortamda sicil kayıtlarına girdiğinde anılan genel kurul kararı tescil ve ilan edilmediği için başka bir merkez ile karşılaşabilecektir. Bu noktada şirket ortağı olması nedeniyle şirketin merkezine ilişkin değişikliği de takip etmesi gerektiği ve böyle bir durumda ortakların 6102 s. TTK md. 37 ile getirilen *görünüşe güven ilkesinin*²⁷ dışında tutuldukları, şirket ortağı olarak tescil ve ilan edilen husus bakımından herhangi bir çıkarı olmadığı ileri sürülebilir. Oysa ki şirketin, ortağın haklarını tanımadığı veya temsilcisinin ortağın haklarını kullanmasına engel olduğu, akabinde genel kurul toplantısına davet etmediği ve belki de kararları tam ve doğru bir biçimde bildirmediği hallerde, ortak dava açmak istediği zaman sicildeki kayda bakarak merkezi ve dava açacağı yeri belirleyeceğinden, sicil kayıtlarının ortakların çıkarları açısından bir anlam ifade etmediği söylenemez²⁸. Her ne kadar gündeme bağlılık ilkesi gereği genel kurul toplantısı öncesi gündemin ilanı gerekiyorsa da bu ilanda örneğin yeni merkezin neresi olacağının açıkça belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Maddede merkez değişikliğinin görüşüleceği ifadesinin yer alması yeterlidir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiser Yönetmeliği'nde esas sözleşme değişikliğinin yeni şeklinin de ilanı zorunlu görünmekteyse de (Komiser Yönetmeliği md. 11 b)²⁹ bu zorunluluğun sadece bakanlığın iznine tabi şirketler açısından geçerli olması bir yana, yönetmelikle getirilen bu düzenlemenin uygulanmaması halinde nasıl bir yaptırıma yol açacağı da tartışmalıdır. Tüm bu hususlar bir yana sorun genel kurul toplantısından sonra edinilen paylara ilişkindir. Şirket kötü niyetli olduğu takdirde genel merkezini pay sahibinden saklayabilecektir. Düzenleme kötüye kullanıma son derece müsaittir. Neticede verilen her iki örnek de merkeze ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde tescilin kurucu etkisinin iç ve dış ilişkide ayrılmasının son derece sakıncalı olduğunu göstermektedir.

ii. Konuyla ilgili bir başka örnek verme gerekirse 6102 s. TTK md. 492 hükmü ele alınabilir. Anılan maddeye göre “Esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir.” Genel kurulda bu yönde bir karar alınması halinde esas sözleşmede de-ğiş-

²⁷ AKDAĞ GÜNEY, 77.

²⁸ BGE 84 II 34.

²⁹ Komiser Yönetmeliği md. 11 b: „Gündemde anasözleşme değişikliği var ise değişen madde/maddelerin Bakanlıktan izin alınan eski ve yeni şekilleri,“

şikliğe gidilmesi gerekecektir. Bununla birlikte tescilin iç ilişki bakımından kurucu etkisi bulunmadığından bu karar yine alındığı andan itibaren ortaklar açısından hüküm ifade edecek, fakat dış ilişkide tescil ve ilan edilmeyen ana sözleşme değişikliğinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda alınan karar tescil edilmediği sürece bağlama aykırı bir biçimde nama yazılı hisse senedi devredilmiş olsa da, bu durum üçüncü kişiye karşı hüküm ifade etmeyecektir. Zira 6102 s. TTK md. 490/I Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebileceğini öngörmektedir. Genel kurul kararının tescil ve ilan edilmemesi halinde (ki yeni düzenleme karşısında iç ilişkide artık bir zorunluluk yoktur) anılan bağlam hükmünün iç ilişkide bağlayıcı üçüncü kişiler bakımından ise bağlayıcı olmaması gibi garip bir durum ortaya çıkacaktır. Şirketin çıkarının bağlam hükmünün duyurulmasında olduğu bu nedenle anılan kararın mutlaka tescil ve ilan edileceği söylenebilir. İşte o zaman da tescilin iç ve dış etkisi bakımından yapılan ayrımın neden gerekli olduğu sorusuna yanıt vermek gerekecektir.

iii. Konuyla ilgili bir başka örnek de sermaye artırımı veya azaltılması kararları bakımından verilebilir. Bilindiği üzere sermaye artırımı veya azaltılması esas sözleşme değişikli gerektiren ve gerek iç ilişkide ortakları gerekse dış ilişkide üçüncü kişileri ilgilendiren kararlardır. Sermaye azaltılmasına ilişkin kararın iç ilişki bakımından bildirici etkisinin varlığının kabulü halinde, genel kurulun 6102 s. TTK md. 473 gereği azaltmaya ilişkin karar alması ile birlikte bu karar iç ilişki bakımından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Her ne kadar azaltma kararının uygulanabilmesi için 475. maddede sermayenin, ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden veya teminat altına alınmasından sonra azaltılabileceği; aksi hâlde alacaklılar şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde sermayenin azaltılması işleminin tescilinin ilan edilmesinden itibaren iki yıl içinde sermayenin azaltılmasının iptali davası açabilecekleri hükme bağlanmış ise de, azaltmaya ilişkin genel kurul kararı tescil ve ilan edilmeyebileceğinden üçüncü kişiler tescil edilmeyen bir kararı iptal ettiremeyeceklerdir. Bu kararın onlar açısından hüküm ifade etmemesinin, üçüncü kişileri korumak açısından yeterli olmayacağı zira iç ilişkide azalmış bir sermayeye sahip şirketin dış ilişkide başka bir sermayeye sahip görünmesinin alacaklılar açısından hiç bir faydası olmadığı açıktır. Aynı şekilde sermayenin artırılmasına karar verildiği hallerde de iç ilişki bakımından geçerli

bir biçimde doğduğundan ortakların genel kurul kararı doğrultusunda sermaye taahhütlerini yerine getirmeleri yeterli olacak dışarıya karşı bu karar tescil ve ilan edilmediği takdirde şirket içeride ve dışarda iki farklı sermaye miktarına sahip olacaktır.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. 6102 s. TTK md. 455 bu haliyle şirketin iç ve dış ilişkide ayrı ayrı esas sözleşmelere sahip olmasına olanak sağlayan bir çok sorunu bünyesinde barındıran, her haliyle izaha muhtaç bir düzenleme olmuştur. Bir hakkın veya hukuki durumun doğumuna dış ilişkide kurucu iç ilişkide bildirici etki bağlanmasının hukuk mantığı bakımından da açıklanabilecek hiç bir yanı yoktur. Gerçekten de genel kurulun aldığı bir karara (örn. sermaye artırımı kararı) bir yandan bildirici etki tanıyarak onun genel kurul kararının alınması ile birlikte hukukten geçerli olarak doğduğunu kabul etmek; diğer yandan aslında geçerli olarak doğmuş bir hukuki durumun doğumunu tescil şartına bağlayarak ona doğmamış muamelesi yapmak kolay açıklanabilecek bir durum değildir. Özellikle bahse konu olan hakkın veya hukuki durumun doğumunun esas sözleşme değişikliklerinde olduğu üzere hem iç ilişkiyi hem dış ilişkiyi ilgilendirdiği hallerde kurucu etkiyi bölmek şirketin iki ayrı esas sözleşmeye sahip olması gibi hukuk düzeninin kabul edemeyeceği bir takım sonuçların doğmasına yol açacaktır.

Neticede bilinçli olarak veya yanlışlıkla da getirilmiş olsa bu düzenlemenin yasa yürürlüğe girmeden önce değiştirilerek esas sözleşme değişikliklerinin tescili iç ve dış ilişki bakımından bir ayırım yapılmaksızın kurucu niteliği haiz kılınmalıdır.

c. Genel Kurul Kararlarının Şirketin İnternet Sitesinde İlan Zorunluluğu ve Bunun Üçüncü Şahıslar Üzerinde Etkisi

6102 s. TTK md. 455 bir yenilik olarak genel kurul kararlarının şirketin internet sayfasında ilanını hükme bağlamıştır. Bu noktada öncelikle söz konusu ilanın esas sözleşme değişikliklerinin tescilinin kurucu ve bildirici etkisi bakımından herhangi bir sonucunun olmayacağını belirtmek gerekir. Ayrıca genel kurul kararlarının şirketin internet sitesinde yayımlanmış olması tescilin olumlu etkisi bakımından da bir hüküm ifade etmez. Zira kanun koyucu tescilin olumlu etkisini 6102 s. TTK md. 36/III de yalnızca sicil bakımından öngörmüştür. İnternet sitesinde genel kurul kararının ilan edilmiş olması üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Nitekim

6102 s. TTK'nın internet sitelerindeki ilanlara ilişkin 1524/III maddesinin gerekçesinde yönlendirilmiş mesajın, üçüncü kişi yönünden de hukukî bir anlam taşıdığı; ona dayanan tarafından, yönlendirildiği şekli ile alınmış sayılacağı belirtilmiş ancak hemen ardından "Alınmış sayılma "üçüncü kişi tarafından biliniyor" anlamına gelmez ve böyle anlama uygun sonuçlar doğurmaz. Çünkü kimse web sitesine bakmaya, ona ulaşmaya mecbur değildir." denilmek suretiyle sermaye şirketlerinin internet sayfasındaki ilanlara ticaret sicili anlamında bir fonksiyon atfedilmediği son derece açık bir biçimde ortaya konmuştur. Bu nedenle esas sözleşme değişikliğine ilişkin karar internet sitesinde yayımlanmış olsa dahi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir³⁰.

Kaldı ki esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararları üçüncü kişilere karşı yalnızca tescil ile hüküm ifade edeceğinden, karara internet sitesinde yer verilmiş olması bu ilanın kurucu bir etkisi bulunmaması dolayısıyla onlar bakımından zaten herhangi bir hukuki sonuç meydana getirmeyecektir.

IV. SONUÇ

6102 s. TTK'nın getirdiği yenilikler uzun süre tartışılmaya devam edecektir. Bu tartışmalarda amaç hiç bir zaman Kanunu ve Kanun Koyucu'yu yermek değil, aksine eleştirilerle Kanunun kullanıcılarını aydınlatmak, onlara Kanun Koyucu'nun bakış açısından farklı noktalardan bakıldığında durumun nasıl görüldüğü konusunda bir vizyon sunabilmek ve gerektiği noktalarda değişiklik yapılması için zemin hazırlamak olmalıdır. Yukarıdaki çalışma da bu bakış açısıyla kaleme alınmıştır.

Esas sözleşme gibi anonim şirketler hukukunun çok önemli konularından birisiyle ilgili olarak 6102 s. TTK iki büyük yeniliğe yer vermiştir. Esas sözleşmenin tamamının tescili ve esas sözleşme değişikliklerinin tescilinin yalnızca üçüncü kişiler bakımından kurucu etkiyi haiz kılınması şeklinde özetlenebilecek bu değişikliklerden özellikle sonuncusunun yaratabileceği sorunlar dikkate alınarak, yasanın yürürlüğe girmesinden önce değiştirilmesi karşı karşıya kalınabilecek problemlerin önüne geçilmesi bakımından önemlidir.

³⁰ AKDAĞ GÜNEY, 83 vd.

Dijital Şirket’e Geçmek İçin Sekiz Yasal Gerekçe

Dr. Leyla KESER BERBER*

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun kurumsal yaşama kazandırdığı en büyük yenilik hiç şüphesiz Dijital Şirket’tir¹. Dijital Şirket, bilgi ve iletişim teknolojilerinin fırsat ve olanaklarının maksimum ölçüde değerlendirildiği, klasik iş yapma model ve süreçlerinin bilişimle yeniden belirlendiği, bu sayede masraf ve külfetlerin azaltıldığı, daha şeffaf ve katılımcı bir şirket modelidir.

Gerek mevcut gerek yeni Türk Ticaret Kanununda yer alan hükümler çerçevesinde bir şirketin, “Dijital Şirket” olmasını teşvik eden sekiz yasal gerekçe mevcuttur. Aşağıda sırasıyla bu yasal gerekçeler incelenecektir:

1. Daha güvenilir bir haberleşme olanağı (Kayıtlı Elektronik Posta): Yeni TTK md. 18/f.3 ve md. 1525 dijital şirketin iletişimde bulunduğu tüm taraflarla bundan sonra “kayıtlı elektronik posta sistemi” üzerinden haberleşeceğini; tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi gibi sözleşmelerin elektronik ortamda düzenlenebileceğini ve kayıtlı e-posta sistemi üzerinden gönderileceğini

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü

¹ Ayrıntılı olarak bkz. Keser Berber, Leyla; Dijital Şirket, İstanbul 2011 (Vodafone Türkiye sponsorluğunda basılan kitap).

hükme bağlamaktadır. TTK md. 1525/f.2'nin yaptığı atfa istinaden Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından, 25 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ve Tebliği ile 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Kayıtlı e-Posta, normal elektronik posta yoluyla yapılan haberleşmenin hem hukuki hem teknik anlamda daha güvenilir olduğu bir elektronik haberleşme altyapısıdır. Kayıtlı e-Posta, güvenli elektronik imza ve zaman damgası ile haberleşmenin her aşamasının kayıt altına alındığı ve olası bir uyuşmazlık için elektronik delillerin yaratıldığı bir iletişim sürecidir. Yeni TTK kayıtlı e-posta'nın Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde uygulama alanlarının neler olduğunu örnek kabildinden saymaktadır. TTK dışında daha birçok alanda uygulanabilecek olan kayıtlı e-posta'nın sermaye şirketleri açısından oldukça önem taşıya bir diğer uygulama sahası da Tebligat Kanunu md. 7'A hükmü uyarınca elektronik tebligattır. Halihazırda Adalet Bakanlığı tarafından uygulama usul ve esaslarının belirlendiği Yönetmeliği üzerinde çalışılan e-tebligat, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra tüm sermaye şirketleri için zorunlu hale gelecektir. e-Tebligatın da üzerinde çalışacağı sistem kayıtlı e-posta sistemidir ve Tebligat Kanunu md. 7/a'da yer alan "tebligata elverişli adres"ten maksat da kayıtlı e-posta adresidir.

2. **e-Fatura:** Türk Ticaret Kanununa göre tacirin, elektronik ortamda oluşturduğu faturayı göndereceği platform kayıtlı e-posta sistemidir. Yine Türk Ticaret Kanunu uygulaması ve Yargıtay'ın içtihatlarına göre de; bir faturada bulunması gereken unsurlardan biri de imza unsurudur. E-faturada bu şartı güvenli elektronik imza karşılamaktadır. E-faturaya ilişkin olarak belirttiğimiz bu hususlar ile halihazırda Maliye Bakanlığı tarafından yürütülen e-fatura uygulamasının ortak bir payda da buluşturulması gerekmektedir. Maliye bakanlığın e-fatura uygulaması (www.efatura.gov.tr) güvenli elektronik imza yerine mali mühür ile çalışmakta ve faturanın gönderileceği platform olarak kayıtlı e-posta gibi sistem kullanılmamaktadır. Gerek TTK gerek Vergi Usul Kanunu açısından şirket hayatına kolaylık, hukuki ve teknik anlamda güvenlik getirebilmek amacıyla her iki mevzuatın uyumlaştırılması önem taşımaktadır.

3. **Elektronik Ticaret Sicili İşlemleri:** Yeni TTK md. 24'te de belirtildiği üzere ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Bakanlık şirketlerin öncelikle ticaret sicili ile olan iş ve işlemleri-

nin elektronik ortamda yapılabilmesini teminen MERSİS (Merkezi Sicil ve Kayıt Sistemi)'i hayata geçirmiştir. Tüm şirket işlemlerinin elektronik ortamda yapılabilmesini sağlayan MERSİS, aynı zamanda yapılmış olan bu işlemlerin elektronik ortamda nasıl tutulacağını, yani arşivleneceğini, hangi koşul ve şartlarla paylaşılacağı gibi hususları da belirli süreçlere bağlamaktadır.

4. e-Defter: Yeni TTK md. 64/f.3 hükmü uyarınca elektronik defter tutulması olanaklı hale gelmiştir. Hatta bu hüküm, elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağını Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanacak bir tebliğle belirleneceğini öngörmektedir. Aynı hüküm mevcut TTK'ya da 12 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan torba kanunla yapılan değişiklik ile ilave edilmiştir. mevcut TTK'ya göre bu tebliğin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından ortaklaşa çıkartılması öngörülmektedir. E-Defterler açısından önem taşıyan noktalar şunlardır: e-defter tutmaya elverişli yazılımların hangilerinin olduğunun mutlaka belirlenmesi, belirlenen kriterlere uygun olup olmadığının da mutlaka akredite edilmesi gerekmektedir. Ancak akredite edilmiş yazılımları kullanarak tacirlerin e-defter tutması mümkün olmalıdır. Defterlere girilecek her kaydın ve bu kayıtlarda yapılacak her değişikliğin güvenli elektronik imza ve zaman damgası ile yapılması, defterlerde yer alan kayıtların doğruluk ve bütünlüklerini sağlayacağı gibi denetim açısından da son derece faydalı olacaktır.

5. e-Arşivleme: e-Defterlere ilişkin 64. madde ve Yeni TTK anlamında genel olarak saklama ve ibrazı düzenleyen 82. maddeye göre; şirketin yaşam döngüsü sırasında oluşturulan ve Kanunda belirtilen tüm belgelerin elektronik olarak arşivlenmesini de olanaklı kılmaktadır. E-Arşivleme için Kanunun yerine getirilmesini öngördüğü isterler; saklama süresince bu bilgilere erişilebilmesinin ve okunabilir olmasının sağlanması ve yapılan değişikliklerin izlenebilir olmasıdır.

6. İnternet Sitesi: Yeni TTK 1524. maddesiyle her sermaye şirketinin gerek makro ölçekte elektronik ticaret yapmak amacıyla gerek mikro ölçekte daha şeffaf, hesap verebilir bir yapıya dönüşmek amacıyla "internet sitesi" kurması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu İnternet sitesi, şirketlerin mutlaka alan adı olarak

tescil ettirmeleri gereken “web sitesi” değildir. 1524. maddenin istediği bilgilere üçüncü kişilerin erişimini internette sağlayan herhangi bir site yeterli olacaktır. İnternet sitesinin bu bölümü herkesin erişimine açık olup, sermaye şirketleri “engelli” vatandaşların da sitede yer alan bilgilere erişimlerini sağlamak amacıyla ilgili uluslar arası standartlara göre internet sitesini oluşturmak zorunda olacaklardır. Bu şekilde oluşturulan internet sitesi şirket adı ve şirketin MERSİS No’su ile birlikte tescil ve ilan edilecektir. Şirketler internet sitesi kurulmasına ilişkin yükümlülüğü kendileri yerine getirebilecekleri gibi bu konuda destek hizmeti de alabileceklerdir. Merkezi ortak veri tabanı hizmet sağlayıcılar olarak adlandırılan bu süjeler, 1524. maddedeki isterlere uygun bir internet sitesi oluşturulması, MERSİS ile entegrasyonun sağlanması ve sitenin yine 1524. maddeye uygun bir şekilde işletilmesi konusunda destek vereceklerdir. 1524. maddenin 6. fıkrasında her ne kadar internet sitesinde yer alan içeriğin yazdırılacağı, notere tasdikli bir deftere sıra numarası ile yapılandırılacağı yazılı ise de, güvenli elektronik imzanın Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki uygulama alanına ilişkin 1526. madde hükmü karşısında bu hükmün uygulama kabiliyeti dijital Şirket açısından yoktur. Şöyle ki; internet sitesinde yer alan her kayıt ve bu kayıtlara ilişkin değişiklikler gibi her işlem güvenli elektronik imzalı ve zaman damgalı olduğu sürece, bu içeriğin ayrıca yazdırılmasına ve noter tasdikli bir defterde saklanmasına gerek yoktur. Bilakis internet sitesinde bulunmaları gereken süre geçtikten sonra bu içeriğin elektronik olarak arşivlemesi gerekli olacaktır.

7. Güvenli Elektronik İmza ve Zaman Damgası Kullanımı:

TTK 1526. madde 1. fıkrasında öncelikle güvenli elektronik imzanın TTK kapsamında uygulanmasının mümkün olmadığı alanları saymaktadır. Bu hükme göre; özellikle poliçe, bono ve çek güvenli elektronik imza ile tanzim edilemeyecektir. 3. fıkra hükmü ise Dijital Şirket açısından son derece önem taşıyan bir düzenlemedir. Buna göre; Türk Ticaret kanununun zorunlu tuttuğu bütün işlemler ve bu işlemlerin dayanağı olan bütün belgeler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile düzenlenebilecektir. Bu işlemlerin ne zaman yapıldıklarının tespiti açısından da güvenli elektronik imzaya, zaman damgasını eklemek gerekecektir. 4. fıkra hükmü elektronik imzada temsil konusunu düzenlemektedir. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununa göre güvenli elektronik imza sadece gerçek kişilere verilmektedir. Tüzel kişiler ancak kanunen öngörülen organlarını temsil eden gerçek kişiler aracılığıyla imza atabildikleri için, güvenli

elektronik imzayı da şirket adına imza yetkisini haiz olan kişiler alabilmektedir. Güvenli elektronik imzada nitelikli sertifika içinde temsil yetkisine sahip kişinin kimlik bilgileri ve temsil ilişkisi dolayısıyla bu imzayı kullandığı belirtilirken, MERSİS'te de temsil ilişkisi ve detayları tescil ve ilan edilecektir. 1526. madde tüzel kişiler ve temsil sorununa temel hukuk ilkelerimize uygun, yerine bir çözüm getirmektedir.

8. Elektronik Ortamda Toplantı Yapma Olanakları: Dijital Şirket'in elektronik olarak etkileşimde bulunduğu paydaşlardan bir grubu da, şirketin ortakları, hissedarları, yöneticileri, üyeleridir. Şimdiye kadar fiziki olarak yapılan şirket toplantıları, 1527. maddeye göre bundan sonra elektronik ortamda yapılabilecektir. 1527. madde tamamen elektronik ortamda yapılan toplantı veya hibrid (hem elektronik hem fiziki) toplantı yapılmasına olanak sağlamaktadır. Elektronik ortamda toplantı yapılabilmesi için şirketlerin 1527. maddenin 3. fıkrasında belirtilen kriterleri yerine getirmeleri gerekli ama yeterli koşul değildir. Bu fıkra da belirtilen hususlara ek olarak, şirketlerin elektronik ortamda toplantı yapmayı sağlayacak bir bilişim sistemine de sahip olmaları veya bu konuda destek hizmeti alaları gerekmektedir. Bu bilişim sisteminin sağlaması gereken en önemli husus ise oyun gerçek sahibi tarafından kullanılmasını sağlamak amacıyla güvenli elektronik imza/zaman damgası kullanımını temin edecek şekilde tasarlanmasıdır. Elektronik ortamda toplantıya katılma ve oy kullanma sistemi, payları borsaya kote edilmiş şirketler açısından uygulanması zorunlu bir sistem olacaktır. Diğer şirketler ise şirket sözleşmesi veya esas sözleşmede bu konuda açık bir hüküm bulunması kaydıyla elektronik ortamda toplantı yapabileceklerdir. Elektronik ortamı kullanmak isteyenlerin şirkete bildirmeleri gereken e-posta adresi kayıtlı e-posta adresi olabileceği gibi diğer bir elektronik posta adresi de olabilecektir.

Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket Ortaklarının Bilgi Alma, İnceleme ve Özel Denetim İsteme Hakları*

Soner ALTAŞ¹

ÖZ:

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirket ortaklarına yeni haklar tanınmış, böylece 6762 sayılı eski TTK'daki haklar daha da zenginleştirilmiştir. Yeni TTK'ya göre, limited şirket ortakları, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi talep edebilecek ve belirli konularda inceleme yapabileceklerdir. Yine, limited şirket ortakları, ortaklık haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde, özel denetim talebinde bulunabileceklerdir. Oysa, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, özel denetim isteme hakkını sadece anonim şirket pay sahipleri için öngörmüş, limited şirket ortaklarına bu yönde bir hak bahsetmemiştir. Bu çalışmada, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirket ortaklarına tanıdığı bilgi alma, inceleme ve özel denetim isteme hakları üzerinde durulmaktadır.

1. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu² (YTTK)³, limited şirket ortaklarına modern şirketler hukuku anlamında geniş bilgi alma ve inceleme

* Bu çalışmada belirtilen görüşler yazarına ait olup, çalıştığı Kurumunu bağlamaz.

¹ Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi

² 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 14 Şubat 2011 tarihli, 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hakkı tanımıştır⁴. Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatına uyum çerçevesinde, yeni TTK'da limited şirket, bir sermaye şirketi olarak anonim şirket ile aynı denetleme sistemine bağlanmış⁵, bu çerçevede, limited şirket ortaklarına da özel denetim isteme hakkı getirilmiştir. Oysa, halihazırda yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, özel denetim isteme hakkı sadece anonim şirket pay sahiplerine tanınmıştır(ETTK, m.348).

Bu yönüyle, 6762 sayılı eski TTK'da limited şirket ortaklarına tanınan hakların, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yeni haklarla zenginleştirildiğini söylemek mümkündür. İşte, bu çalışmamızda, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirket ortaklarına tanıdığı bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme hakkı ele alınacaktır.

2. YTTK'YA GÖRE LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

YTTK'ya göre, limited şirket ortaklarından her biri, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir(YTTK, m.614/f.1).

Bununla birlikte, Kanun, limited şirket müdürlerine bazı koşulların varlığında ortakların bilgi alma hakkını engelleme imkanı da tanımıştır. Buna göre, eğer ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi var ise, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir(YTTK, m.614/f.2). Ancak, dikkat edileceği üzere, yasa koyucu, müdürlere tanınan bu yetkiyi “elde edilecek bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi”ne özgülemiş ve “gerekli ölçüde” engellenilmesini öngörmüştür. Böyle bir tehlike yok ise, ortağın bilgi alması ve inceleme yapması engellenemez. Ya da, ortağın istediği bilgilerden veya inceleme yapacağı konulardan bazıları böyle bir tehlike ihtimalini barındırıyorsa, sadece bu hususlarla ilgili engelleme

³ Çalışmamızda, karışıklığa sebebiyet vermemek için, 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Kanun için Eski Türk Ticaret Kanunu manasında ETTK, 13 Ocak 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu için de Yeni Türk Ticaret Kanunu manasında YTTK kısaltmaları kullanılacaktır.

⁴ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

yapılmalıdır, diğer konulardaki talepleri ise karşılanmalıdır, yoksa ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı külliye engellenmemelidir.

Buna karşılık, ortak tarafından istenilen bilgilerin, ister elde edilecek bilgilerin şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesinin bulunması ister böyle bir tehlike bulunmamakla birlikte anılan kapsama sokulmak suretiyle limited şirket müdürleri tarafından engellenmesi, bir başka deyişle reddedilmesi durumunda, ortak istediği bilgilerin kendisine verilmesi ve belirli konularda inceleme yapmasına izin verilmesi için genel kurula başvurabilecektir. Bu durumda, ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmamasına genel kurul karar verecektir(**YTTK, m.614/f.2**). Kanunun, bu konuda ortağın başvurusunu şart koşmakta olduğunu altını çizelim. Yoksa, müdürlerin talebi reddetmesi üzerine genel kurul re'sen toplanıp bu konuda bir karar alamaz.

Genel kurul, bu konuda müdürün veya müdürler kurulunun kararını yerinde görüp ortağın bilgi alma talebinin reddine karar verebileceği gibi, ortak lehine bir karar alarak ortağa şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi verilmesine ve belirli konularda inceleme yapmasına izin de verebilir.

Eğer genel kurul da, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortak mahkemeye müracaat edebilir. Ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir ve anılan karar kesindir(**YTTK, m.614/f.3**). Buna karşılık, ortağın, mahkeme müracaat edebilmek için, Kanunun 614. maddesinde öngörülen usule uygun hareket etmesi gerektiğini vurgulamakta fayda vardır. Örneğin; ortak, talebinin müdürlerce reddedilmesi üzerine doğrudan mahkemeye başvuramaz, böyle bir durumda önce genel kurula başvurması ve genel kurulun talebini haksız yere engellemesi durumunda nihaî mercî olarak mahkemeye başvurması gerekir.

Ancak, mahkemeye müracaata ilişkin m.614/f.3 hükmünde yer alan “bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse” ibaresinin tereddüde yol açabileceği kanısındayız. Zira, anılan hüküm, ortağın mahkemeye başvurması için genel kurulun talebi haksız yere engellemiş olmasını öngörmektedir. Peki, “genel kurulun, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellediğini” -mahkeme olmayacağına göre- kim kararlaştırı-

caktır? Genel kurul “elde edilecek bilgilerin şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi” bulunduğuna karar verip ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını engellediği takdirde, bu karar haksız yere engelleme olarak değerlendirilebilecek midir?

Kaldı ki, YTTK’nın engelleme için haklı bir gerekçe olarak gördüğü “bilgilerin şirketin zararına olacak şekilde kullanılması tehlikesi” dahi subjektiftir. Zira, şirket müdürünün tehlike olarak gördüğü husus genel kurul tarafından tehlike olarak addedilmeyebilir. Yine, şirket müdürlerinin veya genel kurulun tehlike olarak gördüğü hususlar, mahkeme tarafından tehlike olarak değerlendirilmeyebilir. Kanımızca, anılan hükümde herhangi bir koşul öngörülmeyp, ortağın genel kuruldan da olumlu bir sonuç alamaması durumunda mahkemeye başvurusunun öngörülmesi ve genel kurulca verilen kararın haklı olup olmadığının değerlendirilmesinin de mahkemelere bırakılması daha uygun olurdu.

3. YTTK’YA GÖRE LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

YTTK’nın 635. maddesinde, anonim şirketin özel denetime ilişkin hükümlerinin limited şirkete de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Özel denetim isteme hakkı ise YTTK’nın 438 ila 444’üncü maddelerinde ele alınmıştır. Bunun yanında, YTTK’nın 207 ve 406’ncı maddelerinde, şirketler topluluğunda özel denetçi atanmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla, limited şirket ortaklarının özel denetim isteme haklarına aşağıda başlıklar halinde değinilmiştir.

3.1. YTTK’ya Göre Özel Denetçinin Atanması

Özel denetçinin atanması, özel denetim talebinin genel kurul tarafından kabul edilmesi ve reddedilmesi esas alınarak, iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

3.1.1. Genel Kurulun Kabulü Halinde Özel Denetçinin Atanması

Limited şirket ortaklarından her biri, *ortaklık (paysahipliği) haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya in-*

celeme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer alması bile genel kuruldan isteyebilirler (YTTK, m.635, m.438/f.1). Limited şirket genel kurulu, bu talebi oylamak zorundadır. Yapılacak oylama sonucunda, genel kurulun talebi onaylaması durumunda, şirket –*şirket adına müdür ya da müdürler kurulu-* ya da ortaklardan herhangi birisi, **otuz gün içinde**, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir⁶(YTTK, m.635, m.438/f.2).

Limited şirket ortağının bu hakkı genel kurulun iradesini bağlayan bir öneri hakkı değildir. Oylanması zorunlu olmakla birlikte genel kurul öneriyi reddedebilir. Ancak, genel kurulun talebi reddetmesinin önemli bir sonucu vardır: Red üzerine azlık, mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir; yani genel kurulun reddi ortaya azlık hakkını çıkarır. Sistem, genel kurulun red kararıyla talebin etkisiz kalmasına olanak bırakılmayacak tarzda oluşturulmuştur. Ayrıca, taleple birlikte denetim mekanizmasının harekete geçmesi sağlanmıştır. Gerçekten bir pay sahibi özel denetim talebinde bulunmuşsa, genel kurulun bu talebi reddetmesi mekanizmayı durdurmadığı gibi, genel kurul talebi kabul edip, istediği kişiyi özel denetçi seçerek denetimin istediği gibi yapılmasını sağlayamayacaktır. Her iki halde de, özel denetçiyi mahkeme seçecek, özel denetim gerçekleşecektir⁷.

YTTK’da özel denetim talebinin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi bir önşarta ve bazı maddî şartların varlığına bağlanmıştır. Maddî şartlar bir anlamda gereklilik şartlarıdır. Önşart, özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır. Bu şartın gerçekleştiği genel kurul tutanağıyla ispatlanır. Önşart özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakla, iki kurumun birlikte yorumunu gerekli duruma getirmektedir. Önşart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapıl-

⁶ 14.01.2011 tarih ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 27. maddesine göre, ETTK’ya göre atanmış özel denetçi eğer YTTK’nın yürürlüğe gireceği 1 Temmuz 2012 tarihinde henüz raporunu vermemiş olur ise, görevini YTTK hükümlerine göre yerine getirir. Ancak, bu özel denetçi, ister ise, tazminat ödemeksizin veya herhangi bir yaptırıma uğramaksızın, görevinden de ayrılabilir.

⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

masını da önlemek amacına yöneliktir⁸.

Birinci maddî şart, özel denetimin paysahipliği haklarının, özellikle oy hakkının kullanımı yönünden gerekli olmasıdır. Başka bir deyişle, ortağın bu öneriyi yapabilmesi için, oyunu kullanabilmesi yönünden bilgi alması gerekli olmalıdır. Bu bağlantı ile şirket dışı menfaat sağlamak, bir kararı önlemek veya taktik bir üstünlük elde etmek amacıyla talepte bulunarak özel denetim kurumunun kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. İkinci şart, özel denetimin konusunu belirli olayların oluşturmasıdır. "Belirli" ile, belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmemiştir. "Belirli", olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına gelir. Belirli konu şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hakim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir. Bağlı şirket veya şirketler hakkında özel denetim talebinde bulunmak ise, "bağlılık" unsuruna rağmen, bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliği sebebiyle sınırlara tabidir. Özel denetimin ilgili şirkette, yani yerinde yapılamaması, bağlı şirketten kanunî şartlara bağlı kalınarak bilgi alınabilmesi şirketteki "sınırlar"ın bazılarını oluşturur⁹.

Öte yandan, özel denetim talebinde sadece ortak bulunabilir. İntifa hakkı sahibine ve alacaklılara bu hak tanınmamıştır. Söz konusu hakkın anılan kişilere sözleşme ile verilip verilemeyeceği tartışmaya açıktır. Bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış ortak ile özel denetim isteyen ortağın aynı kişi olması zorunlu değildir; ancak konu aynı olmalıdır¹⁰.

Yine, genel kurulda bu konuda talepte bulunma, mahkemeye başvuru için tüketilmesi gerekli bir aşamadır. Genel kurul talebi kabul etmiş olsa bile, özel denetçi mahkemece atanır. Bu yolla tarafsızlık sağlanmış, kuruma güven kazandırılması amaçlanmıştır¹¹.

⁸ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

¹⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

¹¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

3.1.2. Genel Kurulun Reddi Halinde Özel Denetçinin Atanması

Limited şirket ortaklarına, gündemde yer almasa dahi genel kuruldan özel denetim isteme hakkı tanınmakla birlikte, genel kurulun bu isteği onaylama zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, limited şirket genel kurulu, anılan isteği reddetme hakkına sahiptir. Bu duruma ilişkin olarak YTTK'nın 439. maddesinin birinci fıkrasında *“Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri¹² üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir.”* denilmektedir. Ancak, davanın, genel kurulun özel denetim istemini reddettiği tarihten itibaren **üç ay içerisinde** açılması gerekmektedir (YTTK, m.439/f.1). Dolayısıyla, anılan sürenin geçirilmesi ile birlikte, dava açma hakkı da düşecektir.

Buna karşılık, anılan hükümler anonim şirketler için öngörülmüştür. Yani, anonim şirketin paysahibi özel denetim talebinde bulunmuş, ancak talep genel kurul tarafından reddedilmişse, sadece azlık mahkemeden özel denetçi tayin etmesini isteyebilir¹³. Fakat, 635. maddenin yollaması çerçevesinde, anılan fıkra hükmünün limited şirket ortakları açısından nasıl uygulanacağı açık değildir. Örneğin, şirket sermayesinin %5'ine sahip olan ortak, özel denetim isteminin genel kurulca reddi halinde mahkemeye başvurabilecek midir? ETTK'da limited şirketler için özel denetim isteme hakkının öngörülmemiş olması nedeniyle, bu konuda karşılaştırma yapılacak yerleşmiş bir uygulama da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sadece azlığa tanınan mahkemeye müracaat hakkının, limited şirket ortakları açısından nasıl uygulanacağının öğretisi ve içtihatla açıklığa kavuşacağı kanısındayız. Böylece, “mahkemeye müracaat konusunda ortağın şirketteki sermaye payına bakılıp %10'luk şart aranacak mı, yoksa sermaye payının tutarına bakılmaksızın her ortak bu haktan yararlanabilecek mi” tartışması netleşmiş olacaktır.

¹² “Sermayesi çok büyük olan şirketlerde, hükümdeki yüzdelere ulaşılması güç olabileceğinden sabit bir miktar da öngörülmüştür.” Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

¹³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

Diğer yandan, YTTK, dilekçe sahiplerinin, “kurucuların veya şirket organlarının”, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara¹⁴ uğrattıklarını, “**ikna edici bir şekilde ortaya koyma**”ları halinde, özel denetçinin atanacağı öngörülmüştür¹⁵ (YTTK, m.635, m.439/f.2). Bu hüküm, bir anlamda, özel denetçinin, hangi hallerde atanabileceğine de işaret etmektedir. Buna göre, mahkeme tarafından özel denetçi atanabilmesi için, “kurucuların veya şirket organlarının (müdür/müdürler kurulu veya genel kurul), kanunu veya şirket sözleşmesini ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratmış olması” ve de bu durumun “dilekçe sahibi tarafından ikna edici bir şekilde ortaya konulmuş olması” gerekecektir.

İhlâl limited şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılığı da kapsar. Bu ek şartın usul hukuku anlamında muteber delillerle ispatı şart koşulmamış, ikna edici olgularla veya inandırıcı bir şekilde ortaya konulması yeterli görülmüştür. Zarar ile borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesi kastedilmiştir¹⁶.

Mahkeme bu konudaki kararını vermeden dilekçe sahibini (sahiplerini) dinlemek zorunda olduğu gibi bütün maddî ve şekli şartları da ara-

¹⁴ “Mahkemenin, azlığın talebi üzerine özel denetçi atayabilmesi için, 438’inci madde-deki şartların somut olayda var olup olmadıklarını incelemesi yanında, ikinci fıkrada yer alan şartı da araması gerekir. Söz konusu ek şart, kanunun veya esas sözleşmenin ihlâl edilmesi suretiyle şirketin veya paysahiplerinin zarara uğratılmış olmasıdır. İhlâl anonim şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılığı da kapsar. Bu ek şartın usul hukuku anlamında muteber delillerle ispatı şart koşulmamış, ikna edici olgularla veya inandırıcı bir şekilde ortaya konulması yeterli görülmüştür. Zarar ile borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesi kastedilmiştir.” Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu

¹⁵ “Talebin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, paysahibinin bu öneriyi yapabilmesi bir önşarta ve bazı maddî şartların varlığına bağlanmıştır. Maddî şartlar bir anlamda gereklilik şartlarıdır. Önşart, özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır. Bu şartın gerçekleştiği genel kurul tutanağıyla ispatlanır (m.422).Önşart özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakla, iki kurumun birlikte yorumunu gerekli duruma getirmektedir. Önşart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasını da önlemek amacına yöneliktir.” Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu

¹⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

makla yükümlüdür. "İkna edici" olma şartı burada değerlendirilir¹⁷. Mahkeme meslekî bilgi ve deneyimine göre "ikna edici" olma unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecek ve eğer talebi yerinde görürse, "*istem (talep) çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek*" bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirecektir. Mahkemenin bu konuda vereceği karar kesindir (YTTK, m.635, m.440). Yani, YTTK, özel denetçi tarafından incelenecek hususların çerçevesini çizme ve sınırlarını belirleme hususunu da mahkemeye bırakmaktadır.

3.2. YTTK'ya Göre Özel Denetimin Konusu ve Kapsamı

Özel denetimin konusu, genel kurulun özel denetim talebini kabul edip etmemesine göre farklılık arz edecektir. Şöyle ki, YTTK'nın 438'inci maddesine göre "*belirli olayların*" özel bir denetimle açıklığa kavuşturulması mümkün olabilecektir. Ancak, bunu temin için, şirket ortaklarından gelen özel denetim talebinin *genel kurul tarafından kabul edilmesi* gerekecektir. Bu itibarla, genel kurulca kabul edilmesi durumunda, *bilançonun gerçekliğini veya tereddüt doğuran noktalarını incelemek başta olmak üzere, şirketin kuruluşuna veya idare işlerine ilişkin usûlsüzlüklerin veya kanun ya da şirket sözleşmesi hükümlerine aykırılıkların özel denetçi vasıtasıyla denetlenmesi mümkün olabilecektir.*

Özel denetim isteme hakkının *genel kurul tarafından reddedilmesi*, bu nedenle de mahkemeye müracaat etmek zorunda kalınması durumunda ise, özel denetim istenecek alan daralmaktadır. Zira, bu durumda, sadece *'kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya şirket sözleşmesini ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıkları, ikna edici bir şekilde ortaya koyulduğu'* takdirde, özel denetçi atanabilecektir (YTTK, m.635, m.439/f.2). Yani, ortak yine bilançonun gerçekliğinin araştırılması için mahkemeye müracaat edebilecektir. Ancak, bu talebin mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için, ortağın, "bilançonun gerçekliği" ile "şirketin veya kendilerinin zarara uğratılması arasında bir bağ tesis etmesi gerekecek, yani, ilgili şirket organlarının, kanunu veya şirket sözleşmesini ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını", ikna edici bir şekilde mahkemeye kanıtlamak zorunda kalacaktır. Diğer bir anlatımla, sadece "bilançonun gerçeği yansıtmadığı" soyut iddiası ile mah-

¹⁷ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

kemeden özel denetçi atanması talebinde bulunulması durumunda, bu talep yerinde görülmeyecektir.

Şirketler topluluğunda ise durum biraz farklıdır. Zira, YTTK'nın 207. maddesine göre, “denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi” tarafından, **“bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın var olduğu yönünde görüş bildirilmesi”** durumunda, bağlı şirket konumundaki limited şirketin ortaklarından herhangi birisi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden **özel denetçi atanmasını** isteyebilecektir. Ancak, , bu hak sadece bağlı şirketin ortaklarına tanınmakta ve sadece “denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin görüş belirttiği hilenin veya dolanın” açıklığa kavuşturulmasını kapsamaktadır.

YTTK'nın 406. maddesinde ise, **topluluk ilişkileri için özel denetçi atanması** düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “denetçinin, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazması” ya da “müdürün ya da müdürler kurulunun, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukukî işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklaması” durumunda, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından, **şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere** özel denetçi atanabilecektir. Ancak, bunu temin için, bağlı şirket konumundaki limited şirketin ortaklarından herhangi birisinin mahkemeye müracaatla bu yönde bir talepte bulunması gerekecektir (YTTK, m.406).

3.3. YTTK'ya Göre Özel Denetim Raporu

Mahkeme tarafından atanan özel denetçi, denetim görevinin bitimini müteakip, yaptığı incelemenin sonucu hakkında, **şirketin sırlarını da koruyarak**, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir (YTTK, m.635, m.442/f.1). Mahkeme, bu raporu şirkete tebliğ eder (YTTK, m.442/f.2). Özel denetçi kendisine verilen görev çerçevesinde herşeyi inceler, fakat her bilgiyi ve tespitini raporuna koyamaz; şirket sırlarını ve şirketin kuru-

nacak menfaatlerini gözetmek zorundadır. Müşteri ve tedarikçi firmaları listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikrî mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler şirket sırlarının başında yer alır. Şirket sırları, özel denetimin amacı ve konusu yönünden zorunlu ise ve zorunlu oldukları ölçüde açıklanabilir. Aynı kural şirketin korunmaya değer menfaatleri (projeleri, yatırımları, kurduğu, kurmakta olduğu ticarî, sınai, finansal vs. ilişkiler gibi) için de geçerlidir¹⁸.

Bunun yanında, YTTK'da, mahkemece, “*şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar*” verileceği de öngörülmektedir (YTTK, m.635, m.442/f.2). Hüküm neyin açıklanıp neyin açıklanmayacağını özel denetçiye değil, şirketin talebi üzerine mahkemeye bırakmıştır. Mahkeme, şirket sırları ve korunmaya değer menfaatleri yönünden raporda (taslakta) bir ayıklama (temizleme) işlemi yaptırır. Mahkemece gerçekleştirilen bu ayıklama usulü, hükmün menfaatler dengesini sağlayan bir diğer özelliğidir. Çünkü, sistem özel denetçinin raporu yazıp vermesine, şirketin ve dilekçe sahiplerinin bir sürpriz veya oldu bitti ile karşılaşmalarına müsait değildir¹⁹.

Raporun açıklanması üzerine, mahkeme, “şirket ve istem sahiplerine”, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirme ve ek soru sorma imkânı tanır (YTTK, m.635, m.442/f.3)²⁰. Bu konudaki hüküm emredici mahiyette olup, mahkemeye takdir hakkı bırakmamaktadır. Dolayısıyla, açıklanan özel denetim raporu hakkında, şirkete ve özel denetim talebinde bulunanlara, rapor hakkındaki değerlendirmelerinin ve ek sorularının bulunup bulunmadığının, mahkemece sorulması gerekir.

Değerlendirmelerin alınmasını takiben de, limited şirket müdürü veya müdürler kurulu, özel denetim raporunu ve buna ilişkin değeren-

¹⁸ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

¹⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

²⁰ “Üçüncü fıkra ayıklanmış rapor taslağı hakkında şirkete ve dilekçe sahiplerine görüş beyan etmek ve ek sorular sormak olanağını tanıyarak amaca hizmet etmeyen ve şirkete zarar verebilecek bir rapor verilmesine engel olunmak istenmiştir.” Bkz. 442. madde gerekçesi.

dirmeleri, toplanacak olan ilk genel kurula sunar (YTTK, m.635, m.443/f.1). Yine, Kanuna göre, her bir ortak, bu genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içinde, şirketten anılan özel denetim raporunun ve rapora ilişkin müdürün/müdürler kurulunun görüşünün birer suretinin verilmesini isteyebilir (YTTK, m.635, m.443/f.2).

3.4. YTTK'ya Göre Özel Denetim Raporlarının İlân Edilmesi

YTTK'nın 1524'üncü maddesinin birinci fıkrasının (j) bendine göre, özel denetçinin raporlarının şirketin internet sitesinde yayımlanması gerekmektedir. Bu itibarla, özel denetçi tarafından düzenlenecek raporlar da, tıpkı denetçi ve işlem denetçisi raporları gibi, limited şirketin internet sitesinde ilan edilecektir. Ancak, bir önceki bölümde de belirtildiği üzere, özel denetim raporunda neyin açıklanıp neyin açıklanmayacağına mahkemece karar verilecektir. Bu bağlamda, mahkemenin, açıklanmasını yasakladığı kısımların internet sitesinde yayımlanmayacağı da tabidir.

3.5. YTTK'ya Göre Özel Denetim Giderlerinin Karşılansması

Özel denetçinin atanmasına ilişkin giderler, özel denetim isteğinin genel kurul tarafından kabul edilip edilmemesine göre farklılık arz edecektir. Şöyle ki, özel denetim talebinin genel kurulca kabul edilmesi durumunda, özel denetçiye ilişkin giderler şirket tarafından karşılanacaktır (YTTK, m.635, m.444/f.2). Özel denetçinin, genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi üzerine, mahkeme tarafından atanması durumunda ise, şirket tarafından ödenmesi gereken avans ve giderler, mahkemece belirlenecek ve belirtilecektir (YTTK, m.635, m.444/f.1). Hatta, özel hâl ve şartların haklı göstermesi hâlinde, bu giderler, kısmen veya tamamen istem sahiplerine yükletilebilecektir (YTTK, m.635, m.444/f.1).

4. ÖZET VE SONUÇ:

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre, limited şirket ortaklarından her biri, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir. Ancak, ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi var ise, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir. Bilgi alma ve inceleme hakkının limited şirket müdürle-

rincedir reddedilmesi halinde ise, ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmamasına genel kurul karar verecektir. Eğer genel kurul da, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortak mahkemeye müracaat edebilir. Ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir ve anılan karar kesindir.

Diğer yandan, limited şirket ortaklarından her biri, ortaklık haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını genel kuruldan isteyebilirler. Limited şirket genel kurulu, bu talebi oylamak zorundadır. Yapılacak oylama sonucunda, genel kurulun talebi onaylaması durumunda, şirket ya da ortaklardan herhangi birisi, otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir. Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde ise, ortaklar, üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebileceklerdir. Özel denetim talebinin genel kurulca kabul edilmesi durumunda, özel denetçiye ilişkin giderler şirket tarafından karşılanacaktır. Özel denetçinin, genel kurulun reddetmesi üzerine, mahkeme tarafından atanması durumunda ise, şirket tarafından ödenmesi gereken avans ve giderler, mahkemece belirlenecek ve belirtilcektir. Bununla birlikte, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, limited şirket ortakları yeni Kanunun getirdiği sözkonusu haklardan ancak anılan tarihten itibaren faydalanabileceklerdir.

KAYNAKÇA:

Komisyon Raporu: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, S.Sayısı:96

T.C. Yasalar (14.02.2011) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ankara: Resmi Gazete (27846 sayılı)

T.C. Yasalar (09.07.1956) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ankara: Resmi Gazete (9353 sayılı)

T.C. Yasalar (14.02.2011) 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara: Resmi Gazete (27846 sayılı)

Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü

Cüneyt BÜYÜKYAKA*

I. GENEL OLARAK:

Bilindiği üzere, 6762 sayılı mevcut Türk Ticaret Kanunu (ETTK.) yerine; 13.01.2011 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilerek 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun, 14.02.2011 Tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete yayımlanmıştır. Aynı Resmi Gazete’de 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun da yayımlanmış bulunmaktadır. Bunun dışında Kanun ile ilgili yönetmelik, tüzük ve benzeri ikincil mevzuat çalışmaları halen devam etmektedir.

Mevcut Ticaret Kanunu, elli yılı aşkın süredir uygulanan ve yerleşik bir uygulama ve içtihat birikimi oluşturmuş sisteme sahipti. Kanun koyucu, mevcut Kanunun tadili yöntemini değil, tüm Kanunun yeniden yazılması yöntemini benimsemiştir. Bunun sonucunda yeni Kanun, yepyeni müesseseler öngören ve şimdiki mevzuatımızda mevcut olan pek çok tartışmayı da sona erdiren bir yapı getirmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki yeni Kanunun tüm unsurlarının sağlıklı olarak uygulanması zaman alacaktır. Bu nedenle, yeni Kanun uygulamasında mahkemeler dışında, başta İstanbul Ticaret Sicil Memurluğu olmak üzere, tüm ticaret sicil

* Avukat

memurluklarına ve çeşitli idari kurum ve kuruluşlara büyük görevler düşmektedir. Uygulama, büyük ölçüde bu kurum ve kuruluşların da yönlendirmesi çerçevesinde şekillenecektir.

II.YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NUN (YTTK.) ŞİRKETLER HUKUKU İÇİN ÖNGÖRDÜĞÜ TEMEL YENİLİKLER:

Yeni Kanunda şirketlerle ilgili öngörülen bazı temel yenilikler kısaca şöyle özetlenebilir:

Yeni Kanunun önemli yeniliklerden birisi, murakıplık sisteminin yerine getirilen bağımsız denetim mekanizmasıdır. Yeni Kanunla mevcut sistemdeki murakıplık sistemi tamamen kaldırılmıştır. Bunun yerine, halka açık veya kapalı olduğuna bakılmaksızın, tüm sermaye şirketlerinde (anonim şirketler, limited şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler) zorunlu olmak üzere, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun, yeni bir denetim sistemi öngörülmüştür.

Yeni Kanun ile kurumsal yönetim mekanizması, yeni ilkeler çerçevesinde düzenlemiştir. Bu ilkeler özetle, şeffaflık, iyi ve hesap verebilir bir yönetim, etkili bir iç ve dış denetim olarak belirtilebilir.

Ultra Vires ilkesi kaldırılmıştır. Buna göre, şirketin iştiğal konusu dışında yapacağı işlemlerin sonuçları, üçüncü kişilerin iyi niyeti çerçevesinde korunacaktır. Yani temsile yetkili kişilerin, iştiğal konusu dışındaki işlemleri şirketleri bağlayabilecektir. Mevcut düzenlemede söz konusu işlemler yok hükmünde kabul edilmektedir.

Yeni düzenleme ile sanal ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler, bu haklar üzerinde bir sınır olmamak ve bu hakların nakdi bir değerinin olması şartıyla şirkete sermaye olarak konulabilecektir. Sermaye olarak konulan taşınmazlar ve sair aynı hakların tapu sicillerine; marka, patent, tasarım gibi hakların ise ilgili sicillerine tescil bildirimi ticaret sicillerince re'sen yapılacaktır.

Halka kapalı anonim şirketler için esas sermaye sisteminin yanı sıra, daha esnek olan ve mevcut sistemde sadece halka açık şirketler için geçerli bulunan kayıtlı sermaye sistemi de mümkün hale getirilmiştir.

Asgari sermayenin %25'i, kuruluştan önce tamamen ödenmeli, bakiye kısım ise 24 ay içinde ödenmelidir.

Mevcut düzenlemeden farklı olarak, tek kişilik anonim şirketler ve limited şirketlerin kurulması mümkün hale gelmiştir. Tek kişi ortak, bir vakıf veya dernek de olabilir. Tek kişilik şirketler, birden fazla ortaklı şirketlerle aynı kural ve ilkelere tabi olacaklardır. Birden fazla sayıda ortağı olan anonim ve limited şirket, sonradan tek kişilik ortaklığa dönüşebilecektir.

Yeni Kanun ile her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa, bu sitenin belli bir bölümünü Kanunda belirlenen bazı hususların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Bu sitenin işleyişinden yönetim kurulu görevli ve sorumludur.

Bugünkü anlamda holdingler, adına “*Şirketler Topluluğu*” denilen bağlı işletmeler hukuku olarak ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Pay sahipliği, dava hakları gibi konular ve sorumluluk halleri ayrıntılı ve genişletilerek düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kolektif ve komandit şirketlere ilişkin düzenlemelerde genel olarak bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak bu şirketlerin denetimi de modern anlayışa uygun hale getirilerek, denetimin Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olarak yapılması öngörülmüştür.

Yönetim Kurulu, Genel Kuruldan izin alarak şirketin kendi paylarını, sermayenin %10'unu geçmemek üzere satın alabilir, rehin kabul edebilir.

Yeni sistem ile azlık, haklı gerekçelerle şirketin feshini talep edebilecektir.

Hamiline yazılı paylarda pay bedellerinin ödenmesinden sonra yönetim kuruluna üç ay içinde pay senetlerini bastırıp, ortaklara dağıtma yükümlülüğü getirilmiştir. Kapalı anonim şirketlerde nama yazılı pay senetlerinin basılmasını talep hakkı azlığa verilmiştir. Mevcut düzenle-

mede böyle bir zorunluluk yoktur. Bu zorunluluklara uyulmazsa yönetim kurulu hak sahipleri tarafından dava edilebilir.

Yeni öngörülen düzenleme ile ortakların şahsi alacaklılarının alacaklarını, borçlu olan ortağın şirketteki kâr payı ve tasfiye payı ile birlikte, şirketten olan her türlü alacağından alabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yönetim Kurulu üyesinin pay sahibi olması zorunluluğu kaldırılmıştır.

Yönetim kurulu üyeleri açısından farklılaştırılmış teselsül öngörülmüştür. Bu tür teselsül, bağımsız olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının farklılaştırılmasını da sağlamaya yöneliktir. Farklılaştırılmış teselsüle göre; **hiçbir yönetici uygun nedensellik bağına göre kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu olmayacaktır.**

Yönetim kurulu toplantıları elektronik ortamda yapılabilecektir.

Paysahiplerinin şirkete borçlanması yasaklanmıştır.

Yönetim kurulu üyesi, onun yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve güvence veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.

Yönetim kurulu, görev süresi bitse bile genel kurulu toplantıya davet edebilecektir.

Genel kuruldaki oy hakkı; payın, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle kullanılabilecektir.

Genel kurul toplantıları da yönetim kurulu toplantıları gibi elektronik ortamda toplanabilecektir. Borsaya kote edilmiş şirketlerde bu husus zorunludur.

III. ESKİ VE YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE BÖLÜNME VE BİRLEŞME İŞLEMLERİ

Yeni Kanun ile öngörülen sistemi açıklamadan önce, mevcut düzende şirketlerin bölünmesi ve birleşmesine dair bazı özet açıklamalar yapılması uygun olacaktır.

A. MEVCUT MEVZUAT VE UYGULAMADA ŞİRKETLERİN BÖLÜNMESİ VE BİRLEŞMESİ

Şirketlerin birleştirilebilmesi veya bir şirketin başka bir veya birden fazla şirketi devralması mer'î Ticaret Kanunu sayesinde öteden beri mümkündür. Ancak şirketlerin bölünmesi uygulaması, birleşmeye göre çok daha yeni bir yoldur. Nitekim şirketlerin kısmi bölünmesi 2003-2004 yıllarından beri, şirketlerin tam bölünmesi ise ancak son birkaç yıldır uygulanabilmektedir.

Kısmi bölünme, mevcut düzene göre bir anonim veya limited şirketteki; bir veya birden fazla gayrimenkulün; bir veya birden fazla iştirak hissesinin; tüm unsurlarıyla mal üretim tesisinin ve/veya tüm unsurlarıyla bir hizmet işletmesinin, kayıtlı değerleri üzerinden, tamamen vergisiz olarak mevcut veya yeni kurulacak şirket veya şirketlere aynı sermaye olarak konulması imkanı vermektedir. Kısmi bölünme olarak isimlendirilen, bu vergisiz aynı sermaye koyabilme modeli Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK.)'nın 18 ve 19. maddelerinde düzenlenmiş olup, uygulama esasları “*Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ*”¹ ile belirlenmiştir.

Tam bölünme ise yine KVK.'nın 18 ve 19. maddeleri hükümlerine göre, bir sermaye şirketinin infisah ederek ortadan kalkması, şirketin bilanço kalemlerinin iki veya daha fazla yeni kurulan yahut var olan şirkete paylaştırılması, devralan şirketlerde meydana gelecek sermaye artışını temsil eden hisselerin, hakkaniyeti sağlayacak miktarda ve tarafların an-

¹ Resmi Gazete; 16.09.2003-25231

laştıkları kombinasyonda, ortadan kalkan şirket hissedarlarına bedelsiz olarak verilmesi işlemine verilen isimdir².

Birleşme ise, mer'i Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde, halen ve yoğun olarak uygulanmaktadır.

B. YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE GENEL OLARAK ŞİRKETLERİN BÖLÜNME VE BİRLEŞME İŞLEMLERİ

Dünya ticari hayatı açısından sermaye şirketlerinin ne kadar önemli bir konumda olduğu ortadadır. Gerek ekonomik hareketlilik, gerek istihdam gücü, ticari ilişkiler ve bunlara benzer birçok sebeple şirketler, özellikle sermaye şirketleri, ticari hayatta çok önemli bir yer işgal etmektedirler. Böyle bir ortamda şirketler, gelişen ve değişen ticari hayata ayak uydurmak zorundadırlar. Gelişen ticari hayatla birlikte yeni iş alanları, uzmanlık isteyen iş kolları, yurt dışı ortaklık imkanları oluşmuştur. Bu yeniliklere ayak uyduramayan şirketler giderek zayıflamakta ve yok olmaktadır. Bu nedenlerle şirketler önceleri ve halen, birleşme yoluna başvurmuşlardır. Ancak geline nokta, birleşme işlemlerinin sorunları tam olarak çözemediğini göstermektedir. Zira birleşme çoğu kez şirketi hantallaştırmakta, özel alanlarda uzmanlaşmak isteyen şirketlerin bu hedeflerine ulaşmasını karşılayamamaktadır. Ayrıca yurt dışı şirketlerle ortaklık yapmak isteyen veya bir kısım mal varlığını yabancı bir şirkete aktarmak isteyen şirketler, bunun için ağır masraflarla karşılaşmaktadırlar. Bu nedenle şirketler tarafından giderek, bölünme yoluyla yeniden yapılanma yoluna da başvurulmaya başlanmıştır. Bölünme işlemleri, özellikle son beş altı yıllık süreçte oldukça artmış bulunmaktadır. YTTK., bölünme işlemini de yeni sisteme dahil ederek, bugüne kadar KVK. ve ilgili tebliğlerle yürütülen bölünme müessesesine ayrıntılı bir hukuki temel kazandırmıştır. Yazımızın bu bölümünde, YTTK. kapsamındaki birleşme ve bölünme işlemlerinden bahsedilecektir.

Yeni Kanun, birleşme ve bölünme müesseselerini ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca bu yeniden yapılanma modellerinde personelin

² 03.04.2007 tarihli resmi gazete'de yayımlanan 1 no.lu Kurumlar vergisi Genel Tebliğinin 19.2.1. ve 20 no.lu ayırımlarında tam bölünmeyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

devralan şirkete geçişleri, hakları ve sorumluluklarına da yer verilmiştir. Yazımızda, birleşme ve bölünme konularının hukuki prosedürüne ve mevcut uygulama ile olan temel farklılıklarına değinilecektir.

Burada belirtmek gerekir ki, yeni düzen yeniden yapılanma işlemleri ile ilgili pek çok yeni hukuki müesseseyi de beraberinde getirmektedir. Bunlar arasında ayrılma akçesi, denkleştirme ödemesi, yeni toplantı ve karar nisapları, sermaye kaybı olan (özellikle borca batık olan) şirketlerin ve tasfiye halindeki şirketlerin birleşme işlemlerine katılması, kolaylaştırılmış usulde birleşme gibi. Bu konuların her biri ayrı birer makale olabilecek nitelikte ayrıntılar ve tartışmalar içeren düzenlemelerdir. İş bu yazımızda, bu müesseselerin mümkün olduğunca genel niteliklerine değinilecek, ayrıntılar ilerleyen zamanlardaki yeni yazılarımızda açıklanıp, tartışmaya sunulacaktır.

Makalede aksi belirtilmedikçe, birleşme için söylenenler, bölünme için de geçerlidir. Nitekim yeni Kanun ile öngörülen şirketlerin yeniden yapılanması müesseseleri, temel olarak birleşme üzerine kurgulanmıştır.

Yeniden yapılanma modelleri olarak birleşme, bölünme ve nev'i değişikliği Yeni Ticaret Kanunumuzda 61 madde (md. 134-194) olarak düzenlenmiştir. Mer'i Türk Ticaret Kanunumuzda tasfiyesiz yeniden yapılanma modelleri olarak birleşme ve nev'i değişikliği düzenlenmiş ve bunlara taraf olarak katılabilecek şirketlerin kapsamı oldukça sınırlı tutulmuştur. Oysa, yeni Kanun ile hem bölünme de sisteme dahil edilmiş ve özellikle birleşme açısından, yeniden yapılanma işlemlerine taraf olabilecekler oldukça genişletilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere halihazırda, bölünme müessesesi Türk Ticaret Kanununda yer almayıp, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 18 ve 19. Maddeleri ile konuya ilişkin ortak tebliğ hükümlerine göre yürütülmektedir. Bölünme müessesesinin yeni Kanun kapsamında ve oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmesi, bu hassas ve önemli hukuki kurumun, doğru Kanun'da düzenlenmesi ve tereddütleri gidermesi açısından son derece önemli bir gelişmedir. Nitekim böylesi özellikli bir yeniden yapılanma modelinin, sadece bir vergi planlaması aracıymış gibi KVK.'da yer alması ve temel özelliklerinin tebliğler ile belirlenmesi ve bu şekilde uygulanması, son derece isabetsiz ve yetersizdir. Nitekim bölünme müessesesi-

si, sadece şirketleri ilgilendirmeyip, bölünmeye taraf olarak katılan şirketlerin ortaklarını (özellikle küçük pay sahiplerini), şirket alacaklılarını ve şirket ile ilişkili üçüncü kişileri ve birçok idari birimi (ticaret sicil memurlukları, tapu sicilleri, trafik tescil memurlukları, iç ticaret genel müdürlüğü vb.) de yakından ilgilendirmektedir. Söz konusu müesseseye dair uygulamada pek çok soru ve sorun ile karşılaşmakta olup, sınırlı mevzuat ile bunları aşmak her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin külli halefiyet ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı, alacaklı rızaları, kısmi bölünen veya tam bölünerek ortadan kalkan şirketin hak sahibi olduğu izinler, ruhsatlar vb. imtiyazların bölünme ile yeni veya devralan şirkete re'sen geçip geçmeyeceği, halka açık şirketlerin bölünme işlemlerindeki usul ve esaslar gibi bir çok uygulama sorunu, uygulama ile aşılmaya çalışılmaktadır. Ancak yeni Kanunun söz konusu müesseseyi ayrıntılı bir şekilde düzenlemesi ile hemen hemen pek çok soru cevabını bulmuştur. Elbette uygulamada şimdiden öngörülemeyen sorunlar çıkacaktır. Kanımca bu sorunlar, ayrıntılı düzenlemeler ve kıyasen birleşmenin tereddütsüz şekilde uygulanabilecek olması ile çözülebilecektir.

Birleşme için öngörülen temel ilkeler arasında, mevcut sistemde de kabul edilen **külli halefiyet ilkesi** (birleşmede kalan veya yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirket ya da şirketlerin yerine geçer ve tüm malvarlığı kendiliğinden kalan veya yeni kurulan şirkete geçer), **tasfiyesiz infisah** ve **pay sahipliğinin devamı ilkeleri**, yeni Kanun döneminde de aynen geçerlidir. Yine devralma yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yolu ile birleşme türleri söz konusudur. Bölünme ise temel olarak tam ve kısmi bölünme şeklinde düzenlenmiştir.

Yeni sistemde yeniden yapılanma kararı, bir şarta veya vadeye bağlanabilir.

Yeni Türk Ticaret Kanununun yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerinde, esas itibarıyla aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Kanununa göre birleşme ve bölünmede aynı sermaye hükümlerinin uygulanmaması ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre YTTK.'nın 143. maddesine göre yeni kuruluş yolu ile birleşmede, YTTK. ile Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri **dışındaki** maddeleri yeni şirketin kuruluşuna uygulanır. Metne göre, yeni kuruluş yolu

ile birleşme yapılırsa ve bunun sonucunda anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket veya kooperatif kurulursa, kuruluştaki aynı sermaye konulmasına ilişkin genel hükümlerdeki ağır prosedür uygulanmayacaktır. Aynı şekilde devralama yolu ile birleşme hallerinde yapılacak sermaye artırımını merasimlerinde de, genel hükümlerdeki aynı sermaye konulması prosedürü uygulanmayacaktır. Yine bölünmede de YTTK.'nın 163. maddesine göre aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, bölünme sebebiyle, kayıtlı sermaye sisteminde müsait olmasa bile, tavan değiştirilmeden sermaye artırılabilir. Aynı şekilde YTTK.'nın 164. maddesine göre, bölünme çerçevesinde yeni bir şirketin kurulmasına YTTK. ile Kooperatifler Kanununun kuruluşu ile ilgili hükümleri uygulanır. Sermaye şirketlerinin kurulmasında, kurucuların asgari sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz.

Söz konusu hükümler, Kanun gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, aynı sermaye konulmasına dair genel hükümlerin, birleşme ve bölünmede uygulanmaması oldukça doğru bir düzenlemedir. Nitekim yeni Kanun yeniden yapılanma işlemlerini, yeteri kadar denetleyip, kontrol etmektedir. Örneğin birleşme raporu, birleşmenin denetlenmesi hükümleri yeterli korumayı sağlamaktadır. Birleşme ve bölünme işlemlerinin denetimi, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Sonuç olarak, genel aynı sermaye konulması hükümleri çerçevesindeki kurucular beyanı, noterin ana sözleşme şerh düşmesi ve bilirkişi aşaması gibi aşamalar, bölünme ve birleşmelerde uygulanmayacaktır.

C. BİRLEŞME VE BÖLÜNMEYE TARAF OLARAK KATILABİLECEK ŞİRKETLER (GEÇERLİ BİRLEŞME VE BÖLÜNMELER)

Yeni Kanun; birleşme işlemlerinde mer'i Kanuna göre çok daha geniş bir katılım öngörmekte ise de, yine de sınırlı sayı ilkesini kabul etmiştir. Bize göre tam serbesti, özellikle ticari hayatın önemli unsuru olan şirketlerin önünün açılması ve tasfiye olmaksızın istedikleri türde bir şirket olarak yapılanabilmelerinin sağlanması çok daha uygun olurdu. Nitekim yeni Kanun, gerek prosedürü ile gerekse alacaklıların korunması

hükümleri ile gerekli tedbirleri zaten öngörmüştür. Bu nedenle türler arası tam serbesti ilkesi kapsamında birleşme ve bölünme yapılabilmesi, gerek uygulamanın sınırsız ihtiyaçları, gerekse hukuk pratikliği ve ekonomisi için daha isabetli olurdu. Anlaşıyor ki yeni Kanun, söz konusu düzenlemede, alacaklıların korunması kaygısı nedeniyle sınırlı sayı ilkesini tercih etmiştir. Yine de yeni Kanun, şirketlerin bölünme ve birleşme işlemlerine, şimdiki ile karşılaştırılamayacak şekilde geniş bir katılım olanağı sağlamıştır. Kanun gerekçesine göre, yeniden yapılanma işlemlerine taraf olarak katılabilecek şirketlerin esas itibarıyla birbirleriyle uyumlu yapıda olmalarından hareket edildiği belirtilmiştir. Gerekçeye göre söz konusu uygunluğun belirlenmesinde ortaklık haklarının devamı ve alacaklıların korunması prensipleri de önemli bir yer teşkil etmektedir. Örneğin ortaklık haklarının devamı ilkesi çerçevesinde konuya bakıldığında, ticaret şirketinin bir vakıf ile birleşmesi mümkün olmayacaktır.

Yeniden yapılanma işlemlerine taraf olarak katılabilecek şirketleri açıklamadan önce; uygulama ve öğreti tarafından kabul edilmiş olan ancak artık yasalaşan, şirketlerin temel ayrımını açıklamak uygun olacaktır: Yeni Kanuna göre ticaret şirketleri;

- ✓ sermaye şirketleri (anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit),
- ✓ şahıs şirketleri (kollektif ve komandit şirket) ve
- ✓ kooperatif olmak üzere üç tür olarak belirlenmiştir.

Kanun, birleşmeye taraf olarak katılabilecekleri de bu ayrıma göre gruplandırmıştır. Buna göre;

➤ **Sermaye şirketleri**; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmak koşulu ile şahıs şirketleri ile birleşebileceklerdir.

➤ **Şahıs Şirketleri**; şahıs şirketleri ile devrolan şirket olmak koşulu ile sermaye şirketleri ile ve kooperatiflerle birleşebileceklerdir.

➤ **Kooperatifler** ise; kooperatiflerle, sermaye şirketleri ile ve devralan olmak koşulu ile şahıs şirketleri ile birleşebileceklerdir.

Böylece, birleşmede öngörülen şirketlerin aynı nev’iden olması şartı kaldırılmıştır yerine **türler arası serbest birleşme ilkesi** kabul edilmiştir.

Yeni Kanun’un 160. maddesi ile de, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin sermaye şirketleri ve kooperatiflere bölünebileceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre şahıs şirketleri, dernekler, vakıflar bölünmeye; dernek ve vakıflar da birleşmeye taraf olarak katılamayacaklardır. Tek kişilik anonim ve limited şirketlerin ise bölünme ve birleşmeye taraf olarak katılmalarında herhangi bir engel yoktur.

Yeni Kanunun 194. maddesi ile ticari işletmenin de birleşmeye katılması düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; *Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu hâlde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.* Bu hüküm, ilk taslakta yer alamayıp daha sonra Adalet Komisyonunca eklenmiştir.

YTTK.’da birleşmeye katılacak şirket sayısı ile ilgili bir üst sınır öngörülmemiştir.

D. YENİ KANUN ÇERÇEVESİNDE BİRLEŞME İŞLEMLERİNİN HUKUKİ PROSEDÜRÜ

YTTK. çerçevesinde, şirketlerin birleşme işlemleri için uygulanması gereken genel hukuki prosedür aşağıdaki şekildedir:

- Birleşmeye katılacak şirketlerin Yönetim Kurullarının istişaresi,
- Birleşme sözleşmesinin hazırlanması,
- Birleşme raporunun yazılması,
- Birleşme evraklarının işlem denetçisi tarafından denetlenmesi,

➤ Birleşmeye dair belgelerin (3 yıllık finansal tablolar ve yönetim kurulu faaliyet raporları, birleşme sözleşmesi ve raporu, işlem denetçisi raporu, genel kuruldan 30 gün önce ve genel kurula kadar ilgililerin incelemesine açık tutulur ve şirket internet sitesinde de yer alır) ilgililerin incelemesine sunulması,

➤ Genel kurulun toplanması,

➤ Tescil ve ilan,

➤ Alacaklıların teminat talep edebilmeleri için Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve üç ulusal gazetede ilan verilmesi (Bu ilan yedişer gün arayla üç kez verilir).

➤ Alacaklıların Teminat Talebi.

Yukarıda belirtilen birleşme prosedürünün önemli aşamalarının ayrıntıları aşağıda açıklanmıştır:

a. Birleşme Sözleşmenin Hazırlanması ve Sözleşmenin Esaslı Unsurları:

Birleşme sözleşmesi, YTTK.'nın 145 ve 146. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddelere göre; Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin, yönetim organlarınca imzalanmalı ve prensip olarak genel kurulları tarafından onaylanmalıdır. Sözleşmenin asgari ve zorunlu içeriği YTTK.'nın 146. maddesinde belirtilmiştir: Birleşme sözleşmesinin;

✓ Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,

✓ Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,

- ✓ Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
- ✓ Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
- ✓ Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
- ✓ Gereğinde ayrılma akçesini,
- ✓ Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,
- ✓ Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,
- ✓ Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini,

içermesi zorunludur.

Birleşme sözleşmesi, herhangi bir sözleşme tipine girmeyen, kendine özgü bir sözleşme türüdür. Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, İş Hukuku ve hatta Fikri Haklar ve Rekabet Hukuku unsurları içermektedir.

Birleşme sözleşmenin geçerlilik şartı, yazılı olmasıdır. Asgari ve zorunlu içerikten de anlaşılacağı üzere, birleşme sözleşmesi, birleşmenin şeklini, yönetim ve tüm temel unsurları içeren temel belgedir. Bu nedenle birleşme işlemlerinin en önemli ve hassasiyet gerektiren evrakıdır. Bugünkü uygulamada da birleşme sözleşmesi, birleşmenin ne şekilde gerçekleştirileceğini, ortakların haklarını ve diğer detayları içermektedir. Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere, Kanun'un belirttiği içerik asgaridir. Birleşmeye katılan taraf şirketler sözleşmeye, Kanunun emredici hükümlerine aykırı düşmeyen maddeler ekleyebilirler. Bu konuda bir sınırlama bulunmamaktadır. Örneğin tasfiyesiz infisah edecek bir inşaat şirketinin, infisah gününe kadar yapmış olduğu gayrimenkullerin iş bitirme belgelerini, sözleşmeye ekleyerek, ilgililere duyurmak ve bu şirketin kadrosunun devralan şirkete geçtiğini vurgulamak isteyebilir.

Sözleşme, YTTK.'da da belirtildiği üzere, yönetim organlarınca imzalanır. Mevcut uygulamada, özellikle halka açık şirketlerde yönetim kurulu, sözleşmenin imzalanması için bir veya birden fazla kişiye yetki vermektedir. Ancak yeni sisteme göre bu mümkün değildir. Nitekim Kanun gerekçesine göre, Yönetim organı bu yetkiyi başkasına, meselâ anonim şirketlerde müdürlere hatta yönetim işlevini Kanunun 367. maddeye göre devralan yönetime de devredemez. Sözleşmenin yapılması yönetim organının bir kararı ile gerçekleşir; imzayı yetkililer atar. Genel kurulların onayına kadar, birleşme sözleşmesi askıda geçerlidir. Bu sebeple, genel kurulun onayından önce bağlayıcı bir birleşme sözleşmesi yoktur. Bunun tek istisnası YTTK.'nın 156. maddede öngörülmüştür. Bu istisna aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

b. Birleşme Raporu'nun Hazırlanması:

YTTK.'nın 147. maddesi hükmüne göre, tıpkı birleşme sözleşmesinde olduğu gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları, ayrı ayrı veya birlikte, birleşme hakkında ayrıntılı bir rapor hazırlarlar. Söz konusu rapor, birleşme sözleşmesinden farklı olarak, birleşme işlemini ortakların ve hatta üçüncü kişilerin daha rahat anlamasını, şirketlerin neden birleşmeye ihtiyaç duyduklarını, birleşme sonucunda ulaşılması amaçlanan sonuçların neler olduğunu, birleşme işlemlerinin birleşme işlemine taraf olan şirketlere ve özellikle tasfiyesiz infisah edecek olan şirketin ortaklarına sağlayacağı avantajları, ayrılma akçesi öngörüldüyse buna dair açıklamaları, birleşmeye dair teknik ayrıntıların (pay değişim oranı, kat sayılar, yeni ortaklık yapıları, elde basılı olan hisse senetlerinin durumları vb.) sade ve anlaşılır şekilde açıklanmasını sağlamalıdır. Kanunun gerekçesine göre birleşme raporu, birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına somut olaydaki birleşmeye ilişkin ve bu birleşmeyi tanımlayan bilgi verilmesini amaçlamaktadır. Raporun, hükümde öngörülen konularda, aydınlatıcı, gerekçeli ve tatmin edici açıklamalar içermesi zorunludur.

YTTK.'nın 147. maddesi hükümlerine göre birleşme raporunda;

- ✓ Birleşmenin amacı ve sonuçları,
- ✓ Birleşme sözleşmesi,

- ✓ Şirket paylarının değişim oranı ve öngörülümüşse denkleştirme akçesi; devrolunan şirketlerin ortaklarına devralan şirket nezdinde tanınan ortaklık hakları,
 - ✓ Gereğinde ayrılma akçesinin tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri,
 - ✓ Değişim oranının belirlenmesi yönünden payların değerlemesine ilişkin özellikler,
 - ✓ Gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarı,
 - ✓ Öngörülümüşse, devrolunan şirketin ortaklarına, birleşme dolayısıyla yüklenecek olan ek ödeme ve diğer kişisel edim yükümlülükleri ile kişisel sorumluluklar hakkında bilgi,
 - ✓ Değişik türdeki şirketlerin birleşmelerinde, yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler,
 - ✓ Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin personeli üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği,
 - ✓ Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri,
 - ✓ Gerekliyorsa, ilgili makamlardan alınan onaylar,
- hukuki ve ekonomik yönden açıklanır ve gerekçeleri belirtilir.

Bugünkü uygulamada halka kapalı şirketlerde birleşme raporu hazırlanmasa da, halka açık şirketlerde, sermaye piyasası mevzuatı³ gereği, birleşme raporu hazırlanmaktadır. YTTK. hükümlerine göre, yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşme raporuna yeni şirketin sözleşmesinin de eklenmesi şarttır.

³ Seri I, No:31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği

Birleşme raporu için Kanun koyucunun öngördüğü bir istisna vardır. Buna göre tüm ortakların onaylaması hâlinde, küçük ölçekli şirketler⁴ birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçebilirler.

c. Birleşmenin Denetlenmesi

YTTK.'nın 148. maddesi hükümleri, birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetlenmesi hususunu ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır. Söz konusu maddeye göre, birleşmeye taraf olarak katılan şirketlerin; birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilançoyu, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisine denettirmeleri şarttır. Burada denetim ve işlem denetçisi konularından bahsetmek elzemdir.

Yeni Kanun, şirketlerle ilgili “denetim”i üç ayrı başlık halinde düzenlemiştir: **Bağımsız denetleme** (Halka kapalı olan şirketler de dahil olmak üzere hem limited hem anonim şirketler için de zorunlu olan yeni ve bağımsız bir denetim mekanizması), **özel denetçilik** ve aşağıda açıklayacağımız **işlem denetimi**.

İşlem denetimi, işlem denetçisi tarafından yapılır. İşlem denetçisi, anonim şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, sermaye azaltılmasını, birleşmesini, bölünmesini, tür değiştirmesini, menkul kıymet ihracını veya benzer nitelikteki kamu menfaatinin bulunduğu, sermaye piyasasına hitap eden bir anonim şirket tasarrufunu denetleyen, söz konusu işlemin uzmanı olan kişidir⁵. İşlem denetçisi YTTK.'nın 554.⁶ maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, işlem

⁴ Yeni Kanun sermaye şirketlerini, küçük, orta ve büyük ölçekli şirketler olarak üçe ayırmış ve bazı yükümlülüklerin (denetim vb.) şekil ve şartlarını bu ölçeklere göre belirlemiştir. Her ne kadar Kanun tasarısının ilk halinde bu ölçekler Kanun tarafından belirlenmişse de, daha sonra yapılan değişiklikle ölçek eşikleri ve kıstasları Kanun metninden çıkartılmış ve bu ölçeklerin ikincil mevzuat ile belirlenmesine karar verilmiştir.

⁵ Tekinalp Ünal, Tek Kişilik Anonim Ortaklık I, Vedat Kitapçılık 2011, syf. 290.

⁶ YTTK. “**MADDE 554-** (1) Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi; şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyen işlem denetçisi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur. Kusuru iddia eden ispatlar.”

denetçisi genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır. İşlem denetçileri ile ilgili olarak, YTTK.'da bağımsız denetçiler için düzenlenen 400.⁷

⁷“**Denetçi olabilecekler: MADDE 400-** (1) Denetçi, ancak ortakları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Orta ve küçük ölçekli anonim şirketler, bir veya birden fazla yeminli mali müşaviri veya serbest muhasebeci mali müşaviri denetçi olarak seçebilirler. Bağımsız denetleme kuruluşlarının kuruluş ve çalışma esasları ile denetleme elemanlarının nitelikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir. Aşağıdaki hâllerden birinin varlığında, yeminli mâlî müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, bağımsız denetleme kuruluşu ve bunun ortaklarından biri ve bunların ortaklarının yanında çalışan veya bu cümlede anılan kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişiler, ilgili şirkette denetçi olamaz. Şöyle ki, önceki cümlede sayılanlardan biri;

- a) Denetlenecek şirkette pay sahibiyse,
 - b) Denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanıysa veya denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşımışsa,
 - c) Denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişinin, bir ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin kanuni temsilcisi veya temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi veya sahibiyse ya da bunlarda yüzde yirmiden fazla paya sahipse yahut denetlenecek şirketin yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan biri, eşi veya üçüncü derece dâhil, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımsıysa,
 - d) Denetlenecek şirketle bağlantı hâlinde bulunan veya böyle bir şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip olan bir işletmede çalışıyorsa veya denetçisi olacağı şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip bir gerçek kişinin yanında herhangi bir şekilde hizmet veriyorsa,
 - e) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunmuşsa,
 - f) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için (e) bendine göre denetçi olamayacak gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanuni temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi ya da gerçek kişi olarak bizzat kendisi ise,
 - g) (a) ilâ (f) bentlerinde yer alan şartları taşıdığı için denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışıyorsa,
 - h) Son beş yıl içinde denetçiliğe ilişkin meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin tamamının yüzde otuzundan fazlasını denetlenecek şirkete veya ona yüzde yirmiden fazla pay ile iştirak etmiş bulunan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde etmişse ve bunu cari yılda da elde etmesi bekleniyorsa, denetçi olamaz; ancak, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, katlanılması güç bir durum ortaya çıkacaksa (h) bendindeki yasağın kaldırılması için belli bir süreyle sınırlı olarak onay verebilir.
- (2) Bir bağımsız denetleme kuruluşunun, bir şirketin denetlenmesi için görevlendirdiği denetçi yedi yıl arka arkaya o şirket için denetleme raporu vermişse, o denetçi en az iki yıl için değiştirilir.

maddesi hükümleri uygulanacaktır. İşlem denetçilerinin görevlerini gösteren genel bir hüküm YTTK.'da bulunmamaktadır. Çünkü, işlem denetçisinin denetleyeceği işlemlerin her biri YTTK.'da ayrı ayrı gösterilmiş ve işlem denetçisinin görevleri de bu düzenlemelerde belirtilmiştir⁸.

İşlem denetçisinin görevlerini yerine getirip getirmediği, denetlenen işleme ilişkin özel hükümden hareket edilerek belirlenir⁹. Makale konumuz kapsamında işlem denetçisinin birleşme ile ilgili görevi YTTK.'nın 148. maddesinde, bölünme işlemlerindeki görevi ise YTTK.'nın 170. maddesinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, YTTK.'nın 148. maddesi hükmüne göre, birleşmeye taraf olarak katılan şirketlerin; birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilanço, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisine denetlettirmeleri şarttır. Birleşmeye katılan şirketler, birleşmeyi denetleyecek işlem denetçisine amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Bu belgelere ticari defter ve kayıtlar da dahildir.

Yine aynı hüküm çerçevesinde, işlem denetçisi denetleme raporunda:

✓ Devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devrolunan şirketin ortaklarının haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığı,

✓ Değişim oranının ve ayrılma akçesinin adil olup olmadığı,

✓ Değişim oranının hangi yöntemle göre hesaplandığı; en az üç farklı genel kabul gören yöntem ile karşılaştırma yapılarak, uygulanan yöntemin adil olduğu,

(3) Denetçi, denetleme yaptığı şirkete, vergi danışmanlığı ve vergi denetimi dışında, danışmanlık veya hizmet veremez, bunu bir yavru şirketi aracılığıyla yapamaz.

(4) Bu madde hükümleri, 554 üncü maddede öngörülen işlem denetçilerine de uygulanır. Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, işlem denetçisi genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır.”

⁸ Tekinalp Ünal, a.g.e., syf. 290.

⁹ Tekinalp Ünal, a.g.e., syf. 290.

- ✓ Diğer genel kabul gören yöntemlere göre hangi değerlerin ortaya çıkabileceği,
- ✓ Denkleştirme varsa, bunun uygun olup olmadığı (denkleştirme ödemesi aşağıda açıklanacaktır),
- ✓ Değişim oranının hesaplanması yönünden payların değerlendirilmesinde dikkate alınan özellikler

hususlarında inceleme yapıp, görüş açıklamakla yükümlüdür.

Görüldüğü üzere işlem denetçisi raporu, bugünkü uygulamada tam olarak, yetkili mahkemelerce atanan bilirkişi raporu yerine geçmektedir. Buna göre yeni sistemde birleşme ve bölünme işlemlerinde bilirkişi müessesesinin yerini işlem denetçiliği almıştır.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus şudur: Kanun koyucu, söz konusu denetimin, birleşmeye taraf olan şirketlerin her biri tarafından ayrı bir işlem denetçisine mi yaptırılacağı yoksa tüm şirketler için ortak bir işlem denetçisi tarafından mı yapılacağına dair açık bir hükme yer vermemiştir. Kanun, birleşme raporunun ortak hazırlanabileceğinden açıkça bahsetmiş olup, denetim ile ilgili böyle bir olasılıktan bahsetmekten kaçınmıştır. Madde böyle değerlendirildiğinde, denetimin her bir şirket tarafından ayrı işlem denetçilerine yaptırılabilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum uygulamada bazı sorunlara yol açabilir. Nitekim Kanunu lafzi yorumlarsak, işlem denetçisinin her bir şirket için ayrı olması gerektiği sonucuna varırız. Zira YTTK.'nın 400/4. maddesine göre Kanun'da veya esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa işlem denetçisini de genel kurul seçecektir. Bu durumda birleşmeye katılan bir şirketin kendi genel kurulunda veya ana sözleşme hükmü ile yönetim kurulu tarafından diğer şirketler adına işlem denetçisi tayin etmesi mümkün görünmemektedir. Ancak kanımızca, gerek uygulamada ki pratik tercihler, gerek ekonomik sebepler, gerek işlem bütünlüğü açısından birleşmeye katılan tüm şirketlerin birleşmeye dair evraklarının denetlenmesinin tek bir işlem denetçisi tarafından yapılması uygun olacaktır. Her bir şirketin aralarında mutabakata vararak aynı işlem denetçisini atamaları ile bu belirsizlik giderilecektir. Ortaklık yapılarının birbirine yakın olduğu şirketlerde bu konu büyük ihtimalle sorun yaratmayacak olup, farklı ortaklık

gruplarının taraf olarak katılacağı birleşme işlemlerinde ise, işlemler öncesi prensip anlaşmalarında bu hususun da gündeme getirilmesi gerekli olacaktır. Bize göre, işlem denetçisine yüklenen görevler ve sorumlulukları ve Kanun gereği zaten tarafsız ve bağımsız olması gereken işlem denetçisinin, birleşmeye katılan tüm şirketler için aynı kişi olmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır.

YTTK.'ya göre işlem denetiminin konusu; birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme işlemleri için itibar edilen bilançodur. Yine Kanun gereği birleşmeye taraf olarak katılan şirketler, birleşmeyi denetleyecek işlem denetçisine amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Bu iki durum bir arada değerlendirildiği takdirde, şirket yönetim organlarının birleşme sözleşmesini hazırlarken kullandıkları değerlemeler, yönetim organlarının toplantı tutanakları, birleşme sözleşmesi taslakları, yeniden yapılanma işlemlerine dair şirket içinde yapılmış olan tüm çalışmalar da denetime konu oluşturabilecektir¹⁰. Ancak Kanun koyucu, denetim raporu içeriğinde çok sayıda asgari unsur öngörmüştür. Söz konusu unsurlardan özellikle değişim oranının ve ayrılma akçesinin adil olup olmadığı, değişim oranının hangi yönteme göre hesaplandığı; en az üç farklı genel kabul gören yöntem ile karşılaştırma yapılarak, uygulanan yöntemin adil olduğu, diğer genel kabul gören yöntemlere göre hangi değerlerin ortaya çıkabileceği, denkleştirme varsa, bunun uygun olup olmadığı hususları, işlem denetçisine, defter değerleri üzerinden inceleme yapmakla yetinmemesi, aksine şirkete dair değerlendirme yapması veya yetkili kurumlarca yapılacak değerlendirme raporlarından faydalanarak bir denetim raporu hazırlaması zorunluluğu getirmektedir. Söz konusu durumun, uygulamada söz konusu işlemleri daha masraflı ve zor hale getireceği, birleşme prosedürüne dair süreleri uzatacağı açıktır. Kanun, oybirliği halinde ve küçük ölçekli şirket olması halinde denetimden vazgeçilebileceğini öngörmüştür¹¹. Ancak bir adet paya sahip bir ortağın aksine oyu ile bu zahmetli süreç kaçınılmaz olabilecektir. Bu aşamada, küçük ölçekli şirket için oy çoğunluğu veya daha yüksek bir nisap (örneği

¹⁰ Coştan Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, syf. 73.

Not: Yazarın bu eseri, makalemizin bundan sonraki bölümlerinde "a.g.e." olarak belirtilecek olup, diğer eserlerini tam isimleri ile belirtilecektir.

¹¹ YTTK. md. 148/4

%90 gibi) ile denetimden vazgeçilmesi mümkün olabilse, bize göre çok daha isabetli bir çözüm olurdu.

Birleşme işlemlerine esas alınacak bilançoların denetimi de ayrıca vurgulanmalıdır. Gerek işlem denetimi hususunda YTTK. ilgili maddeleri¹² sebebiyle, gerekse denetim konusunun niteliği itibarıyla ve Kanun gerekçesine göre, işlem denetçisinin bilançoğu denetlemesi gerekmektedir. Söz konusu bilançoların tam ve genel bir denetimden geçirilmesi, Kanun koyucunun amacına uygun düşmektedir. Bu da, yıllık bilançoların esas olarak kabul edildiği (31.12. bilançolarının) birleşmelerde denetimini nispeten daha kolay hale getirecektir. Yıllık bilançolar (sermaye şirketlerinde) zaten bağımsız denetçi tarafından denetlenmiş olacağı için, işlem denetçisi denetimi daha sınırlı ve kolay olacaktır. Ancak birleşme işlemleri için ara bilanço öngörüldüğünde, olası mal varlığı değişiklikleri ve sermaye kayıpları tehlikeleri nedeniyle işlem denetçisinin ayrıntılı ve genel bir denetim yapması kaçınılmazdır. Bu durumu, mevcut uygulamada, halka açık şirketin birleşme işlemlerine benzetebiliriz. Bugünkü uygulamada halka açık şirketlerin birleşme işlemlerinde birleşmeye itibar edilen bilançolar, yetkili bağımsız denetim şirketleri tarafından audit edilerek rapora bağlanmakta, bu bilançolara itibar edilmek kaydı ile birleşme ve pay değişim oranları üç farklı yöntemle göre yetkili bir uzman kuruluş raporuna bağlanmakta, ayrıca birleşme işlemi için yetkili mahkemece atanacak bir bilirkişi heyeti raporu da aranmaktadır.

Tekrar belirtmek gerekirse, tıpkı birleşme raporunda olduğu gibi, tüm ortakların onaylaması hâlinde, küçük ölçekli şirketler işlem denetiminden vazgeçebilirler.

d. İlgililerin İnceleme Hakkı

Birleşme işlemlerinin bu aşamasında, birleşmeye dair evrak ki, bunlar arasında üç yıllık finansal tablolar ve yönetim kurulu faaliyet raporları, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, işlem denetçisi raporu bulunur; genel kurulun otuz gün öncesinden genel kurula kadar, ilgililerin incelemesine açık tutulur. Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere inceleme hakkı, ortaklık içi şeffaflığı sağlama anlayışından kaynaklanan bir mües-

¹² YTTK. 398 vd. maddeleri.

sesedir¹³. İnceleme hakkı, bilinçli oy kullanma amacına hizmet etmektedir¹⁴.

Söz konusu düzenleme, YTTK.'nın 149. maddesinde öngörülmüştür. Bu hükme göre, birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde;

- ✓ Birleşme sözleşmesini,
- ✓ Birleşme raporunu,
- ✓ Denetleme raporunu (işlem denetçisinin yazacağı rapor),
- ✓ Son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını,
- ✓ Birleşme işlemi gerektiriyorsa ara bilançolarını,

ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgeler, taraf sermaye şirketlerinin internet sitelerinde de yayımlanır. Burada hemen belirtmek gerek ki, YTTK., belgeler hazır tutulur demekle yetinmemiş, ilan edilmesini de zorunlu kılmıştır. Ayrıca ortaklar ve intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamilleri, menfaati bulunan kişiler ve diğer ilgililer, bu belgelerin suretlerinin ve varsa basılı şekillerinin kendilerine verilmesini isteyebilirler. Bunlar için, herhangi bir bedel veya gider karşılığı da istenilemez. Kanun koyucu inceleme hakkını o kadar önemsemiştir ki, birleşmeye katılan şirketlerden her biri tarafından, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ve internet sitelerine de konulan ilanda, inceleme yapma hakkından bahsedilmesini ve böylece inceleme hakkının ilgililere açık ifadelerle hatırlatılmasını zorunlu tutmuştur. YTTK.'ya göre, birleşmeye katılan her şirket, birleşme belgelerinin nereye tevdi edildiklerini ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarını, **tevdiden en az üç iş günü önce**, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile

¹³ Gerekçe, syf. 466

¹⁴ Gerekçe, syf. 466

şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ve sermaye şirketleri de ayrıca internet sitelerinde ilan etmek zorundadırlar.

Söz konusu hükmü, her bir şirketin kendi ortakları ve ilgilileri olarak değil, birleşmeye taraf olarak katılan şirketlerin ortakları ve ilgilileri şeklinde yorumlamak, Kanunun ve inceleme hakkının amacına uygun düşecektir¹⁵. Buna göre devralan A şirketinin ortaklarından X gerçek veya tüzel kişisi, devrolunan B şirketinin birleşmeye ilişkin evraklarını inceleyip, suret alabilecektir.

Metin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, birleşmede inceleme hakkı sahipleri oldukça geniş tutulmuştur. Özellikle menfaati bulunan kişiler ve diğer ilgililer ifadesi oldukça geniş yorumlanabilir. Buna göre alacaklılar da elbette inceleme hakkına sahip olacaklardır. Oysa bölünmede inceleme hakkı sadece taraf şirketlerin ortaklarına tanınmıştır.

Öğretide de değerlendirildiği üzere, bir hususu vurgulamakta yarar var. Aşağıda da açıklanacağı üzere bölünmeden farklı olarak birleşmede alacaklıların birleşmeye tescil öncesi itiraz etmeleri ve birleşme için alacaklıların muvafakatının alınması söz konusu değildir. Alacaklılar ancak birleşme işleminin ilgili ticaret sicili memurluğu tarafından tescil edilmesinden sonra teminat talep edebilir veya dava açabilirler. Bu durumda, alacaklılara ve ilgililere tescil öncesi neden böyle bir inceleme hakkı tanınmış olduğu sorusu akla gelmektedir. Alacaklıların tescil sonrası teminat taleplerine hazırlık için böyle bir hak verildiği düşünülebilir ancak alacaklılar tescil sonrası YTTK.'nın 524.¹⁶ maddesi hükümlerine dayanarak ve ilgili ticaret siciline sunulacak ve hatta ilan edilecek belgeleri inceleyerek de teminat talebi için bilgi edinebilecektir. Bu durumda isabetle belirtildiği üzere¹⁷, YTTK.'nın 149. maddesi ile inceleme hakkı tanınan kişiler, birleşmenin gerçeğe veya kanuna uygun olmadığı ya da kamu

¹⁵ Coştan Hülya, a.g.e., syf.214-215

¹⁶ “**MADDE 524-** (1) Anonim şirketin ve topluluğun finansal tablolarını düzenlemekle yükümlü ana şirketin yönetim kurulu, bilanço gününden itibaren altı ay içinde; finansal tabloları, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu, kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararını, denetçinin 403 üncü madde uyarınca verdiği görüşü ve genel kurulun buna ilişkin kararını, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan ettirir ve şirketin internet sitesine koyar. Bu belgelerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığına verilmesine ilişkin hükümler saklıdır.”

¹⁷ Coştan Hülya, a.g.e. syf.217

düzenine aykırı ve üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğu iddiasıyla ilgili sicil memuruna başvurarak birleşmenin tescilini engellemek isteyebilir. Bize göre sicil memuru, sadece böyle bir itiraz ve başvuru var diye birleşmenin tescilinden imtina etmemelidir. Ancak tereddüt uyandırmayacak açıklıkta yeterli ve tatmin edici sebepler ve belgelerin mevcudiyeti halinde, sicil memuru birleşmenin tescilini reddetmeli; birleşmeye katılan şirketlerin bu itirazlara dair bilgilendirmelerini almalı ancak tüm bunları yaparken uzman bir mahkeme gibi davranmaktan da kaçınmalıdır.

İşlem pratikliği ve hızı ile ekonomik yarar için hemen vurgulanması gereken istisna ise şudur: Tüm ortakların onaylaması hâlinde, küçük ölçekli şirketler inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçebilirler¹⁸. Bu durum, alacaklılar için sorun yaratabilir gibi görünse de, alacaklılar birleşme işleminin tescilinden sonra kendilerine teminat verilmesini talep edebilirler. Bunun dışında, aşağıda açıklanacağı üzere, alacaklıların da birleşme işlemleri ile ilgili iptal davası ve sorumluluk davası açma hakları bulunmaktadır. Külli halefiyet ilkesi ile birlikte de durum değerlendirildiğinde, alacaklılar için büyük bir tehlike olduğunu düşünmek isabetsiz olacaktır. Aynı durum, birleşmeye katılan şirket ortaklarının da, birleşmeye katılan diğer şirketlerin birleşme evraklarını inceleme hakları açısından da geçerli olacaktır. Yani küçük ölçekli şirketlerde tüm ortakların onayı ile inceleme hakkından vazgeçilmesi halinde, tıpkı alacaklılar için olduğu gibi diğer şirket ortaklarının inceleme hakları da ortadan kalkmış olacaktır. Ancak bize göre bu durum, ortak hakları açısından bir risk teşkil etmeyecektir.

e. Birleşme İşlemlerine Dair Genel Kurulun Yapılması ve İşlemin Tescil ve İlanı

Yukarıda belirtilen aşamaların tamamlanmasının ardından, birleşme sözleşmesinin onaylanacağı ve devralan şirket açısından sermaye artış kararının alınacağı genel kurul aşaması söz konusu olacaktır. Genel Kurulun vereceği birleşme kararı, ortaklık paylarının yeniden yapılandırıldığı, birleşmenin, hukuken olmasa da varlık kazandığı ve birleşmeye katılan ortaklıkların iradelerinin somutlaştığı en önemli aşamadır. YTTK.'nın

¹⁸ YTTK. md. 149/5

153.¹⁹ maddesi, birleşmenin tescil ile hukuki geçerlik kazanacağı ve tescil anından itibaren devrolan şirketin tüm aktif ve pasifinin kendiliğinden devralan şirkete geçeceği düzenlenmiştir. Tescil ile devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin ortağı olur. Maddedeki “kendiliğinden” ibaresi, külli halefiyet ilkesinin de hukuki dayanağıdır.

Söz konusu hükmün, Kanun gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi çok önemlidir. Gerekçeye göre, YTTK.’nın birinci fıkrası, devrolunan şirketin yaptırdığı tescilin küllî halefiyet ve birleşme bakımından kurucu etkisini hükme bağlamaktadır. Birleşme sözleşmesinin birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında onaylanması, birleşmeyi hukuken gerçekleştirmez. Her ne kadar genel kurulun gerçekleştirilmiş olması, hukuki bir iradenin açıklanması olarak kabul edilse de, birleşmeye katılan şirketler birleşmiş olmayacaklardır. Genel kurulların onayı, birleşmeye hazırlık aşamalarından sadece biridir; yani birleşmenin tescile için ilgili ticaret siciline başvurabilmenin şartlarından birisidir. Birleşme ancak ticaret sicili memurluğunca evrakın incelenerek uygun görülmesi ve tescil edilmesi ile gerçekleşir; yani hukuken geçerli hâle gelerek, tüm ilgilileri bağlayıcı hale gelir.

Gerekçe ile birlikte konuyu değerlendirmeye devam edersek, burada soru, hangi tescilin birleşmeyi gerçekleştirdiği ve bu tescillerin nitelikleridir. Gerekçe, bugünkü uygulamanın bazı aşamalarında sorun çıkartan bir hususu da çözüme kavuşturmuştur. Buna göre, birleşmeyi hukuken geçerli kılan, yani gerçekleştiren işlem, **devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesidir**. Kurucu etkiyi haiz olan bu tescildir. Gerekçeye göre bu sonuç, 153. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden anlaşılmaktadır. Hükümdeki “anında” sözcüğü “birlikte” anlamındadır. Çünkü devrolunan şirketin tescili ile yani tescil anında hukukî bir sonuç

¹⁹ “**MADDE 153-** (1) Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer.

(2) Devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin ortağı olur. Ancak bu sonuç, devralan şirketin kendi adına fakat bu şirket hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar ile devrolunan şirketin kendi adına fakat bu şirket hesabına hareket eden kişinin elinde bulunan paylar için doğmaz.

(3) 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır. “

doğmakta, devrolunan şirketin malvarlığı, devralan şirkete kendiliğinden geçmektedir (intikal etmektedir). Birinci fıkra hükmünden anlaşılan diğer bir sonuç da, devralan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesinin, kurucu değil açıklayıcı etkide olduğudur.

Birleşmenin tescili ile devrolunan şirketin ortakları, kendiliğinden devralan şirketin ortakları olurlar; ayrıca pay devir işlemine gerek yoktur. Pay senedi değişimi hukuken gerçekleşmiş geçişin doğal ve kaçınılmaz sonucudur.

Bu aşamada YTTK.'nın 152. maddesi hükmünden de bahsedilmesi gerekmektedir. Söz konusu maddeye göre, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurulları tarafından birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, birleşmenin tescili için ticaret siciline başvurur. Burada tüm şirketlerin eş zamanlı olarak ticaret siciline başvurması öngörülmüştür. Bu da uygulamada farklı zamanlarda olan tescil karmaşasının önünde geçmiştir. Burada önemli olan, ticaret merkezleri farklı şehirlerde olan dolayısıyla ilgili sicil memurlukları farklı olan şirketlerin birleşme işlemleri söz konusu olduğunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Bu farklılık, şimdiki uygulamada, siciller arası iletişimle veya devrolunan şirketin birleşme ile ilgili genel kurul kararının tescilinin devralan şirketin bulunduğu sicil memurluğuna tevsik edilmesi ile çözülmektedir. Aynı uygulama, YTTK. döneminde de uygulanmalıdır. Kaldı ki, yeni düzen ile devrolunan şirketin birleşme işlemlerinin tescili kurucu etkiyi haiz olduğuna göre, bu tescilden hareket edilebilir. Evraklardaki eksiklik vb. sebeplerle, birleşmeye katılan şirketlerden herhangi birisinin tescil başvurusunun gecikmesi, birleşme işleminin geçerliliğini tartışılır hale getirebilecektir. Söz konusu karmaşıklık, ikincil mevzuat ile giderilmelidir. Özellikle tasfiyesiz infisah edecek şirketler açısından bu durumun belirgin şekilde çözülmesi önemlidir²⁰.

Tecil başvurusu aşamasında devralan şirket, birleşmenin gereği olarak sermayesini artırmışsa, ek olarak esas sözleşme değişiklikleri ile ilgili evrakı da ticaret siciline sunulur. Devrolunan şirket, birleşmenin ticaret siciline tescili ile tasfiyesiz olarak infisah eder.

²⁰ Coştan Hülya, a.g.e., syf.190

YTTK.'nın 154. maddesi hükmüne göre, birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Kanunun ifade ettiği birleşme kararı, tescil belgelerinin ilanı olarak anlaşılmalıdır. Benzer bir ilan maddesi bölünme için öngörülmemiştir. Nitekim ilan ile ilgili genel hüküm, YTTK.'nın 35. maddesinde²¹ düzenlenmiştir.

f. Alacaklıların Teminat Talepleri İçin İlanların Yapılması ve Teminat Verilmesi

Söz konusu teminat talebi ve alacaklıların korunması hususları için Kanun gerekçesinde, mer'î Kanun ile bir karşılaştırma yapılmıştır. Buna göre 6762 sayılı mer'î Kanunun 150. maddesinde, birleşme kararının ilân gününden üç ay sonra hüküm ifade etmesi, alacaklıları koruyucu bir önlem olarak düşünülmüş ve bu süre içinde alacaklılara itiraz hakkı tanınmıştır. Bu hak birleşmeyi engelleyen yani itiraz halinde tasfiyesiz ifisah eden şirketin sicilden terkinin engelleyen bir rol oynamaktadır. Anonim şirketlerde ise mevcut TTK.'nın 451. maddesi, malvarlıklarının ayrı yönetimini ve müteselsil sorumluluğu, koruyucu nitelikte mütalâa etmiştir. Oysa malvarlıklarının birleşmeye dair işlemler bitinceye kadar ayrı yönetimine uygulamada pek rastlanmamaktadır. Öyle ki pek çok birleşme sözleşmesinde bu yasal yükümlülüğün bahis dahi edilmemektedir.

YTTK.'nın 157. maddesi hükmüne göre, birleşmeye katılan şirketler; alacaklılarına, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, tirajı ellibinin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan üç gazetede yedişer gün aralıklarla üç defa yapacakları ilanla ve ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarını bildirirler. Söz konusu ilanlar, birleşme işleminin tescilinden önce veya en geç birleşmenin tescil ilanı ile birlikte yapılmalıdır²².

²¹ “**MADDE 35-** (1) Tescil işleminin dayanakları olan dilekçe, beyanname, senetler, belgeler ve ilanları içeren gazeteler, üzerlerine sicil defterinin tarih ve numaraları yazılarak sicil müdürlüğüne saklanır.

(2) Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir. Bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair onaylı belge de istenebilir.

(3) Tescil edilen hususlar, kanun veya tüzükte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur.

(4) İlan, Türkiye genelinde sicil kayıtlarının ilanına özgü Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile yapılır.”

²² Coştan Hülya, a.g.e. syf. 195

YTTK.'nın 152/2. maddesine göre alacaklıların teminat talep etme haklarının bildirilmesine ilişkin ilan, YTTK.'nın 149/3. maddesi uyarınca inceleme hakkının duyurulacağı ilanla veya YTTK.'nın 149/4. maddesi hükmüne göre tevdi yeri ve inceleme yerini duyurma amacı taşıyan ilanla birlikte yapılmalıdır²³.

YTTK.'nın 149. maddesi alacaklılara da inceleme hakkı tanıdığı için, teminat talep etme hakkına ilişkin ilan ile inceleme hakkına ilişkin ilanın birlikte yapılması, uygun olacaktır, böylece alacaklıların teminat talep edebilecekleri üç aylık süre başlamadan önce teminat talep edebilmeleri hakkında bilgilendirilmeleri sağlanmış olacaktır²⁴. Kanımızca, zaman kazanmak ve prosedürü azaltmak için, söz konusu ilanın birleşmenin tescili başvurusu öncesinde yapılması uygun olacaktır. Uygulamada ise büyük bir ihtimalle bu ilan, tescil ilanı ile birlikte gerçekleştirilecek veya inceleme hakkına dair ilan ile birlikte, alacaklıların teminat talep etme hakkından da bahsedilerek, bu ilan yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır.

Birleşmeye katılan şirketlerin ilan yükümlülüğüne uymamaları halinde, yönetim organlarına sorumluluk davası²⁵ açılabilir. İlan yapılmıyorsa da alacaklılar, birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından, yani birleşme işleminin ilgili ticaret sicil memurluğu tarafından tescil edilmesinden itibaren üç ay içinde teminat talep edebilirler²⁶.

Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından, yani birleşme işleminin ilgili ticaret sicil memurluğu tarafından tescil edilmesinden itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına almak zorundadır. Burada belirtmek gerekir ki, söz konusu alacaklar, birleşme öncesine dair alacaklardır.

²³ Coştan Hülya, a.g.e., syf. 196

²⁴ Coştan Hülya, a.g.e., syf. 196

²⁵ "YTTK. md. 193: *Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır.*"

²⁶ Coştan Hülya, a.g.e., syf. 197

Kanun koyucu, teminat konusu için bazı özel hükümler de öngörmüştür. Buna göre işlem denetçisi, birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarıyla, ödenmesine yetmeyeceği bilinen bir borçları bulunmadığını veya böyle bir alacak istemi beklenmediğini doğruladığı takdirde ilan yükümlülüğü ortadan kalkar. Ortadan kalkan yükümlülük ilan yükümlülüğüdür, yoksa alacaklılar teminat talep edebilirler.

Devralan şirket alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini bir işlem denetçisi raporuyla ispat ederse, teminat verme yükümlülüğü de ortadan kalkar. Bu aşamada işlem denetçisinin konuyu hassasiyetle incelemesi gerekmektedir.

Alacaklılar, teminat talepleri için yükümlü şirkete yazılı olarak başvurmalıdırlar. Yükümlü şirket, teminat vermek yerine, borcu ödemek isteyebilir. Bu durumda, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması hâlinde, yükümlü şirket teminat göstermek yerine borcu ödeyebilir. Diğer alacaklıların zarara uğramayacağının anlaşılması için, bu durumun da işlem denetçisi raporuna bağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

E. YENİ KANUN ÇERÇEVESİNDE BÖLÜNME İŞLEMLERİNİN HUKUKİ PROSEDÜRÜ

Bölünme prosedürüne geçmeden önce, YTTK.'da öngörülen **oranların korunduğu** ve **oranların korunmadığı** bölünmelerle ilgili açıklama yapılması yararlı olacaktır.

YTTK.'nın 161. maddesine göre, tam ve kısmi bölünmede şirket payları ve hakları YTTK.'nın 140. maddesi uyarınca korunur. Yani aslo-lan pay sahipliğinin devamıdır. Ancak devreden şirketin ortaklarına;

*a) Bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında şirket payları
veya*

b) Bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre değişik

oranda şirket payları, tahsis edilebilir.

(a) bendindeki bölünme “*oranların korunduğu*”, (b) bendindeki bölünme ise “*oranların korunmadığı bölünme*” olarak adlandırılmaktadır. Burada oranların korunmadığı bölünmeyi bir örnekle açıklamak gerekiyor. Nitekim bu alternatifle, bugüne kadar uygulanan kısmi bölünme işlemleri açısından ciddi bir yenilik söz konusudur. Oranların korunmadığı bölünme, yeniden yapılanmalardaki pay sahipliğinin devamı temel ilkesinin bir istisnasıdır. Örneğin, bir paydaş bölünen şirkette %10’luk bir paya sahipken, bölünme yolu ile devralan şirkete ortak olarak geçtiğinde, %5’lik paya sahip oluyorsa, burada oranların korunmadığı bir bölünme söz konusudur.

Önceki bölümde, birleşme işlemleri ile ilgili anlatılan pek çok şey, bölünme işlemleri için de geçerlidir. Aşağıda, bölünmenin temel özellikleri nedeniyle farklılık arz eden bölümlerden bahsedilecektir.

YTTK.’da bölünme prosedürü şu şekilde öngörülmüştür:

- Bölünmeye katılacak şirketlerin Yönetim Kurullarının istişaresi,
- Bölünme sözleşmesi veya bölünme planının hazırlanması,
- Bölünme raporunun hazırlanması,
- Bölünme evraklarının işlem denetçisi tarafından denetlenmesi,
- Alacaklılara, alacakları için ilan verilmesi (Aşağıda ayrıntıları açıklanacak olmakla birlikte; bu ilan, yedişer gün ara ile üç kez verilir. İlandan itibaren üç aylık teminat talep süresi başlar. Genel kurulun yapılabilmesi, teminat verilmesine bağlıdır. Ancak işlem denetçisi aracılığı ile alacaklılar için bir tehlike bulunmadığı rapora bağlanırsa teminat mecburiyeti kalkar).
- Genel kuruldan iki ay önce bölünmeye dair evrakların (bölünme sözleşmesi/planı, bölünme raporu, üç yıllık finansal tablolar ve faaliyet raporları, işlem denetçisi raporu) ilgililerin incelemesine açılması ve şirket internet sitesinde yayınlanması,

Bölünmede devralan şirket, kendisine intikal eden borcu ödemezse, bölünmeye katılan şirketler de ikinci derecede müteselsilen sorumludurlar.

- Bölünme ile ilgili genel kurulların yapılması.
- Bölünmenin tescil ve ilan edilmesi.

a. Bölünme Sözleşmesi veya Bölünme Planının Hazırlanması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bölünme sözleşmesi veya bölünme planı içeriğinde herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bir şirket bölünerek mal varlığı bölümlerini varolan şirketlere devredecekse bölünme sözleşmesi; buna karşılık bölünen şirket mal varlığı bölümlerini bölünme sürecinde kurulacak şirketlere (yeni kuruluş) devredecekse bir bölünme planı hazırlanacaktır²⁷. Yani en az iki taraf varsa bölünme sözleşmesi, tek taraf varsa bu bir sözleşme olamayacağı için, bölünme planı hazırlanacaktır. Bugünkü mevzuat ve uygulamada da aynı durum geçerlidir. Bölünme sözleşmesinin hukuki niteliği, her iki şirket yönetim organlarınınca imzalandığı için iki ya da çok taraflı bir hukuki muameledir. Bölünme planı ise sadece bölünen ortaklığın yönetim organınca hazırlanan tek taraflı bir hukuki muameledir.

Bu aşamada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, bölünen şirketin malvarlığının bir kısmının mevcut bir ortaklığa, diğer bir kısmının ise yeni kurulacak bir ortaklığa bölünmesi durumunda ne olacaktır. Yani bölünme sözleşmesi ve bölünme planı ayrı mı hazırlanmalıdır? YTTK.'da buna ilişkin bir hüküm bulunmamakla beraber, kanımızca²⁸, bölünme işlemlerinin pratik olarak gerçekleştirilmesi ve bölünme plan ve sözleşmesinin içeriğinin aynı olması dolayısıyla, bölünme sözleşmesi ve planının ayrı ayrı değil de, tek bir metin içinde düzenlenmesinin mümkün olması gerektiği yönündedir.

Bölünme sözleşmesi/planı, bölünmenin nasıl gerçekleşeceğini gösteren, bölünmenin aşamalarını belirten, zorunlu içeriği dışında, somut

²⁷ Gerekçe, syf. 464

²⁸ Aynı yönde bkz. Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitapevi, 2004 syf. 59-60

olaya özgü özellikleri belirten, devre konu malvarlığını belirten, bölünen şirketin pay sahiplerinin hangi oranda pay sahibi olacağının düzenlendiği, bölünme türünün zikredildiği, tarafların iradelerini yansıtan ve genel olarak bölünmeye ilişkin esasları belirleyen temel belgelerden biridir. Gerek bölünme sözleşmesinin gerekse bölünme planının yazılı olarak yapılması gerekmektedir. **YTTK.'da bu husus, her iki belgede de bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.**

YTTK.'nın 166. maddesine göre, bölünme sözleşmesinin/planının hazırlanması görevi yönetim organına bırakılmıştır. Yönetim organının icrai organ olması ve ortaklık hakkında en kapsamlı bilgiye sahip olması nedeniyle, bölünme sözleşmesinin hazırlanması yetkisinin yönetim organına verilmesi kanımızca da yerindedir²⁹. Bölünme sözleşmesinin/planının yönetim organı tarafından hazırlanması gerekliliği, bunun her bölümünün mutlaka yönetim organı tarafından hazırlanacağı anlamına gelmemektedir. Yönetim organının, teknik açıdan oldukça zor olabilecek, karmaşık ayrıntılara gebe bu belgelerin sağlıklı bir şekilde hazırlanabilmesi için uzman bir kişi ya da kuruluştan yardım alması mümkün, hatta çoğu zaman da gereklidir. Nitekim uygulamada da bölünme işlemleri uzman kuruluşların danışmanlık hizmetleri ile yürütülmekte, aksi taktirde işlemler tıkanmakta veya bölünme işlemleri tamamlanamamaktadır.

YTTK.'nın 167. maddesi hükmüne göre bölünme sözleşmesinin/planının zorunlu asgari içeriği aşağıda gösterilen hususları barındırmalıdır:

✓ Bölünmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini ve türlerini,

✓ *Aktif ve pasif malvarlığı konularının devir amacıyla bölümlere ayrılmasını ve tahsisini; açık tanımlamayla, bu bölümlere ilişkin envanteri; taşınmazları, kıymetli evrakı ve maddi olmayan malvarlığını teker teker gösteren liste:* Bu liste ile ilgili olarak Kanun gerekçesini dikkate almak gerekmektedir: Söz konusu listeye göre, yönetim organı kendi nesnel takdirine göre hangi mal varlığı unsurlarının, yani hangi aktif ve pasifin hangi bölüme gireceğini belirleyecektir. Her bölümün bir envanteri çıkartılacaktır. Bu bölümlerin birbirleriyle ilgili olması mümkündür ancak

²⁹ Aynı yönde: Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf.58

zorunlu değildir. Mevcut uygulamada ise aynı sermaye olarak konulacak değerlerin birbiriyle ilgili unsurları içermesi şarttır. Örneğin aynı sermaye olarak bir hizmet işletmesi sayılabilecek taşıma işletmesi kısmi bölünme konu olacak ise, o taşıma işletmesinin tüm malvarlığını oluşturan araçlar ve bunların ekipmanları bölünmeye kapsamında bulunmak zorundadır. YTTK.'nın gerekçesine göre bölümlerin birbirleri ile ilgisinin bulunması zorunlu değil dese de, gerekçenin devamında bölünme konusu bölümlerinin **bir bütün** içinde düzenlenip tahsis edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira bu durum bize göre de bölünmede malvarlığının devamı ilkesinin gerçekleştirilebilmesi ve külli halefiyet yoluyla devir için de kaçınılmaz bir gerekliliktir³⁰. **Aktif ve pasif malvarlığı unsurlarını ve bunların kime intikal ettiğini gösteren bu listenin varlığı, YTTK.'nın 168.³¹ maddesinde düzenlenen bölünmenin dışında kalan malvarlığının belirlenmesi açısından da son derece önemlidir.** Zira bu hüküm, tam bölünmede paylı mülkiyeti (eski adıyla müşterek mülkiyeti), kısmî bölünmede ise bölünme dışı malvarlığını devreden şirkette kalacağını düzenlemektedir. Bu nedenle bölünme konusu aktif ve pasif mal varlığı unsurlarının açık ve kesin olarak belirtilmesi, tahsis edilmesi ve hatta bize göre mümkünse ilan edilmesi gerekmektedir. Bunun dışında bölünmeye konu değer, özellikle gayrimenkul, araç vb. bir malvarlığıysa, ilgili sicillerdeki devir³² işlemlerinin kolaylığının sağlanması açısından ilan edilmesi son derece önemlidir.

³⁰ Aynı yönde: Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf. 64

³¹ “**MADDE 168-** (1) Bölünme sözleşmesinde veya bölünme planında tahsisi yapılmayan malvarlığı konuları üzerinde;

a) Tam bölünmede, devralan tüm şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya planına göre kendilerine geçen net aktif malvarlığının oranına göre, devralan tüm şirketlere paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmi bölünmede söz konusu malvarlığı, devreden şirkette kalır.

(2) Birinci fıkra hükmü kıyas yoluyla alacaklara ve maddi olmayan malvarlığı haklarına da uygulanır.

(3) Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen

borçlardan müteselsilen sorumludurlar.”

³² Bölünme işlemlerinde kısmi külli halefiyet ilkesi de olsa, geçiş Kanun gereği kendiliğinden de gerçekleşse, ilgili sicillerde (örneğin tapu sici, trafik sicili gibi) devir işlemi yapılarak ruhsat, tapu vb. belgelerin yeni sahibe göre yeniden çıkartılması gerekmektedir.

✓ *Payların değişim oranını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını ve devreden şirketin ortaklarının, devralan şirketteki ortaklık haklarına ilişkin açıklamalar:* Bölünen ortaklığın ortaklarının bölünmeye katılan ve malvarlığını devralan ortaklıkta/ortaklıklarda hangi usule göre ve oranda ortak olacaklarının bölünme sözleşmesi veya planında net olarak belirtilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, bölünme sonucunda bölünen ortaklığın ortaklarına bölünen ortaklıktaki haklarının tamamen karşılanmamış olması nedeni ile bir denkleştirme tutarının ödenmesi gerekli ise, bunun da açıkça yazılması gerekmektedir³³. Pay değişim oranı bölünmenin türüne ve somut olayın niteliklerine göre farklı metodlarla hesaplanabilir. Burada önemli olan, hakkaniyet ilkesine aykırı bir hesaplama yapılmaması ve bu hesaplamanın işlem denetçisi tarafından denetimden geçirilmiş olmasıdır.

✓ Devralan şirketin; intifa senedi, oydan yoksun pay ve özel hak sahiplerine tahsis ettiği hakları,

✓ Şirket paylarının değişim tarzlarını,

✓ Şirket paylarının bilanço kârına hangi tarihten itibaren hak kazanacaklarını ve bu istem hakkının özelliklerini,

✓ *Devreden şirketin işlemlerinin hangi tarihten itibaren devralan şirketin hesabına yapılmış kabul edildiği:* Bölünmenin, bölünmeye katılan ortaklıklar ve üçüncü kişiler açısından hukuken gerçekleştiği an, bölünme sözleşmesinin ve diğer hususların onaylandığı genel kurulların ilgili ticaret sicil memurluğunca tescil edildiği andır. Ancak bölünen ortaklığın işlemlerinin, devralan ortaklık hesabına yapıldığı, bize göre de bölünme sözleşmesinde öngörülebilir. Taraflar işlem geçişini daha erken başlatmak isteyebilirler ve devredilen hizmet işletmesi veya benzeri malvarlığı bunu gerektirebilir. Bu tarih tescil tarihinden önce olacağı için, bir anlamda bölünmenin *fili* geçerliliği öne çekilmiş olacaktır³⁴.

✓ Yönetim organlarının üyelerine, müdürlere, yönetim hakkına sahip kişilere ve denetçilere tanınan özel menfaatleri,

³³ Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Beta, 2004, syf. 44

³⁴ Helvacı Mehmet, a.g.e., syf. 47. Sn. Helvacı, bölünmenin “**hukuki**” geçerliliği öne çekilmesi sağlanmaktadır şeklinde görüş vermiştir.

✓ *Bölünme sonucu devralan şirketlere geçen iş ilişkilerinin listesi:*
Bölünme sonucunda ortaklıktan ayrılan işletme parçası ile birlikte, ayrılan parça bünyesinde çalışanların iş ilişkileri de, malvarlığını devralan ortaklığa nakledilmek zorundadır³⁵.

b. Bölünme Raporunun Hazırlanması

Bölünme raporu, YTTK.'nın 169. maddesinde düzenlenmiştir. Bölünmeye katılan ortakların yönetim organları, bölünme hakkında ayrı rapor hazırlarlar. YTTK.'ya göre ortak rapor da geçerlidir. Söz konusu raporun yazılı olarak hazırlanması gerekmektedir. Yukarıda birleşme raporu için yapılan değerlendirmeler, bölünme raporu için de geçerlidir.

Bölünme raporunun düzenlenmesindeki amaç, bölünme sözleşmesinde veya planında belirtilen, özellikle teknik durumların açıklanmasıdır. Bölünme raporunun öngörülmesinin bir nedeni de, özet halinde olan ve bölünme ile ilgili bilgileri kısa kısa belirten bölünme sözleşmesi veya planındaki açıklamaların daha uzun ve ayrıntılı olarak raporda açıklanması ve böylece ortaklara yeterli bilginin verilmiş olmasıdır. Bu da ortakların genel kurulda oylarına daha bilinçli bir şekilde kullanmalarını sağlayacaktır.

YTTK.'nın 169. maddesine göre, bölünme raporunun asgari içeriği aşağıdaki şekilde olmalıdır:

- ✓ Bölünmenin amacını ve sonuçları,
- ✓ Bölünme sözleşmesini veya bölünme planı,
- ✓ Payların değişim oranlarını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını, özellikle devreden şirketin ortaklarının devralan şirketteki haklarına ilişkin açıklamaları,
- ✓ Değişim oranının saptanmasında, payların değerlemesine ilişkin özellikleri,

³⁵ Helvacı Mehmet, a.g.e., syf. 48. Bu konu aşağıda açıklanacaktır.

✓ Gereğinde, bölünme dolayısıyla ortaklar için doğacak olan ek ödeme yükümlülüklerini, diğer kişisel edim yükümlülüklerini ve sınırsız sorumluluğu,

✓ Bölünmeye katılan şirketlerin türlerinin farklı olması hâlinde, ortakların yeni tür sebebiyle söz konusu olan yükümlülüklerini,

✓ Bölünmenin işçiler üzerindeki etkileri ile içeriğini; varsa sosyal planın içeriğini,

✓ Bölünmenin, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkilerini,

hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklar ve gerekçelerini ayrıntılı ve sade bir şekilde açıklamak suretiyle gösterir. Bölünme yolu ile yeni kuruluşun varlığı hâlinde, bölünme planına yeni şirketin esas (ana) sözleşmesi de eklenir.

Bölünme raporunda yer almasının gereken zorunlu maddelerin genel olarak nedeni, ortakların bilgi alma hakkı ilkesidir. Zira bölünme sözleşmesi veya planında bölünmeye ilişkin yeterli açıklama yer almayabilir ya da bölünme sözleşmesi veya planındaki açıklamaların teknik yoğunluğu nedeniyle ortaklarca doğru şekilde anlaşılmayabilir. Ortakların genel kurulda bölünme gerekçelerini doğru anlayarak oy kullanabilmeleri açısından, bölünmenin gerekliliği, şirket ve dolayısıyla ortaklar üzerindeki hukuki ve ekonomik sonuçları ortaklar tarafından tüm yönleri ve ayrıntılarıyla öğrenilmelidir. Nitekim bölünme, en genel anlamıyla, ortaklığın yeniden yapılanmasına ilişkin bir modeldir ve bu yola başvurulmasının nedenleri, bu yola başvurmaya gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve bölünmenin sonuçları tüm ortaklar tarafından daha en baştan, doğru ve tereddütsüz bir şekilde bilinmelidir.

Pay değişim oranlarının tespitinde, devredilen malvarlığı bölümünün değeri ve bölünen ortaklık ile devralan ortaklıkların ortaklık haklarının gerçek değeri göz önünde bulundurulmalıdır. Kullanılan metod da, hesaplanan ancak kullanılmayan metodlarda; tercih edilme ve edilmeme nedenleri ile birlikte bölünme raporunda açıklanmalıdır.

Bölünme işlemi sırasındaki değiş tokuş oranları bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organları tarafından saptanacaktır. Zira bu yetki doğrultusunda gerektiğinde ortaklara denkleştirme tutarı ödenmesi de mümkündür. Denkleştirme tutarı, özellikle eşdeğer olmayan bölünmelerde karşımıza çıkabilecek olan bir kavramdır. Denkleştirme tutarı bölünmeye katılan ortaklıklardaki payların arasındaki giderilemez farktan kaynaklanmalıdır³⁶. Bu müessesenin ayrıntıları aşağıda açıklanacaktır.

Tüm ortakların onaylaması hâlinde küçük ölçekli şirketler bölünme raporunun düzenlenmesinden vazgeçebilirler.

c. Bölünmenin Denetimi ve Ortakların İnceleme Hakkı

Birleşmenin denetimi ile ilgili açıklamalarımız, bölünme için de aynen geçerlidir. Ancak **bölünmede alacaklılar için ilan konusu ve teminat talebi, birleşme işlemlerinden tamamen farklıdır.**

YTTK.'nın 171. maddesi hükmüne göre, bölünmeye katılan şirketlerden her biri, **genel kurulun kararından iki ay önce**, merkezlerinde, halka açık anonim şirketler ayrıca Sermaye Piyasası Kurulunun uygun gördüğü yerlerde;

- ✓ Bölünme sözleşmesini veya bölünme planını,
- ✓ Bölünme raporunu,
- ✓ Denetleme raporunu (işlem denetçisi raporunu),
- ✓ Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları,

bölünmeye katılan şirketlerin **ortaklarının** incelemesine sunar. Ortaklar, bölünmeye katılan şirketlerden, birinci fıkrada sayılan belgelerin kopyalarının kendilerine verilmesini isteyebilirler. Suretler için bedel veya herhangi bir gider karşılığı istenemez. Burada, birleşmeden³⁷ farklı olarak, **inceleme hakkı sadece bölünmeye katılan şirketlerin ortakla-**

³⁶ Helvacı Mehmet, a.g.e., syf. 55

³⁷ ve tür değiştirmeden farklı olarak.

rına tanınmıştır. Ortaklar dışındaki kişilere inceleme hakkı tanınmamıştır.

Bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, sermaye şirketleri ayrıca internet sitesinde, inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilan yayımlarlar.

Yine birleşmede olduğu gibi, tüm ortakların onaylaması hâlinde küçük ölçekli şirketler inceleme hakkından vazgeçebilirler.

d. Alacaklıların Teminat Talepleri

YTTK.'nın 174. maddesine göre, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları; Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede yedişer gün aralıklarla üç defa yapılacak ilanla ve sermaye şirketlerinde ayrıca internet sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirmeye ve teminat verilmesi için istemde bulunmaya çağrılırlar. 175. madde hükmüne göre ise bölünmeye katılan şirketler, 174. maddedeki ilanların yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak **zorundadırlar.**

Birleşmeden farklı olarak, bölünmede bu ilan yükümlülüğünden muafiyet hiçbir şekilde söz konusu değildir. Bize göre, uygulamada çokça rastlanması açısından; hiçbir alacaklısı bulunmayan ve bunu tevsik edebilen şirketlerin, ilan yükümlülüğünden muaf olması isabetli olacaktır. Bölünmeye itibar edilen mali tablolara ve işlem denetçisi raporuna göre alacaklısı olmayan bir şirketin, ilan yükümlülüğü bulunması, teorik açıdan da pratik açıdan da anlamlı değildir. Alacaklısı olmayan şirketler açısından gerek yapılacak masraf bakımından gerekse bölünme prosedürünü gereksiz yere uzatacak olan bu aşamanın, ilerleyen süreçlerle çözüleceğini değerlendiriyoruz.

Tam bu esnada YTTK.'nın 173. maddesi hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere birleşme işlemlerinde alacaklıların teminat talebi, birleşme ile ilgili genel kurulların yapılması ve birleşme işlemlerinin ilgili ticaret sicil memurluğunda tescil edilmesinden yani birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra yapılabi-

liyordu. Oysa YTTK.'nın 173. maddesi hükmü, bölünme için tam tersi bir durum öngörmüştür. Buna göre alacaklıların talep edeceği teminatların sağlanmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları, bölünme sözleşmesini veya bölünme planını genel kurula sunabilecektir. Yani birleşmeden tamamen farklı olarak, işlemin tescil edilmesinden ziyade, bölünmeye dair genel kurulların yapılması dahi, alacaklıların talep edeceği teminatların verilmemesi halinde mümkün olmayacaktır. Söz konusu husus Kanun gerçeğinde şöyle açıklanmıştır: Bölünme kararı, bölünmenin hukuken gerçekleştirilmesinin, şirketin/şirketlerin ve şirket paylarının yeniden yapılandırılmalarının ve bölünen şirketin hukukî yazgısının en önemli aşamasını oluşturur. Bu karar tam bölünmede, bölünen şirketin malvarlığının başka ortaklarca paylaşılması ve şirketin sona erip sicilden silinmesi, gereğinde yeni şirketlerin oluşması ve bölünen şirketin ortaklarının katılma paylarının devralan şirkette veya şirketlerde bir düzene bağlanması sonucunu doğurur. Bu sebeple bölünme sözleşmesinin veya planının, içinde şirket haklarının kullanıldığı organa yani genel kurula sunulması gerekir. Bölünme sözleşmesi veya planı 175. maddeye göre alacakların güvence altına alınmasından sonra genel kurula sunulabilir. Bu hükümle, alacaklıları güvence altına almadan (alamayan) bölünmeye izin verilmemesi amaçlanmıştır.

Şirket, talep eden alacaklısına her türlü ayni ve şahsi nitelikte teminat verebilir. Bölünmeye katılan şirket çalışanlarının, şirketten alacaklarının bulunması halinde, bu kişiler de teminat talep edebileceklerdir.

Bölünme ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin, bir işlem denetçisinin raporuyla ispatı hâlinde, teminat altına almak yükümü ortadan kalkar. Bu istisna ilan yükümlülüğü ile karıştırılmamalıdır. YTTK.'nın 174. maddesi hükmüne göre teminat altına alma yükümlülüğü kalkabiliyor ancak bölünmeye katılan şirketlerin (bölünme yolu ile yeni kurulan şirket hariç olmak üzere) ilan yükümlülüklerinden muaf tutulması mümkün kılınmıyor.

Diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının işlem denetçisi raporu ile anlaşılması hâlinde, şirket, teminat göstermek yerine borcu ödeyebilir. Burada zarara uğramaktan kasıt, ödeme yapılmayan diğer alacaklıların alacağının ödenmesi ihtimalinin zorlaşması veya ciddi riske girmesi olarak yorumlanabilir.

e. Bölünme İle İlgili Genel Kurulların Yapılması

Birleşme için yukarıda söylenenler, bölünme için de geçerlidir. YTTK.'nın 173. maddesi hükmüne göre, alacaklılar için öngörülen teminatın sağlanmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları, bölünme sözleşmesini veya bölünme planını genel kurula sunar. Genel kuruldaki nisaplar, genel nisaplardan farklılık göstermekte olup, bu husus aşağıda açıklanacaktır.

Genel kurullarda bölünmenin onaylanması kararı ile beraber alınabilecek diğer kararlardan da bahsetmek uygun olacaktır. Bölünme işlemleri sonucunda, bölünen şirkette **esas sermayenin azaltılması kararı alınabilir**. Kısmî bölünmede, bölünen (devreden) ortaklıkta ortaklıktan ayrılan malvarlığı bölümünün oransal olarak sebebiyet verebileceği öz sermaye kaybının kanuni ve finansal açıdan yol açabileceği tehlikelerin veya ortaya çıkabilecek çeşitli sakıncaların ortadan kaldırılabilmesi, yani sermayenin yeni duruma uygunluğunun sağlanabilmesi için çoğu kez sermayede azaltma yolu ile bir düzeltme yapılması gerekli görülebilir ³⁸. Yani sermaye azaltılması, her bölünmede başvurulması zorunlu bir yol değildir. Somut işlemin şartlarına göre, gerekli görüldüğü takdirde başvurulacaktır.

Belirtmek gerekir ki, hükümden de anlaşıldığı üzere YTTK.'da, olağan prosedüre göre (YTTK.'nın 474 ve 475. maddeleri uygulanmayacaktır³⁹) daha kolay ve basit bir sermaye azaltma prosedürü öngörülmüş-

³⁸ Gerekçe, syf. 463

³⁹ "**MADDE 473-** (1) Bir anonim şirket sermayesini azaltarak, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarmıyorsa, genel kurul, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesini karara bağlar. Genel kurul toplantısına ilişkin çağrı ilanlarında, mektuplarda ve internet sitesi bildiriminde, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağı ayrıntılı bir şekilde ve hesap verme ilkelerine uygun olarak açıklanır. Ayrıca yönetim kurulu bu husuları içeren bir raporu genel kurula sunar, genel kurulca onaylanmış rapor tescil ve ilan edilir. (2) İşlem denetçisinin raporuyla, sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilmez. (3) Genel kurulun kararına 421 inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi uygulanır. Kararda işlem denetçisi raporunun sonucu açıklanarak sermayenin azaltılmasının ne tarzda yapılacağı gösterilir. (4) Esas sermayenin azaltılması sebebiyle kayıtlara göre doğacak defter kârı sadece payların yok edilmesinde kullanılabilir. (5) Sermaye hiçbir suretle

tür. Nitekim ilgili tebliğin izin vermesi sonucunda, mevcut kısmi bölünme uygulamasında basit usul sermaye azaltımı uygulanmaktadır.

YTTK.'da, hangi hallerde sermaye azaltımına gidileceği belirtilmemiş olup, somut olaya göre yönetim organları ve bize göre işlem denetçisi, buna karar verecektir. Mevcut uygulamada kısmî bölünme işlemleri için, bölünen ortaklığın malvarlığının bölünmeye konu kısmı, devralan ortaklık ya da ortaklıklara geçmekte, ancak bölünen ortaklık bu devir nedeni ile hiçbir karşılık almayabilmektedir. Zira bölünme sonucunda elde edilen, devralan ortaklığın payları, bölünen ortaklığın uhdesinde değil; bölünen ortaklığın ortaklarına geçebilmektedir. Elbette bu, yeniden yapılanma projesi kapsamında bir tercihtir. Böyle bir olasılıkta, bölünen ortaklıkta bilanço dengesini sağlamak için bir sermaye azaltımına gidilmesi gerekmektedir. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, bölünen

332 nci madde ile belirlenen en az tutardan aşağı indirilemez. (6) Bu madde ile 474 ve 475 inci maddeler, kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına kıyas yoluyla uygulanır.

MADDE 474- (1) Genel kurul esas sermayenin azaltılmasına karar verdiği takdirde, yönetim kurulu, bu kararı şirketin internet sitesine koyduktan başka, 35 inci maddede anılan gazetede ve aynı zamanda esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde, yedişer gün arayla, üç defa ilan eder. İlanda alacaklılara, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesindeki üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarını bildirerek bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebileceklerini belirtir. Şirketçe bilinen alacaklılara ayrıca çağrı mektupları gönderilir. (2) Sermaye, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olursa, yönetim kurulunca alacaklıları çağdırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebilir. “

MADDE 475- (1) Sermaye, ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden veya teminat altına alınmasından sonra azaltılabilir; aksi hâlde alacaklılar şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde sermayenin azaltılması işleminin tescilinin ilan edilmesinden itibaren iki yıl içinde sermayenin azaltılmasının iptali davası açabilirler. Teminatın yetersizliği hâlinde de yargı yolu açıktır. (2) Azaltma kararının uygulanabilmesi için, pay senetleri miktarının, değiştirme veya damgalama yoluyla ya da diğer bir şekilde azaltılmasının gerekli olduğu hâllerde bu husus için yapılan ihtarla rağmen geri verilmeyen pay senetleri şirketçe iptal edilebilir. Tebliğde şirkete geri verilmeyen senetlerin iptal edilecekleri yazılır. (3) Pay sahiplerinin, değiştirilmek üzere şirkete geri verdikleri pay senetlerinin miktarı, karar gereğince değiştirmeye yetmezse, bu senetler iptal olunarak bunların karşılığında verilmesi gereken yeni senetler satılıp paylarına düşen miktar şirkette saklanır. (4) Yukarıdaki fıkralarla, 473 ve 474 üncü maddelerde yazılı şartlara uyulmuş olduğunu gösteren belgeler ibraz edilmedikçe esas sermayenin azaltılmasına dair karar ve sermayenin gerçekten azaltılmış olması olgusu ticaret siciline tescil olunamaz.

şirketin serbestçe tasarruf edebileceği sermaye ve/veya kar yedekleri yani kısaca iç kaynağı imkan veriyorsa, azalan sermaye iç kaynaklardan eş zamanlı olarak artırılarak karşılanabilmektedir. Böyle bir durumda, gerçek anlamda bir sermaye kaybı değil; öz kaynak tenzili söz konusu olmaktadır. Nitekim uygulamada bu yola sıkça başvurulmaktadır. Kanımızca, YTTK. döneminde de, ikincil mevzuatla birlikte, sermaye kaybının iç kaynaktan karşılanarak eş zamanlı azaltım/artırım yapılmasına olanak sağlanacaktır. Bu karar da, bölünme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul kararı ile eş zamanlı olarak yine genel kurul tarafından verilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere bu sermaye azaltım işlemi, basitleştirilmiş bir yöntemle yapılacaktır. Bölünme müessesesinde, alacaklılar için özel koruma önlemleri söz konusu olduğu için, alacaklılar açısından bir tehlike bulunmamaktadır. Diğer taraftan olağan sermaye azaltım prosedürünün uygulanmasının bölünme işlemlerinin hem masraflar hem de süre yönünden ciddi şekilde ağırlaşmasına neden olacağı açıktır⁴⁰.

Tam bölünmede, bölünen ortaklık infisah edip, ticaret sicilinden terkin edildiği için, sermaye azaltılması söz konusu olmamaktadır.

YTTK.'nın 163. maddesine göre, **devralan ortaklık sermayesini, devreden ortaklığın ortaklarının haklarını koruyacak tutarda artırır.** Aynı maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre bölünmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz. Zira bölünme sebebiyle bir çok koruyucu hüküm zaten öngörülmüştür.

F. BİRLEŞME VE BÖLÜNME İLE İLGİLİ ÖZELLİKLİ HUSUSLAR

a. Önemli Mal Varlığı Değişiklikleri:

YTTK. düzenlemesine göre⁴¹, yeniden yapılanma sözleşmesinin/planının hazırlanmasından sonra, malvarlığında önemli değişikliklerin

⁴⁰ Helvacı Mehmet, a.g.e., syf. 75-76

⁴¹ “YTTK. md 150: **MADDE 150-** (1) Birleşmeye katılan şirketlerden birinin aktif veya pasif varlıklarında, birleşme sözleşmesinin imzası tarihiyle, bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında, önemli değişiklik meydana gelmişse, yönetim organı, bu durumu kendi genel kuruluna ve birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim or-

olması halinde, yönetim organları bu durumu kendi genel kurullarına ve diğer taraf şirketlerin yönetim organlarına bildirmek zorundadırlar. Buna göre değişiklik veya yeniden yapılanmadan vazgeçilmesi düşünülebilecektir.

Birleşme sözleşmesi veya Bölünme sözleşmesi/planının hazırlanmasından sonra, malvarlığında meydana gelen önemli değişikliklerin ilgili yönetim organlarına bildirilmesi gerekmektedir. Zira bölünme sözleşmesinin imzalanma tarihi ile bölünmenin genel kurulun onayına sunulması arasında belli bir sürenin geçeceği muhakkaktır. Ayrıca 171. maddede düzenlenen inceleme hakkı gereği de iki aylık bir kanuni süre söz konusudur. Bu süre içerisinde faal olan bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında değişiklikler olması olasıdır.

Buna göre bölünme açısından YTTK.'nın 172. maddesindeki atıf nedeniyle birleşme için düzenlenen 150. maddenin kıyasen uygulanması neticesinde, birleşmeye ve bölünmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarında, birleşme sözleşmesinin veya bölünme sözleşmesinin/planının imzalandığı tarihle, bu sözleşmenin/planın genel kurula onaya sunulacağı tarih arasında, önemli değişiklikler meydana gelmişse, yönetim organı bunu kendi genel kuruluna (olağan üstü olarak yapılacak bir genel kurul) ve bölünmeye veya birleşmeye katılan diğer ortaklıkların yönetim organlarına yazılı olarak bildirmek zorundadır. **Hükümden de anlaşıldığı üzere düzenleme yönetim organına iki yönlü ve kesin bir bildirim borcu yüklemektedir.**

Bildirimin, incelemenin yapılmasına ve gerekli önlemlerin alınmasına olanak sağlayacak şekil ve zamanda yapılması dürüstlük kuralı gereğidir⁴². YTTK. gerekçesinde malvarlığında önemli değişiklik kavramının uygulama ile tanımlanacağı belirtilmiş ancak önemli değişikliğin bölünmenin temelini bozacak ve bu anlamda değiş-tokuş oranını etkileyebilecek şekilde olması gerektiği de belirtilmiştir⁴³. Örneğin şirketin önemli

ganlarına yazılı olarak bildirir. (2) Birleşmeye katılan tüm şirketlerin yönetim organları, bu durumda birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçmeye gerek olup olmadığını incelerler; böyle bir sonuca vardıkları takdirde, onaya sunma önerisi geri çekilir. Diğer hâlde, yönetim organı genel kurulda, birleşme sözleşmesinde uyarlamaya gerek bulunmadığının gerekçesini açıklar.”

⁴² Gerekçe, syf. 454

⁴³ Gerekçe, syf. 455

bir gayrimenkulünü satması, yüklü meblağda bir banka kredisi alması, maddi riski fazla olan bir davayı kaybetmesi gibi.

Böyle bir bildirimin yapılması durumunda, ilgili maddenin ikinci fıkrasına göre, bölünmeye katılan tüm ortaklıkların yönetim organları, buna göre bölünme sözleşmesinin değiştirilmesine veya bölünmeden vazgeçilmesine gerek olup olmadığını incelerler; böyle bir sonuca ulaştıkları takdirde, genel kurulun onayına sunma önerisi geri çekilir. Aksine bir karara varılırsa yönetim organı bunun gerekçelerini genel kurulda açıklar. YTTK.'daki hükümden anlaşıldığına göre, alınan bilginin değerlendirilmesi kural olarak yönetim organlarına verilmiştir. Aynı husus YTTK. gerekçesinde de belirtilmiştir⁴⁴.

Kanımızca, bölünmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarında önemli değişiklikler olması durumunda, bunun yalnızca bölünmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarına değil, birleşme veya bölünmenin işlem denetçisine de bildirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu değişiklikler denetim raporunda da önemli değişikliklere yol açabilir. Hatta yönetim kurulu genel kurullarda bu konu müzakere edilmeden önce, işlem denetçisine başvurarak görüş almalı ve bu görüşle beraber genel kurullara ve diğer şirketlerin yönetim organlarına bilgi vermelidir. Kanımızca bu yükümün, emredici bir hükümle zorunlu hale getirilmesi gerekmektedir. Nitekim, bir çok yönü ve özellikle ayrıntıları ile teknik işlemler dizisi olan birleşme ve bölünme, çoğu kez uzman bir kişinin veya kuruluşun danışmanlığında gerçekleştirilmektedir. Bu gerçek karşısında, mal varlığı değişikliğinin yahut başka bir önemli değişikliğin doğru ve geçerli olarak analiz edilip, birleşme veya bölünme sonrasındaki etkilerinin, yeniden yapılanmanın avantajlarının yitip yitmediğinin bir uzman tarafından da yorumlanması ve bu açıdan yönetim organına destek olunması kanımızca, birleşme veya bölünmeye katılan şirketlerin ortakları açısından çok daha isabetlidir. Bu durum işlem denetçisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, bir başka uzman kişi veya kuruluş tarafından da yapılabilir. Bilinçli oy kullanımı için bahsettiğimiz bu gereklilik, bize göre kaçınılmazdır.

Malvarlığındaki önemli değişikliğe dair bilginin zamanında verilmemesi veya hiç verilmemesi YTTK. sistemi karşısında sorumluluk se-

⁴⁴ Gerekçe, syf. 455

bebidir. Sorumluluğun kime veya kimlere karşı olduğu, sadece bildirim yükümü altındaki yönetim organının mı sorumlu tutulacağı ve diğer alt sorulara YTTK. ve Kanun gerekçesi cevap vermemiştir. Bu soruların cevaplarını yargı içtihatları belirleyecektir. Ancak bize göre, işlemi yürüten yönetim organlarının sorumluluğu kaçınılmazdır. Ayrıca birleşme veya bölünme işlemine katılan tüm ilgililer de (işlem denetçisi, danışman vb. kişiler) sorumlu olacaktır. Bunun gibi doğru ve tam bilgiden yoksun olumlu oy vermiş ortağın birleşme veya bölünmenin iptali için dava açma hakkı da doğacaktır. Belirtmek gerekir ki, yönetim organın mal varlığı değişikliğini objektif kriterlere göre doğru değerlendiremeyip, birleşme veya bölünme kararından vazgeçmesi de, şartları varsa, sorumluluk sebebi sayılabilecektir.

b. Birleşme İçin Öngörülen Ayrılma Akçesi Ödemesi ile Birleşme ve Bölünme İçin Öngörülen Denkleştirme Ödemesi

Ayrılma akçesi, YTTK.'nın birleşme işlemleri için getirdiği en önemli yeniliklerden birisidir. Hemen belirtmek gerekir ki, ayrılma akçesi sadece birleşme işlemleri için öngörülmüş olup, bölünme için öngörülmemiştir. Nitekim YTTK.'nın 161/1. maddesinde tam ve kısmi bölünmede şirket payları ve haklarının YTTK.'nın 140. maddesi kapsamında korunacağı hükme bağlanmış ancak ayrılma akçesine dair 141. maddeye atıf yapılmamıştır⁴⁵. Oysa uygulamadaki yoğun ihtiyaç göz önüne alındığında, bu hükmün bölünme içinde düzenlenmiş olması çok isabetli olurdu görüşündeyiz. Birleşme için düzenlenen pek çok hükmün kıyasen bölünme için de uygulanabildiğini düşünürsek, ayrılma akçesinin bölünme için de uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Uygulama ve yargı içtihatları ile belki ileride yapılacak yasal değişikliklerle ayrılma akçesinin bölünme için de uygulanacağını düşünüyoruz.

Ayrılma akçesine dair iki maddeyi bir arada değerlendirmek uygun olacaktır. Ayrılma akçesi YTTK.'nın 141. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak **şirket paylarının gerçek değerine denk gelen** bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler. Bu hak sadece devrolunan şirket ortaklarına tanınmıştır. Nitekim YTTK.'nın 141. maddesinde ikti-

⁴⁵ Coştan Hülya, a.g.e., syf.174

sap edilecek paylardan bahsedilmiş olup, devralan şirket ortaklarının birleşme nedeniyle pay iktisap etmeleri söz konusu olmayıp, devrolunan şirketin pay sahiplerinin devralan şirket paylarını iktisap etmeleri söz konusudur. Ancak uygulamada, oybirliği ile alınacak bir genel kurul kararında, bu hakkın devralan şirket ortaklarına da tanınmasının uygun olacağını düşünüyoruz. Nitekim aslolan ortakların iradesi ve şirket iç barışının sağlanması ise, bu hak devralan şirket ortakları için de geçerli olmalıdır. Zira bize göre birleşme sözleşmesi, tüm ortakların paylarının ellerinden alınarak, taraf iradelerine ve hakkaniyete uygun yeni bir pay dağılımı yapılmasını öngörebilir.

Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler. Buna göre YTTK., seçimlik ayrılma akçesi ve zorunlu ayrılma akçesi olarak iki çeşit ayrılma akçesine yer vermiştir⁴⁶. Yukarıda belirttiğimiz, devralan şirket ortaklarına da ayrılma akçesi tercih hakkı sunulması gerektiğini yönündeki görüşümüz burada geçerli değildir. Zira taraf iradelerinin karşılıklı olarak uygun olması hali ile devralan şirket ortaklarına tek taraflı bir hak tercihi ile şirketten çıkartılmalarını sağlamak aynı şekilde değerlendirilemez. Bu nedenle devralan şirket ortakları, büyük çoğunluk kararı olsa da, birleşme esnasında ayrılma akçesi ödenmesi yolu ile şirketten çıkartılamayacaklardır.

Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyorsa bunun, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanın olumlu oylarıyla onaylanması şarttır⁴⁷.

Söz konusu maddelerin değerlendirilebilmesi için Kanun gerçekçesine de bakılması gerekmektedir. Gerçekçe göre, birleşmede temel ilkelere birisi, ortak olma durumunun devamlılığıdır⁴⁸. Mer'i 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu pay sahipliğinin devamı ilkesini emredici bir şekilde öngörmüştür. Oysa ilkeyi gerekçe göstererek, birleşmeye katılmak istemeyen, birleşmeyi kendi menfaatine aykırı gören devredilen şirketin ortaklarını zorla devralan şirkette tutmak doğru değildir. Bu sebeple YTTK.'nın 141. maddesi modern şirketler hukuku anlayışına uygun ola-

⁴⁶ Coşan Hülya, a.g.e., syf. 173

⁴⁷ YTTK. md. 151

⁴⁸ YTTK.'nın 140. maddesi, **pay sahipliğinin devamı ilkesi**.

rak, ortaklara yenilik doğurucu bir seçim hakkı tanımaktadır. Ortaklar isterlerse, ortak olma durumlarını ilke gereği devralan veya yeni kurulan şirkette devam ettirirler, isterlerse birleşme sözleşmesinde öngörülen ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılırlar. Maddeye göre, birleşik şirkette olmak istemeyen devrolan şirket paydaşları ayrılma akçesini alarak şirketten çıkabilirler. Böylece anonim şirketlerde ortağa şirketten çıkma olanağı sağlanmış olur. **Madde ayrıca arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkaran azınlığı ve/veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma hakkını büyük çoğunluğa vermektedir. Çünkü bu karar sermayenin yüzde doksanınin oylarıyla alınacaktır.** Daha açık bir ifadeyle denilebilir ki, bu hükmün özelliği, birleşmeye karşı olan ortağın veya ortakların şirketten çıkarılmaları olanağını devredilen şirkete sağlamıştır. Böylece YTTK. ile birlikte ortağı şirketten çıkartan bir birleşme türü de hukuk sistemimize dahil olmuş bulunmaktadır.

Büyük çoğunluğunun kararı ile ve ayrılma akçesi verilerek ortaklıktan çıkartılan ortağın, buna itiraz hakkı yoktur ancak ayrılma akçesinin hesabında hukuka aykırılık olduğunu düşünüyorsa itiraz edebilir. Uygulama açısından bu tarz davaların çok uzun sürebilecek olması, sıkıntı yaratacaktır. Bu nedenle tarafların mümkün olduğunca uzlaşma çabasında olmaları, her iki tarafın da yararına olacaktır.

Ayrılma akçesi kararı için sermayenin yüzde doksanınin olumlu oyu şartı, oldukça yüksek bir nisaptır. Nitekim Kanun gerekçesine göre, Türk hukukunda yeni olan bu çıkarma yetkisi, şirket iç barışını sağlamaya yöneliktir. Huzuru bozan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları gerektiği görüşü modern şirketler hukukunda gün geçtikçe ağırlık kazanmakta olup, şirketin menfaatine olan bir kararın alınmasını kendisine özel menfaat sağlanmasına bağlayan bir ortağın şirketten çıkarılması anonim şirketlerin niteliğine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir.

Kanun gerekçesine göre, ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Karşılık olarak başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul değeri, meselâ değiştirilebilir tahvil verilebilir. Böylece, üç köşeli birleşmelere de kanunen olanak tanınmış olmaktadır. Yani birleşme işlemine doğrudan taraf olmayan başka bir şirketin payı da, birleşme sebebiyle devrolunan şirketten ayrılan ortağa verilebilecektir. Ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek ye-

deklerden alınması, yoksa sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerekir. Burada özellikle bir konunun belirlenmesinde fayda vardır. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere⁴⁹, ortakların ayrılma akçesini seçmesi nedeniyle kendilerine ödenecek ayrılma akçesi tutarının şirketin mal varlığını azaltacağı şüphesizdir. Ödenecek bu tutarını, birleşme nedeniyle devralan şirketin yapacağı sermaye artışı tutarını ve dolayısı ile pay değişim oranını etkileyeceği açıktır. Tam bu esnada, ayrılma akçesi tutarına dair açılacak bir dava, birleşme sürecini uzun vadede belirsiz bir hale sokabilecektir. Ayrıca Kanun'da buna dair bir düzenleme yapılmadığı ve bir sınır öngörülmediği için, çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir. Bu nedenle bu husus, şirketler ve işlem denetçileri tarafından hassasiyetle değerlendirilmelidir.

Bize göre, ayrılma akçesi olarak şirketten çıkan veya çıkartılan ortakların payları, şirket tarafından iktisap edilmeyip, iptal edilmesi daha uygun olacaktır.

Ayrılma akçesi taleplerinin, birleşme işlemlerinin tescilinden önce yapılıp, tamamlanması, işlem denetçisinin de raporunu buna göre şekillendirmesi gerekmektedir. Zira ödenecek ayrılma akçesi tutarı, şirketi mer'î Kanun'daki 324, YTTK.'da ise 376 madde kapsamındaki sermaye kaybı tehlikesine sokmamalıdır. Bu hususun işlem denetçisi tarafından dikkatle incelenmesi ve raporunda bunu açıkça belirtmesi gerekmektedir.

YTTK.'nın 140. maddesinin ikinci fıkrası, daha önce birleşme işlemlerinde izin verilmeyen **denkleştirme ödemesini (akçesini) düzenlemektedir**. Hemen belirtmek gerekir ki YTTK.'nın 161/1. maddesi gereği denkleştirme akçesi bölünme işlemleri için de geçerlidir. Gerekçeye göre denkleştirme akçesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinde sıkça, hemen hemen her zaman, ortaya çıkan küsurun atılması karşılığında verilecek nakdi ifade eder. Kanun gerekçesinde denkleştirme akçesinin nakit olacağı belirtilmiştir⁵⁰. Ancak kanımızca ayrılma akçesinde olduğu gibi denkleştirme akçesinin aynı ya da nakdi olarak ödenebilmesine imkan

⁴⁹ Coşan Hülya, a.g.e., syf. 175

⁵⁰ Gerekçe, syf. 450

tanınmalıdır. Zira bölünme işlemlerinin pratik ve kolay yapılabilmesi açısından böylesi daha elverişlidir⁵¹.

Denkleştirme akçesi bölünmenin kavramsal bir ögesi olmayıp, bölünmenin uygulanmasını kolaylaştıran bir araçtır. Yani denkleştirme ödemesi aslında istisnai bir durumdur. Meselâ, devrolunan ortaklığın ortaklarına devralan ortaklıkta beherinin⁵² itibârî değeri on Türk Lirası ve bir kuruş değerinde pay verilecekse, devralan ortaklıkta bu değerde veya katları değerinde pay bulmak çok zordur. Oysa bir kuruş (yani bir kuruşlar toplamı) nakit olarak ortaklara ödenirse bölünmenin uygulaması kolaylaşır⁵³. Ancak bazen kolaylaştırmak dışında, hak kaybını önlemek için de bu yola başvurulabilir. Daha açık bir ifade ile tahsis edilen ortaklık haklarının değerinin, bölünen ortaklığın ortaklarının mevcut haklarını karşılayamaması durumunda denkleştirme ödemesi yapılabilecektir⁵⁴. Hüküm uyarınca denkleştirme akçesi, verilen payın gerçek değerinin onda birini aşamaz. Denkleştirme ödemelerinin toplamının serbestçe tasarruf edilebilecek öz kaynağı aşmaması ve alacaklılar açısından haksızlığa yol açamaması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵.

Denkleştirme akçesi için YTTK.'nın 191. maddesi de önemli bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre, birleşmede, bölünmede ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya **ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde**, her ortak, birleşme, bölünme⁵⁶ kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir. Denkleştirme akçesinin bu şekilde belirlenmesinde devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartı uygulanmaz. Ayrıca davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları hâlinde, mahkeme kararı, birleşmeye veya bölünmeye⁵⁷ katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğurur. Bu davanın giderleri devralan

⁵¹ Aynı fikirde bkz., Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf. 82

⁵² Herbirinin.

⁵³ Gerekeçe, syf. 450

⁵⁴ Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf. 81

⁵⁵ Coştan Hülya, a.g.e., syf 180

⁵⁶ veya tür değiştirme.

⁵⁷ veya tür değiştirmeye.

şirkete aittir. Özel durumların haklı göstermesi hâlinde, mahkeme giderleri kısmen veya tamamen davacıya yükletilebilir.

Ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez.

c. Tasfiye Halindeki veya Sermaye Kaybı Olan Şirketlerin Birleşme İşlemlerine Katılabilmesi

YTTK. ile birlikte, tasfiye halindeki şirketler ve sermayesini kaybeden şirketler de birleşmeye taraf olabileceklerdir⁵⁸. Mevcut uygulamada, YTTK.'nın aksine, şirket tasfiye halindeyse ve birleşmeye katılacaksa, önce mahkeme kararı ile tasfiyeden çıkması gerekiyordu. Yeni Kanun ise, eğer tasfiye bakiyesi dağıtımına başlanılmamışsa, yani tasfiye sürecinde paraya çevrilen malların, tasfiye bakiyesi olarak ortaklara dağıtımına başlanılmamışsa, tasfiye halindeki bu şirketler, birleşmeye devrolan (ortadan kalkan, infisah eden) şirket olarak katılabileceklerdir. Mevcut duruma göre kolaylaştırılan bu prosedür, şüphesiz uygulamada pek çok soruna cevap verecektir.

Yeni düzene göre, şirket, sermayesini kaybetmiş olsa ve hatta borca batık olsa dahi, devralan veya devreden şirketin kayıp sermayesini karşılayacak kadar bir mal varlığına sahip olması koşuluyla, birleşmeye katılabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu tür bir birleşmeye karar verilmiş olması yönetim organını, YTTK.'nın 376.⁵⁹ maddesinde öngörülen

⁵⁸ “**Tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılması MADDE 138-** (1) Tasfiye hâlindeki bir şirket, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla, birleşmeye katılabilir. (2) Birinci fıkradaki şartların varlığı, bir işlem denetçisinin, bu hususu doğrulayan raporunun, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulmasıyla ispatlanır.

d) Sermayenin kaybı veya borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma MADDE 139- (1) Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir. (2) Birinci fıkradaki şartın gerçekleşmiş olduğunu ispatlayan bir işlem denetçisi tarafından hazırlanan raporun, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulması şarttır. “

⁵⁹ “**MADDE 376-** (1) Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu

yükümlülüklerinden kurtarmaz. Belirtmek gerekir ki, yetkili mahkeme tarafından hakkında iflas kararı verilmiş bir şirketin; kendi malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kalkmış olacağı için, YTTK.'nın 139. maddesine göre birleşmeye katılmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.⁶⁰ Burada tartışılması gereken husus, borca batık olan, yani aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği durumda uygulamanın nasıl olacağıdır. Bize göre, bu durumdaki şirket; hakkında verilmiş bir iflas kararı da olmadığı için birleşmeye katılabilecektir. Ancak bunun için yönetim organının YTTK.'nın 376. maddesindeki yükümlülükleri kapsamında; asliye ticaret mahkemesine başvurması ve iflasın ertelenmesi hakkında kararı aldirmek suretiyle birleşme işlemine taraf olarak katılması gerektiği görüşündeyiz. Nitekim Kanun gerekçesine göre, eksi veya borca batık bilançonun varlığı bir şirketin birleşmesini engellemez; yeter ki, devralan veya devralınan şirket, birleşmeye katılan diğer tafa ya da tarafların açığını kapatabilecek tutarda serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığa sahip olsun. Batık şirket devralan veya devrolunan olabilir. "Serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık" ile sermaye ve belli bir harcanma amacına bağlanmamış yedek akçeler anlaşılır. Başka bir deyişle, toplam özvarlıktan sermaye, müstahdem ve işçiler için ayrılmış yedek akçeler gibi belli bir amaca bağlı ihtiyarî yedek akçeler ve ge-

hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar.(2) Son yıllık bilanço'ya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağırılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. (3) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilanço'yu, en çok yedi iş günü içinde ince-ler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerde 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınması şarttır. Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister; meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildirimi olarak kabul olunur."

⁶⁰ Coştan Hülya, a.g.e., syf. 121

nel kanunî yedek akçenin harcamalar için kanunen tahsisli kısmı çıktıktan sonra kalan özvarlık üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir. Ancak ihtiyarî bir yedek akçenin tahsis amacı genel kurulca kaldırılırsa, o yedek akçe de serbest özvarlığa eklenir. Sermaye sözcüğü esas veya çıkarılmış sermaye anlamına gelir. Eksi veya borca batık bilânçonun devralan veya devrolunan şirkette bulunması önemli değildir.⁶¹ Kanımızca, özellikle borca batık şirketlerin birleşmeye katılması, uygulama ile şekillenecektir.

Burada özellikle belirtmek gerekiyor ki, tasfiye halindeki ve/veya sermayesini kaybeden şirketlerin yeniden yapılanmaya katılması sadece birleşme için öngörülmüştür. Bölünme⁶² işlemleri için böyle bir imkan söz konusu değildir.

Bu her iki özellikli durum da, yani tasfiye halindeki şirketlerde tasfiye bakiyesinin ortaklara dağıtımına başlanılmamış olması ve sermayesini kaybetmiş şirketlerin birleşme işlemlerine katılabilmesi için, bu şartları mevcudiyetini gösteren bir işlem denetçisi raporu olması ve bunun ilgili ticaret sicil memurluğuna ibrazı şarttır.

d. Bölünme ve Birleşme İşlemlerinde Zorunlu Olan Toplantı ve Karar Nisapları:

Söz konusu yeniden yapılanma işlemleri için mevcut mevzuattan farklı olarak yeni ve ağırlaşmış nisaplar öngörülmüştür, buna göre:

✓ **Anonim Şirketlerde:** Sermayenin çoğunluğu ve mevcut oyların $\frac{3}{4}$ 'ü

✓ **Limited Şirketlerde:** Sermayenin $\frac{3}{4}$ ve ortakların $\frac{3}{4}$ 'ü

✓ **Payları Borsada İşlem gören Halka Açık Anonim Şirketlerde:** Sermayenin $\frac{1}{4}$ 'ünün hazır olduğu toplantıda mevcut oyların çoğunluğudur.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, birleşme işlemlerinde bu temel nisaplara ek olarak, ayrılma akçesi (YTTK. md. 141) kabul edilecekse tüm

⁶¹ Gerekçe syf. 443-444

⁶² Bu imkan tür değişikliği için de öngörülmemiştir.

oyların %90'ını şarttır. Bölünmede böyle bir imkan olmadığı için bir nisap öngörülmemiştir.

Yukarıda açıklanan oranların korunmadığı bölünmelerde, tüm oyların %90'ını şarttır.

e. Kolaylaştırılmış Usulde Birleşme

Buraya kadar, şirketlerin birleşmesi işlemleri için öngörülen yoğun ve ağır prosedürden bahsettik. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, şirketler birleşme işlemleri için oldukça zahmetli ve masraflı bir süreç yaşayacaklardır. Ancak YTTK., şartların varlığı halinde sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmelerine de imkan tanımıştır. Burada belirtmek gerekir ki, şahıs şirketlerinin ve sermaye şirketlerinden birisi olarak sayılmadıkları için kooperatiflerin, kolaylaştırılmış bir şekilde birleşmeleri mümkün değildir. YTTK. 155. maddesi hükmüne göre:

✓ Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya

✓ Bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına,

sahiplerse sermaye şirketleri kolaylaştırılmış düzene göre birleşebilirler.

Yine, devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse, azınlıkta kalan pay sahipleri için;

✓ Devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi şirket payları yanında, 141. maddeye göre, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdî bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması ve

✓ Birleşme dolayısıyla ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmaması,

hâlinde birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleştirilir.

YTTK.'nın 156. maddesine göre, şirketlere sağlanan kolaylıklar şunlardır: **Birleşmeye katılan sermaye şirketleri, birleşme raporunu düzenleme, birleşme sözleşmesini denetletme hakkı ile inceleme hakkını sağlamakta yükümlü olmadıkları gibi, birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına da sunmayabilirler.**

Birleşmeye katılan ve devralan sermaye şirketinin, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse, bu sermaye şirketleri, birleşme raporunu düzenlemeye ve birleşme sözleşmesini genel kurula sunmaya da zorunlu değildir. İnceleme hakkının, birleşmenin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan otuz gün önce sağlanmış olması gerekmektedir.

f. Yeniden Yapılanma İşlemleri İçin Yeni Dava Hakları

Dava haklarından, yazımızın farklı yerlerinde zaman zaman bahsettik. Yeni Kanun ile mevcut dava haklarının yanı sıra, yeni dava hakları öngörülmüştür. Denkleştirme davası ve iptal davası, sorumluluk davası gibi.

Denkleştirme davası (ki aslında bir tazminat davasıdır), birleşme veya bölünmeyi geçersiz kılmaz. İptal davasında ise, usulsüzlük giderilmezse, yeniden yapılanmayı iptal ettirebilir.

Sorumluluk davası; birleşme veya bölünmeye herhangi bir nedenle katılmış olan tüm ilgililerin; şirketler, ortaklara ve alacaklılara verdikleri zararlardan kusurlularsa sorumlu olmalarına dair açılacak bir davadır⁶³. Sorumluluk davasında zamanaşımı 2-5 yıldır.

g. İşçilerin Geçiş Hakkındaki Hükümler

Birleşme, ancak özellikle bölünme yeniden yapılanmaya katılan şirket çalışanları üzerinde doğrudan bir etki göstermektedir. 4857 sayılı İş Kanunumuzda⁶⁴, bölünmenin, işçiler üzerindeki etkilerini düzenleyen bir

⁶³ YTTK. md. 193

⁶⁴ RG. t. 10.06.2003, s. 25134

hüküm bulunmamaktadır. Ancak YTTK.'da iş ilişkilerinin geçmesine ilişkin bir hükme yer verilmiştir⁶⁵.

Birleşme ve bölünme sonucunda, işçilere dair iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile birlikte geçer⁶⁶. İşçinin yeniden yapılanma işlemi kay-

⁶⁵ YTTK. md 178: “Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. (2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür. (3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur. (4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez. (5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkra da öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler. (6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler. “

⁶⁶ **Birleşme: MADDE 158-** (1) Devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır. (2) Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz. (3) Kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; meğerki, izahname başka bir düzenleme içersin. (4) İş ilişkileri hakkında 178 inci madde hükmü uygulanır.

Bölünme: MADDE 178- (1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. (2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür. (3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez. (5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkra da öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler. (6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel

naklı geçişe itiraz hakları vardır. İşçi itiraz ile iş akdini fesheder. Ancak bu fesih, kıdem tazminatına hak doğuran bir fesih değildir. Nitekim İş Kanunu ve ilgili mevzuatta kıdem tazminatına hak kazandıran haller sınırlı olarak sayılmıştır. Söz konusu fesih hakkı, iş açısından geçerli bir neden olarak değerlendirilebilir.

Devralan ve devreden şirketler, iş sözleşmesi kaynaklı alacaklardan iki yıl müteselsilen sorumludur.

h. Yeniden Yapılanma İşlemlerine Dair Sorumluluk Hükümleri

YTTK.'nın 158. maddesinin kenar başlığı *ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi*'dir. Söz konusu madde birleşme ve bölünme için de uygulanacaktır. Aynı şekilde bölünme için öngörülen iş ilişkilerinin geçişine dair 178. madde birleşme için de uygulama alanı bulacaktır.

158. madde hükmüne göre, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, **bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır**. Kanun gerekçesine göre, borcun sebebinin bölünme veya birleşme kararının verilmesinden önce doğması şartı, hem sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekaletsiz iş görmeden, hem de haksız fiillerden doğan borçlar yönünden geçerlidir⁶⁷.

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, **ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar**. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz. Kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; meğer ki, izahname başka bir düzenleme içersin.

olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler. “

⁶⁷ Gerekçe, syf. 459

Bu aşamada, **bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derecede sorumluluğundan da** bahsetmek gerekmektedir. YTTK.'nın 176. maddesi hükmüne göre, bölünme sözleşmesi veya plânıyla kendisine borç tahsis edilen ortaklık (birinci derecede sorumlu ortaklık) alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer ortaklıklar (ikinci derecede sorumlu ortaklıklar) müteselsilen sorumlu olurlar. Burada anlatılmak istenen şudur, bölünen ortaklığın bazı borçları, bölünmeye katılan ortaklıklardan birine devredilmişse, yani borç o devralan ortaklık tarafından ödenecekse, fakat ödenmemişse, bölünmeye katılan diğer ortaklıklar da bu ödenmeyen borçtan müteselsilen sorumludurlar⁶⁸.

İkinci derecede sorumlu olan ortaklıkların takip edilebilmeleri için, alacağın güvence altına alınmamış ve birinci derecede sorumlu ortaklığın,

a) *İflas etmiş,*

b) *Konkordato süresi almış,*

c) *Aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,*

d) *Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya*

e) *Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması gerekir.*

Buna göre, birinci derece sorumlu ortaklığa başvurulmadan diğer sorumlu ortaklara başvurulamaz.

Yine YTTK.'nın 168. maddesinin son fıkrası hükmünce de, tam bölünmeye katılan ortaklıklar, bölünme sözleşmesi veya planına göre, herhangi bir ortaklığa tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar. Unutulmamalıdır ki, borcu ödemek zorunda kalan bölünmeye katılan ortaklıkların, asıl borçlu ortaklığa karşı işleyebildiği ölçüde rücu hakları bulunmaktadır.

⁶⁸ Gerekçe, syf. 467

Bu aşamada, bölünme için öngörülen kısmi külli halefiyet ilkesinden bahsetmek gerekmektedir. Nitekim birleşme için zaten temel ilke olan külli halefiyet ilkesi YTTK. döneminde de aynen geçerlidir. Bölünme için öngörülen kısmi külli halefiyet ilkesinin açıklanması uygun olacaktır. Cüz'i halefiyet ilkesinin karşıt kavramı olan külli halefiyet, bir malvarlığına vücut veren bütün hak, alacak ve borçların bir kül halinde bir başkasına intikalini ifade etmektedir. Cüzi halefiyet ilkesi ise, bir kimseye ait bir kısım hakların ve malların aralarındaki hukuki ilişki sonucu bir başkasına geçmesidir.

Kanun gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere⁶⁹, hem tam bölünmede hem de kısmî bölünmede, devredilen malvarlığı, bölünme sonucunda kısmî küllî halefiyet ile devralan ortaklıklara geçer. Belirtmek gerekir ki, bölünme işlemlerinde külli halefiyet ilkesinin uygulanabilmesi için, bu ilkenin kanunen öngörülmüş olması ve devir konusunun kendi içinde bütünlük taşıması gerekmektedir⁷⁰. Külli halefiyete ilişkin özel bir hüküm bulunmaması halinde, bölünmeye konu malvarlığının aktif ve pasif ögelerinin her birini kendi tabi olduğu devir sistemi içinde devretmek zorunluluğu bulunduğunu belirtmek gerekmektedir⁷¹. Külli halefiyet ilkesine göre, bir kişiye ait hak ve borçların tümü, bir diğer kişiye devredilmektedir. Mesela birleşme işlemlerinde durum böyledir. Ancak bölünmede ise, külli halefiyete konu malvarlığı bölümleri bölünme plan veya sözleşmesine uygun olarak belirlenmektedir. Tam bölünmede, bölünerek infisah eden ortaklığın tüm malvarlığı bölümler halinde birden çok ortaklık tarafından devralınmaktadır⁷². Kısmî bölünmede ise, en az bir malvarlığı bölümü külli halefiyet yolu ile bir diğer ortaklığa devredilmektedir. Buradan hareketle bir kısım malvarlığı bölünme kapsamı dışında da bırakılabilir. Bu nedenle bölünmedeki külli halefiyet ilkesi, kısmi külli halefiyet ilkesi olarak kendini göstermektedir. Bir anlamda külli halefiyet ilkesinin istinası olarak nitelendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, külli halefiyetle ilgili buraya kadar açıklananlar, YTTK.'daki tam bölünme ve kısmi bölünme genel ayırımına göre yapılmıştır. Zira, YTTK.'nın 159. maddesinde öngörülen ve halihazır uygulamada karşımıza çıkan yavru şirket kurma şeklideki bölünmede, bir aynı sermaye koyma işlemi söz konusu

⁶⁹ Gerekçe, syf. 461

⁷⁰ Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf. 111

⁷¹ Helvacı Mehmet, a.g.eç, syf. 103

⁷² Coştan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, syf. 114

olduğu için külli halefiyet ilkesinin uygulanması söz konusu değildir. Kanun gerekçesine göre yavru şirket kurulması yolu ile yapılan bölünme türünde de, bölünen şirket bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete aynı sermaye olarak koyar; yani geçiş, küllî halefiyet yolu ile gerçekleşmez. Buradaki ayırım, şirketin bölünme yolu ile yeni kurulması ve bu şirketteki hâkimiyetin ya tamamen bölünen şirkete veya bölünen şirketin ortaklarına verilmesi haline dayandırılmıştır. Buna göre yeni kurulan veya mevcut şirkette, başka pay sahipleri varsa, kısmi külli halefiyet ilkesi geçerli olacaktır.

G. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeni Kanun, genel maddeleri itibariyle 2012 yılının Temmuz ayında, şirketlerin yeni muhasebe düzenine geçiş hükümleri itibariyle ise 2013 yılında yürürlüğe girecektir. Yukarıda özetlenen konuların ayrıntıları, ikincil mevzuatlar ile düzenlenecektir. İkincil mevzuat komisyonları bu konudaki çalışmalarını sürdürmektedirler. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 17. maddesi hükmüne göre, birleşme ve bölünme gibi yapı değişiklikleriyle ilgili olarak tapu ve gemi sicili ile fıkri mülkiyete ilişkin sicillerde ve benzeri sicil ve kayıt belgelerinde yapılması gerekli işlemlerin usul ve esasları ile başvuruda bulunacak kişiler ve ibrazı gerekli belgeler, Türk Ticaret Kanunu'nun yayımı tarihini izleyen altı ay içinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ve Türk Patent Enstitüsünün görüşü alınarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir tebliğle düzenlenecektir. Yine aynı maddenin 2. fıkrası gereği birleşme ve bölünme ile ilgili şeffaflığı ve hakların kullanılmasını sağlayıcı uygulama hükümleri Ticaret Sicili Tüzüğüyle düzenlenecektir. Yazımızın yayımlandığı tarih itibariyle yayınlanan bir yönetmelik veya tebliğ bulunmamaktadır.

Yeni Kanun, pek çok hukuki konuda yeni müesseseler öngörmüştür. Ancak yeni Kanunun özellikle şirketlerin yeniden yapılanması hususuna ayrıca önem verdiği, yaptığı ayrıntılı düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Özellikle bölünme müessesesinin yeni Türk Ticaret Kanununda yer alması son derece önemlidir. Ticari ortaklıklarda yeniden yapılanma modeli olarak önceleri ortakların aynı nev'iden olmak şartı ile başka ortaklarla birleşmesi ve nev'i değişikliği öngörülmüş, böylece zayıflayan veya

verimsiz bir alanla iştigal eden şirketlerin arındırılması, diğer şirketlerin daha güçlenmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak söz konusu bu müesseseler, şirketlerin işlerini daha verimli hale getirmeye, uzmanlaşmaya, genişleyen şirketlerin hantal yapılarından kurtulmasına yeterli olmamıştır. Zira çok fazla seçeneği olan yollar değildir. Bu nedenle de ortaklıkların yeniden yapılanmasına ilişkin başkaca modeller gündeme gelmiştir. Bu yeniden yapılanma modelinin son ve önemli örneği de şirketlerin bölünmesi müessesesidir.

Başta Avrupa Birliği Hukuku olmak üzere, yabancı hukuk mevzuatlarında öteden beri varolan bölünme müessesesi, Türk Hukukunda bazı özel bölünmeler dışında (KİT.'lerin bölünmesi) hiç bulunmamaktaydı. Daha sonra 4684 sayılı Kanunla, özellikle vergisel sonuçları ve avantajları nedeniyle öngörüldü ve Kurumlar Vergisi Kanunu ile Türk Hukukuna girmiş oldu. Ancak kanımızca, asıl düzenlenme yerinin, Ticaret Kanunu olmalıdır. Zira konu, bir çok hukuk dalını ilgilendirse de, esasında ortaklıklar hukuku ağırlıklıdır.

Ülkemizin ekonomik gerçekleri karşısında, sermaye şirketlerinin yeniden yapılanması ihtiyacı, uzmanlaşma alanları belirlemesi, zarar edilen veya verim alınamayan alanlardan çıkma isteği ve çalışmamızda yer yer değindiğimiz nedenlerle bölünme yoluna başvurmaları nedeniyle bu konunun ayrıntılı bir şekilde acilen düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktaydı. Nihayet, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda, bölünme müessesesi, tüm ayrıntıları ile ele alınmış ve düzenlenmiştir. Kanımızca bu çok isabetli ve yerinde bir düzenleme olmuştur.

Kanaatimiz odur ki; yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte, uygulamanın da şekillenmesi ile, vergisel avantajları da bulunan bölünme müessesesi, ortaklıklar tarafından daha sık başvurulacak bir yol olacaktır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Bakış, İş ve Ekonomi Dünyasını İlgilendiren Reformcu Düzenlemeler

Gökhan YÜKSEL*

Nilgün Serdar ŞİMSEK**

Yaklaşık onbir yıllık çalışmanın ürünü olan ve uzun zamandır beklenen Yeni Türk Ticaret Kanunu’muz 2011 yılı Ocak ayı içerisinde onaylanmasının ardından 14 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmak suretiyle yasalaşmıştır. İş ve ekonomi dünyasına radikal değişiklikler getirecek olan Yeni Ticaret Kanunu özellikle “ticaret şirketleri” açısından çağdaş açılımlara ve reformcu yaklaşımlara yer vermektedir. Yürürlüğe giriş tarihi 1 Temmuz 2012 olarak belirlenen ve bu sebeple henüz hiçbir hükmünün uygulamada olmadığı Yeni Kanunun ruhunda, sermayenin sınır tanımadığı ve rekabetin arttığı bir ortamda, uluslararası kurumlarla ve kurallarla uyumlu bir şekilde Türkiye’yi geleceğe hazırlayacak bir düzenleme oluşturma amacı yatmaktadır.

Bilindiği üzere şu an yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu’muz 1956 yılında kabul edilerek yasalaşmıştır ve 1957 yılından itibaren uygulanmaktadır. Kanun’un yayınlandığı tarihten bu güne kadar geçen zaman dilimi dikkate alındığında; Dünya’da yaşanan siyasal, sosyal, ekonomik ve finansal değişimin baş döndürücü düzeyde olduğu şüphe götürmez bir gerçektir. Özellikle 1980 sonrası liberal anlayışın benimsenmesine bağlı olarak, ülkemiz de, söz konusu değişimlerden derinden etkilenmiştir. Bu

* PwC, Denetim Bölümü Ortağı

** PwC, Vergi ve Hukuk Hizmetleri Direktörü

değişimin gereği olarak ve günün koşulları göz önünde tutularak Yeni Kanun hazırlanmıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi ile ülkemizin ticari yaşamını ve işletmelerini şüphesiz derinden etkileyecek bir süreç başlayacaktır. Yeni Kanun ile birlikte, yeni uygulamalar ve şeffaflık, uluslararası pazarda saygınlık anlamına gelirken, Türk şirketleri daha kolay sermaye, kredi ve ortak bulabilecek ve Dünya piyasalarının kullandığı evrensel ortak dili konuşmaya başlayacaktır. Zira, Yeni Ticaret Kanunu, şirketler için getirmiş olduğu yenilikçi ve dinamik bir anlayışla; özellikle evrensel açılımlar ve teknolojik gelişmelerin sağlanması, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne giden sürecinde uluslararası rekabet gücünün artırılması ve gerek güncel ve gerekse orta ve uzun vadeli gereksinimlerin karşılanması açısından, aşağıda detaylandırılmaya çalışılan hususlarda önemli değişikliklere imza atmaktadır.

Ülkemiz için iyi bir dönemin başlangıcı olmasını diliyoruz.

Özenle hazırlanmış, sade ve anlaşılır bir Türkçe ile kaleme alınmış, hızlı bir dönüşüm içindeki Türk işletmelerini geleceğe hazırlayacak, kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda şeffaf bir yönetim tarzı düzenleyen ve Türk işletmelerinin dünya ekonomisine entegrasyonunda önemli rol oynayacak Yeni Ticaret Kanunu'na, iş ve ekonomi dünyasının hazırlıklı olması önemlidir. Bu sebeple, Yeni Kanun'un etki alanına girecek tüm şirket ve tarafların Kanun'un getirdiği yeniliklerin farkında olması, anlaması ve hazırlıklarını ivedilikle yapması büyük önem arz etmektedir.

Bu yenilikçi düzenlemenin ülkemiz için iyi bir dönemin başlangıcı olmasını dilerken, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na hakim olan düşünce ve kavramlar ile yeni veya yenilenen uygulamaları başlıklar altında açmak istiyoruz.

Kurumsal Yönetim; Yeni Türk Ticaret Kanunu'na hâkim olan düşünce, kurumsal yönetimin halen borsa şirketleri için öngörülen kurallar bütünü olmasına rağmen, esasında tüm işletmelere uygulanması gereken, kamuyu aydınlatma prensipleri dahilinde yatırımcıya güven verme, sürdürülebilir gelişme kodeksi olduğudur. Bu sebeple Yeni Ticaret Kanunu, tüm sermaye şirketlerine uygulanan iç yönetime, iç ve bağımsız denetime

ilişkin somut hükümler getirmektedir. Kurumsal yönetim ile amaçlanan Türk şirketlerinin en iyi şekilde yönetilmeleri, kaynaklarının etkin kullanımı, bu kapsamda şirket performanslarının artması, düşük maliyetli finansal kaynaklara erişimin sağlanması ve çıkar çatışmalarının önlenmesi ve sürdürülebilirliktir. Aynı zamanda aile şirketlerinin yönetimi bakımından da kurumsal yönetim yaklaşımının benimsenmiş olması büyük önem arz etmektedir. Yeni Ticaret Kanunu'ndaki kurumsal yönetim yaklaşımı; (1) derinlemesine şeffaflık, (2) adillik, (3) hesap verilebilirlik ve (4) sorumluluk olmak üzere dört ana temel üzerine oturmaktadır.

Sermaye Şirketlerinin İnternet Sitesi, Bilgi Toplumu Hizmetleri ve Erişim Hakkı; Yeni Türk Ticaret Kanunu kapsamında, her sermaye şirketi bir internet sitesi açmaya, böyle bir site mevcutsa bir bölümünü bilgi toplumu hizmetlerine özgülemeye mecbur tutulmaktadır. Yeni düzenleme ile “bilgi toplumu” kavramı, bilgiye ulaşabilen toplum olarak anlaşılmaktadır. Sermaye şirketleri tarafından açılacak bu internet sitesine şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar, pay sahibini, küçük yatırımcıyı, alacaklıyı ve şirkette menfaati olan kişileri ilgilendiren tüm bilgiler, yönetim kurulu tarafından alınan ve pay sahiplerinin haklarını etkileyebilecek nitelikteki kararlar, genel kurul toplantı belgeleri ve çağrı metinleri, yılsonu ara dönem finansal tabloları ile birleşme, bölünme bilançoları, denetleme raporları, değerlendirme raporları, rüçhan hakkı kullanma çağrıları, sermaye artırımı ve azaltılması dahil ana sözleşme değişikliklerine ilişkin belgeler, tasfiyeye ilişkin ilanlar ve benzeri bilgiler olarak Kanun'un 1524. maddesinde listelenmektedir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, ilgili maddenin yürürlük tarihi Kanun'un genel yürürlük tarihinden daha ileri bir tarihe alınmış ve 1 Temmuz 2013 olarak belirlenmiştir.

Tek Kişilik Şirket; Yeni Ticaret Kanunu uyarınca, sermaye şirketlerinin tek ortaklı olarak kurulması mümkün olacaktır. Yeni Kanun ile mevcut uygulamadaki anonim şirketlerin en az beş, limited şirketlerin en az iki ortakla kurulması zorunluluğu terk edilmektedir. Buna ek olarak, birden çok ortakla kurulmuş olup da daha sonra pay devri, çıkma ya da çıkarılma gibi işlemlerle ortak sayısı bire düşen şirketler de mevcut düzenlemenin aksine şirket faaliyetine aynen devam edecek ve tüzel kişiliğini koruyacaktır. Genel kurul sıfatı ile verilen bütün kararların genel kurul kararı olduğunun belirtilmesi ve kararların yazılı olması şartıyla, tek

ortak, tek başına genel kurulun tüm yetkilerini kullanabilecek, bütün kararları alabilecektir.

Şirketler Topluluğu; Yeni Ticaret Kanunu ile birden çok sermaye şirketinin, hâkimiyet ilişkileri bağlamında, önceden belirlenmiş ve somut politikalara göre yönetilmesi amacıyla oluşturulan şirketler topluluğu Türk hukukunda ilk kez düzenlenme alanı bulmuştur. Şirketler topluluğu kapsamında Yeni Ticaret Kanunu'nda, kontrol altında tutan hâkim şirket ve kontrol altında bulunan bağlı şirket kavramları açık tanımlara kavuşmuş ve bunların hukuki konumları ve ilişkilerinin düzeni belirlenmiştir. Bu kapsamda hâkimiyet durumunun hangi hallerde söz konusu olabileceği ve bu konuda pay ve oy oranlarının ne şekilde hesaplanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Hâkim ve bağlı şirket konumlarına sahip şirketlerin bunu kamuya açıklamaları öngörülerek modern şirketler hukukunu temellendiren şeffaflık ilkesinin gerekliliği yerine getirilmektedir. Hâkim ve bağlı şirket ilişkilerinin her iki şirket yönetim kurulunca her yıl bir rapora bağlanması zorunluluğu öngörülerek, bu şirketlerin yönetimlerinin ilişkinin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmaları sağlanmaktadır. Öte yandan hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması yasaklanmış ve hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu tutulmuştur.

Elektronik ortamda Genel Kurul/Yönetim Kurulu; Yeni Ticaret Kanunu ile getirilen düzenleme uyarınca anonim şirketlerde genel kurul ve yönetim kurulu, limited şirketlerde ortaklar kurulu ve genel kurul toplantıları elektronik ortamda yapılabilir hale gelecektir. Bu konuda Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle sistemin işleyişi sağlanacak olup, şirketlerin de bu yönetmelik ile uyumlu olacak şekilde kendi tüzüklerini düzenlemeleri beklenmektedir.

Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme; Yeni Türk Ticaret Kanunu, şirketlerdeki (i) birleşme, (ii) bölünme ve (iii) tür değiştirme işlemlerini altmış maddede detaylı olarak düzenlemektedir. Bu hükümlerin çoğu, ortakların, ortaklık alacaklılarının, işçilerin korunması; bunların haklarının ve alacaklılarının güvence altına alınmasına ilişkindir. Yeni Kanun ile farklı nevideki şirketlerin birleşmesi kabul edilmiş ve hatta tasfiye halindeki bir şirketin dahi birleşmeye katılmasına belirli koşullarda izin veril-

miştir. Ayrıca birleşme kapsamında devrolunan şirket hissedarlarına sahip oldukları hisse değerinde denkleştirme verilerek şirketten ayrılma hakkı tanınmıştır.

Ultra Vires İlkesinin Kaldırılması; Yeni Ticaret Kanunu ile şirketlerin ancak ana sözleşmelerinde yazan faaliyet konuları ile iştigal edebileceği yönündeki genel ilke olan *Ultra Vires* ilkesi terk edilmiştir. Bu kapsamda şirketi temsile yetkili olan kişilerin üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yapacağı işlemler kural olarak şirketi bağlayacaktır. Bunun aksi ise ancak üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında kaldığını bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispat edilmesi halinde mümkün olacaktır.

Anonim Şirket Kuruluşu; Yeni Kanun kapsamında, artık işleme-yen bir mekanizma haline gelen tedrici kuruluş kaldırılmaktadır. Halka açık kuruluş, basit, sade, uygulanabilir ve özgün bir sistem olarak düzenlenmektedir. Ayrıca, kuruluşun esas olacak belgelerden biri olan kurucular beyannamesi ile, öz denetim hukukumuzda getirilmiş, kuruluştan doğan sorumluluk da etkili ve likit yükümlerle düzenlenmiştir. Kuruluş, bundan böyle işlem denetçisi tarafından denetlenecektir. Anonim şirketin kuruluşunu, sermayenin artırılmasını, azaltılmasını, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemleri de yine işlem denetçisinin denetiminde olacaktır.

Anonim şirketlerde Sermaye ve Paylar; Yeni Ticaret Kanunu, halka açık olsun veya olmasın bütün anonim şirketler için esas sermaye ve kayıtlı sermaye olmak üzere iki sermaye sistemini kabul etmektedir. Böylece hukukumuzdaki kapalı anonim şirket ile halka açık anonim şirket arasındaki önemli bir fark ortadan kalkmıştır. Esas sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketlerin asgari sermaye tutarı 50.000 TL olarak korunurken, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerin asgari başlangıç sermayesi tutarı 100.000 TL olarak belirlenmiştir. Kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemini kabul etme, sisteme girme ve sistemden çıkma Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın düzenlemelerine bırakılmıştır. Bakanlık, konunun dinamizminin gerektirdiği düzenlemeleri yapacaktır. Yeni Kanun kapsamında paylar yine nakit ve ayın karşılığı çıkarılabilecek ve fakat aynı sermaye karşılığı payların iki yıl devredilemeyeceğine ilişkin yasak artık uygulanmayacaktır. Yeni Kanun ile itibari

değersiz pay kabul edilmemiştir ve payın asgari itibari değer 1 yeni kuruş olarak belirlenmiştir.

Yeni Ticaret Kanunu, imtiyazlı payları tanımaktadır, ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak imtiyaz kavramı tanımlamaktadır. Diğer yandan, oyda imtiyaz sınırlandırılmış ve oyda imtiyazlı payların bloke edici özelliğine son verilmek istenmiştir. İmtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun toplantıya çağırılması, çalışması, karar alması açık kurallara bağlanmış ve yetkileri daraltılmıştır. Böylece, imtiyazlı paylar düzeni bloke edici olmaktan çıkarılmış; adil ve savunulabilir bir sisteme bağlanmıştır.

Bir Anonim Şirketin Kendi Hisse Senetlerini İktisap veya Rehin Olarak Kabul Etmesi; Yeni Ticaret Kanunu, bir anonim şirketin kendi hisse senetlerini iktisap veya rehin olarak almayı kabul etmesi yasağını, Avrupa Topluluğu’nun “sermaye yönergesi” olarak adlandırılan, şirketler hukukuna ait İkinci Yönergesi’ne uygun olarak, bir hayli gevşetmiştir. Şirketin toplam sermayesinin azami %10’u ile sınırlı olacak şekilde kendi hisselerini iktisap etmesine müsaade etmektedir. Bununla beraber, şirketin sahip olduğu şirket hisseleri üzerindeki hissedarlık haklarını ise dondurmaktadır. Şirketin kendi hisselerini iktisap etmesi imkânı, halka açık şirketlerde manüplasyonu önleyici bir mekanizma gibi değerlendirilebilirken, kapalı şirketlerde birçok amaç için doğru ve faydalı bir araç olarak kullanılabilir. İktisap üst sınırının %10’u aşmasına dair istisnai haller de yine Kanun’da sayılmaktadır. Bu olanaklar, kanunda sayılanlarla sınırlıdır, yorum ile genişletilemez ve şirketin sahip olduğu hisselerin azami iktisap sınırını aşan kısmının iktisap tarihinden itibaren üç yıl içinde elden çıkartılması düzenlenmektedir.

Anonim Şirket Yönetim Kurulu; Yeni Ticaret Kanunu ile tek üyeli yönetim kurulu olanağı Türk hukukuna getirilmiştir. Yönetim kurulu üyesinin görevine başlayabilmesi için pay sahibi olması şartı kaldırılmış ve tüzel kişinin de yönetim kurulu üyesi olabilmesi olanağı sağlanmıştır. Profesyonel yönetim kurulu açılımı gerçekleştirilerek, pay sahibi gruplarının yönetim kurulunda temsil edilebilmesinin kanuni alt yapısı oluşturulmuştur.

Yeni Kanun ile yönetim kurulu ile yönetim kavramları arasındaki farkı ortaya koyan bir sistem düzenlenmektedir.

Ayrıca, Yeni Ticaret Kanunu kapsamında yönetim kurulunun profesyonelliğine ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu anlamda özellikle üyelik için pay sahibi olmanın gerekmemesi ve üyelerin en az ¼'ünün yüksek öğrenim görmüş olması zorunluluğu açıkça düzenlenmektedir. Nihayet Yeni Kanun ile temsile yetkili en az bir yönetim kurulu üyesinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve Türkiye'de mukim olması şartı aranmaktadır.

Yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde şirketlerin yönetim kurullarına dair yapılanmalarının bu düzenlemeler ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Anonim Şirket Genel Kurulu; Yeni Ticaret Kanunu'nda genel kurulun münhasıran yetkili olduğu ve devredemeyeceği nitelikteki yetkileri düzenlenmektedir. Genel kurul toplantıya çağırmaya yetkili olan kişiler ise yeniden düzenlenmiş, yetkililer arasından denetçi çıkarılmış ve azlığın çağrı yetkisi kesin sürelerle bağlanmıştır. Görev süresi dolmuş olan yönetim kurulunun genel kurul toplantıya davet etmesine müsaade edilmiştir. Ayrıca, genel kurul toplantılarının toplantı başkanlığı tarafından yönetimine ilişkin bir iç tüzüğün anonim şirket tarafından düzenlenmesi zorunluluğuna yer verilmiştir. Bunlara ek olarak belirtmek gerekir ki Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul toplantı ve karar nisaplarına mevcut düzenlemeden oldukça farklı bir sistem getirilmiştir.

Sermaye Artırımı; Yeni Ticaret Kanunu anonim şirketlerde sermaye artırımını, bir taraftan bilinen yöntemler ve yeni açılımlarla geliştirirken, diğer taraftan da bu kurumu yeni türlerle zenginleştirmektedir. Yeni taahhüt koymak yoluyla veya iç kaynaklardan sermaye artırımının yanı sıra şarta bağlı sermaye artırımını adıyla yeni bir sermaye artırım türü karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; şarta bağlı sermaye artırımında, ana sözleşmede önceden bu yönde bir hüküm konulması kaydıyla genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilecektir. Bu işlem için Yönetim Kurulu'nun yetkilendirilmiş olması gerekecektir.

Limited Şirketlere İlişkin Yenilikler; Yeni Türk Ticaret Kanunu kapsamında, limited şirket birçok noktada mevcut düzenlemedeki limited şirketten farklıdır. Yeni düzenleme kapsamında limited şirket, mevcut düzenlemenin aksine kolektif şirketten uzaklaşmış, adeta küçük ölçekli bir anonim şirkete benzetilmek istenmiştir. Kanun hakim ortaklı anonim şirket yapılanmasına son vermeyi arzularken, hakim ortaklı sermaye şirketi yapılanması için adres olarak limited şirketleri göstermektedir.

Limited şirketlerin asgari sermayesi en az 10.000 TL olarak belirlenmiştir. Sermaye payının devrinde ve ispatında esneklik getirilmiş, ortakların sermaye payının devrini istedikleri gibi düzenleyebilecekleri ve şirket sözleşmesiyle devri kolaylaştırabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Tek ortaklı limited şirketin kurulmasına olanak tanınmış ve kuruluş süreci basitleştirilmiştir. Şirket ana sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla sermaye payının alımı, önalımı ve geri alımı olanakları getirilmiştir. Bazı ortaklara veto ve üstün oy hakkı tanınmasının yolu açılarak, oy hakkının hesaplanmasında ve kar payının dağıtımında kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler yapılabileceği öngörülmüştür.

Şirket ortağının doğal müdür olduğu ilkesi terk edilirken, limited şirketlerin de genel kurulda alması gerekecek kararlar düzenlenmiştir.

Sermaye taahhüdünü yerine getirmiş olsa dahi esas sözleşmeye konulabilecek “ek ödeme” ve “yan edim yükümlülükleri” ile limited şirketlerin finansman ihtiyaçlarını ortaklarından karşılayabilmesi imkânı getirilmektedir. Yeni Kanun’un düzenlemesinde limited şirketin finansal gücü artırılarak alacaklılar ve ekonomi güçlendirilmiştir. Sermaye payının bir defada ödenmesi öngörülerek taksitlendirme kaldırılmıştır.

Ortaklıktan çıkma ve çıkartılmaya ilişkin çok açık hükümlerin bulunduğu Yeni Kanun, limited şirket ortağı ile şirketin entegre ilişkisini gözetenek limited şirket ortağına dair ağırlaştırılmış rekabet yasakları düzenlemektedir.

Hukuki ve Cezai Sorumluluk; Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun şüphesiz en dikkat çekici düzenlemeleri arasında getirdiği hukuki ve cezai sorumluluklar olacaktır. Yeni Kanun’da anonim şirket ve limited şirket-

lerde çeşitli işlem, karar, beyan veya hazırlanan belgelerden doğan hukuki ve cezai sorumluluklar düzenlenmektedir.

549 ve devamındaki maddelerde düzenlenen hukuki sorumluluk; (i) belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan sorumluluk, (ii) sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi, (iii) değer biçilmesinden sorumluluk, (iv) halktan para toplanmasından doğan sorumluluk, (v) kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu ve (vi) denetçinin sorumluluğu olmak üzere alt kategorilere ayrılmıştır.

562. maddede düzenlenen cezai sorumluluk hallerine göre yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin, denetçilerin, kurucuların ve bu madde içinde sayılan iş ve işlemleri gereği gibi veya hiç yerine getirmeyenlerin, suç sayılan bu hallere ilişkin olarak karşılaşılabilecekleri hapis ve adli para cezaları düzenlenmiştir. Resen takipli olduğu düzenlenen bu suçlar için üç yıla varan hapis cezalarının bulunduğu görülmektedir.

Tüm bu sorumluluk hallerinde sorumluluk müteselsil sorumluluk yerine, farklılaştırılmış teselsül esasına göre tayin edilmiş ve ilgili kişiler hukuka aykırılıktan dolayı kusurları oranında sorumlu tutulmuştur.

Kurumsal ve Finansal Raporlama Alanında Yeni Dönem; Yeni Ticaret Kanunu ile özellikle şeffaflık ve tutarlılık ilkelerinden yola çıkılarak UFRS özdeşi Türkiye Muhasebe Standartları, Ticari Defterlerin Yeni Düzeni ve Türkiye Muhasebe standartlarına uygun olarak yapılması esas alınmıştır.

Yeni Kanun, borsada işlem görsün ya da görmesin, tüm işletmelere muhasebe ve finansal raporlama konularında, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS/UMS) ile tam uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu (TMSK) tarafından yayınlanmış Türkiye Finansal Raporlama Standartları'na (TFRS/TMS) uyma zorunluluğu getirmektedir.

Denetim Düzenindeki Reformcu Değişiklikler; Yeni Türk Ticaret Kanunu, şirket denetimi için adeta devrim niteliğinde bir düzenleme getirmiş ve murakıplık müessesesi kaldırılarak, tüm sermaye şirketlerine bağımsız denetim zorunluluğu getirilmiştir.

Şirketler ölçeklere ayrılmıştır ve küçük ve orta ölçekli sermaye şirketlerinde bağımsız denetim hizmetini, bir bağımsız denetim şirketi veya bir veya birden fazla YMM ya da SMMM, büyük ölçekli sermaye şirketlerinde ise bir bağımsız denetim şirketi verebilecektir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği gibi kuruluş, birleşme, bölünme ve devir gibi işlemlerin işlem denetimi kapsamında denetlenmesi gerekmektedir.

Bu düzenlemeler ışığında anonim ve limited şirketler ile şirketler topluluğunun finansal tabloları; (i) uzman, mesleki yönden yeterli, teknik donanımlı, hukuki anlamda özenli, sorumluluğunun bilincinde olan, (ii) bağımsız bir denetçi tarafından Uluslararası Denetim Standartlarına uygun, (iii) meslek etiğine bağlı, (iv) mesleğin gereği olan şüphecilikle yapılan, (v) şeffaflık ilkesini gözetecek bir bağımsız denetim yoluyla denetlenecektir.

Bağımsız denetim Yeni Türk Ticaret Kanunu ile önemli bir role sahip kılınmıştır. Öyle ki, bağımsız denetçi tarafından olumsuz görüş yazılan veya görüş verilmesinden kaçınılan durumlarda, şirket genel kurulunun denetime tabi ilgili finansal tablolara dayanarak ve özellikle açıklanan kar veya zarar ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgili olan bir karar almasına izin verilmemiştir. Hatta böyle bir durumda yönetim kurulunun istifa etmesi gerekliliği hüküm altına alınmaktadır.

Kurumsal yönetim ve şeffaflık ilkelerine dayanarak yeni bir yönetim tarzı benimseyen ve birçok reformcu düzenlemeyi hayata geçirmeye hazırlanan Yeni Ticaret Kanunu'yla uyumlaşma ve geçiş sürecindeki başarı şirketlerin yakın gelecekteki varlığı ve sürekliliği için büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple, Kanun'un getirdiği yeniliklerin farkında olmak ve hazırlıkları süratle tamamlamak şüphesiz atılması gereken ivedi adımlardır.

Ticari İşletme Rehni

İbrahim Murat HAZNEDAR*

A. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 939. maddesi gereğince, menkul mallar üzerinde rehin tesis edilebilmesi, kanunda ayrıık olarak gösterilen haller dışında (TMK m.940), üzerinde rehin tesis edilecek malın ya da malların zilyedliğinin rehin alacaklısına devredilmesiyle mümkün bulunmaktadır.

Zilyedliğin rehin alacaklısına devredilme koşulu özellikle ticari işletmeler açısından menkul rehni müessesinin uygulanabilmesini hemen hemen imkansız kılmaktadır. Zira, ticari işletmeler, iktisadi faaliyetlerini devam ettirebilmek için menkul mallarını fiilen kullanmaya ihtiyaç duymaktadırlar.

İşte bu konudaki ihtiyaca cevap vermek üzere, ülkemizde 1971 yılında 1477 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) ve hemen akabinde, Ticari İşletme Rehni Sicili Hakkında Tüzük ile Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik birbiri ardına yürürlüğe girmiş ve böylelikle ticari işletmelere, sahibi oldukları menkul mallar üzerinde zilyedlik alacaklıya devredilmeden de rehin tesis edebilme imkanı getirilmiştir.

Kanunun adının Ticari İşletme Rehni Kanunu olması, sanki bu rehin türünün ticari işletmeler açısından mümkün olabileceği gibi bir izlenim yaratmaktadır. Ancak, kanunun 1.maddesinde yer alan açık düzen-

* T.İş Bankası A.Ş. Bölge Hukuk Müşaviri

leme gereğince, ticari işletmelerin yanı sıra esnaf ve sanatkâr sicilinde kayıtlı bulunan esnaf işletmeleri üzerine de ticari işletme rehni tesis edilmesi mümkündür.

B. TİCARİ İŞLETME REHNİNİN KAPSAMI

TİRK.nun 3.maddesinde ticari işletme rehninin zorunlu ve ihtiyari unsurları belirtilmiştir. Buna göre, ticaret unvanı ve işletme adı, ticari işletmeye tahsis edilmiş menkul işletme tesisatı ticari işletme rehninin zorunlu unsurlarıdır. Bir diğer ifadeyle, ticari işletme rehni tesis ederken bu malların rehin sözleşmesine konu edilmesi zorunludur.

İhtira beratları, markalar, internet alan adları, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınaî haklar da istenirse ticari işletme rehnine dahil edilebilirler.

Doktrinde genel olarak ticaret unvanı ya da işletme adını dahil etmeyen ticari işletme rehni sözleşmelerinin hukuken geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tarafların ticari işletme rehni sözleşmesinde açıkça ticaret unvanı veya işletme adını rehin kapsamı dışında bıraktıklarını beyan etmeleri durumunda sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi gerektiği, buna mukabil böyle bir beyan olmaksızın sözleşme tanzim edilir ve ticaret unvanı ya da işletme adına yer verilmez ise sözleşmenin geçersiz olmayacağı da ileri sürülmektedir.¹

TİRK'nun 3.maddesinin ilk fıkrasında; **“Rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçların”** tamamının rehin sözleşmesinde yer alması gerektiği belirtildiğinden, bu kurala riayet edilmemesi de sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, rehin sözleşmesinde işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş menkul işletme tesisatının tamamının gösterilmesi koşulu rehin alanın kredi kuruluşları ve kooperatifler olması durumu için geçerlidir. Şayet rehin alan kredili mal satımı yapan bir ticari işletme ise

¹ TEOMAN, Ömer, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, C. II, s.23

bunlar için TİRK m.3'de yer alan düzenleme gereğince, rehnin konusu sadece alım satım sözleşmesine konu mallar olacaktır.

Alacaklının kendisinden beklenen tüm özeni göstermesine rağmen, rehin verenin gizlemesi sebebiyle sözleşmede tüm menkul işletme tesisatının gösterilememesi halinde, rehnin geçersiz olup olmayacağı tereddüt yaratmaktadır. Doktrinde böyle bir durumun varlığı halinde, hakkın kötüye kullanılması ve iyiniyet kurallarından hareketle, rehin sözleşmesinin geçerli olduğu kanaatine varılmasının gerektiği ileri sürülmüştür.²

C. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Ticari işletme rehnini ancak, ticaret veya esnaf ve sanatkâr sicilinde kayıtlı olan bir ticari bir işletme tarafından verilebilir. Ticari işletme rehni sözleşmesinin alacaklısı ise ancak “tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri”, “kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler” ve “kooperatifler” olabilir. Bunlar haricindeki alacaklı ve borçluların ticari işletme rehni tesis edebilmeleri mümkün değildir. Yüksek Mahkeme de bir kararında, yasada belirtilen nitelikleri taşımayanların ticari işletme rehni sözleşmesinin alacaklısı olamayacaklarını açıkça ifade etmiştir.³

² ERTEN, Ali, “Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar”, Bankacılar Dergisi., S.32, s.85 ; ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Aslan/ ERTAN, N.Fusun Nomer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapevi, 2006, s.192

³ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin 29.11.1985 tarih ve E.5322 – K.6571 sayılı kararı. “Ticari işletme rehni karşılığı kredi verecek olan kuruluşlar, kanunun 2. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar: a) Tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, b) Kredi satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler, c) Kooperatiflerdir. Lehine rehin verilen (mürtehin) ancak, yukarıda sayılan kuruluşlar olabilir. Ticari İşletme Rehni imkanını sadece kredi müesseselerine tanımak amacıyla lehine rehin verilen bakımından bu kasıtlama getirilmiştir. Rehin alan C...A.Ş. sermaye şirketi olarak kurulmuş bir şirket olmakla beraber, bir kredi müessesesi değildir. Aracı sermaye şirketlerinin, ihracatı teşvik amacıyla, ürünlerini pazarladıkları kuruluşlara döviz kredi açmalarına olanak tanınması, bunların kredi müessesesi olarak kabulünü gerektirmeyeceği açıktır. 1447 sayılı Kanunun 2. maddesinde sınırlı olarak belirtilen ticari işletme rehni karşılığı kredi verecek kuruluşların kapsamının, kararname veya tebliğ ile genişletilmesine veya değiştirilmesine imkan tanıyan yetki de verilmiştir.” (YKD, Mayıs, 1986, s.693)

TİRK'nun 2.maddesinde kimlerin ticari işletme rehni sözleşmesinin alacaklı tarafını oluşturabileceği sınırlı olarak sayılmış olmasına rağmen, rehnin tesisinden sonra rehinle teminat altına alınan alacağın TİRK m.2'de sayılan kişiler dışındaki bir kişiye temlik edilmesi (BKm.162) ya da rehin ile güvence altına alınan borcun TİRK m.2'de sayılan niteliklere haiz olmayan bir kefil tarafından ödenmesi (BKm.496) ya da halefiyet durumunda (BKm.147) rehin alacaklısının değişmesi mümkün bulunmaktadır. Acaba böyle bir durumda rehin hakkı sona mı erecektir?

Doktrinde genel olarak böyle bir durumda rehnin geçerliliğini korumaya devam edeceği, rehin hakkı sahibi olabilecekler için aranan şartların sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir.⁴ Bununla birlikte, gerek temlik gerekse kefalet ya da halefiyete ilişkin hükümlere istinaden alacak hakkı kendisine geçen kişinin de TİRK m.2'de sayılan kişilerden olması gerektiği, aksi durumda rehnin geçersiz olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁵

Kanaatimizce⁶, rehin alan açısından TİRK m.2'de yer alan kısıtlanmanın sadece rehnin kuruluş anı ile sınırlı tutulması, sonradan alacağın temliki gibi bir sebeple rehin alacaklısının değişmesi halinde, rehin alacaklısının kimliği açısından herhangi bir şart aranmaması gerekmektedir. Zira, anılan yasa maddesinin konuluş amacı yukarıda da belirtildiği üzere, TMK'nun menkul mallar için öngördüğü teslim koşullu rehin kuralının etkisizleştirilmesine engel olmaktır. Oysa, ticari işletme rehni sözleşmesinden kaynaklanan alacağın alacaklısının değişmesi halinde böyle bir sakınca bulunmamaktadır. Zira, zaten ortada ticari işletme rehni ile güvence altına alınmış bir alacak vardır. Alacaklı durumuna geçen kişi de sadece rehin sözleşmesinde yer alan alacak için rehne başvurabilecek, devraldığı alacak ile hiçbir ilgisi bulunmayan bir başka alacağına istinaden ticari iş-

⁴ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.51. ; REİSOĞLU, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara, T.İş Bankası A.Ş. yayınları, 1974, s.14. ; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2004, s.48

⁵ DURAL, Ali, "Ticari İşletme Rehni ile Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m.2'de Sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, S. 1, s.324. ; ANTMEN, Alpay, Ticari İşletme Rehni, Yetkin Yayıncılık, 2001, s.76

⁶ HAZNEDAR, İbrahim Murat, Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, Legal Yayınevi, 2008, s.44

letme rehnini paraya çeviremeyecektir. Bu sebeple, ticari işletme rehniyle teminat altına alınan alacağın TİRK m.2’de sayılan kişilerden olmayan bir kişiye geçmesi, uygulamanın genişletilmesi gibi bir sonuç doğurmamaktadır.

D. SÖZLEŞMENİN ŞEKİL KOŞULLARI

Ticari işletme rehni sözleşmesinin, ticari işletmenin merkezinin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki bir noter tarafından “Re’sen Düzenleme” şeklinde tesis edilmesi zorunludur. Belirtilen sebeple, yetkili noter tarafından tanzim edilmeyen sözleşmeler ile önceden hazırlanmış, sadece imzaları noter tarafından tasdik edilmiş bulunan sözleşmelerin hukuken geçerliliği bulunmamaktadır.⁷ Yüksek Mahkemenin görüşü de bu doğrultudadır.⁸

TİRK.nun 5.maddesi gereğince noterde resen düzenleme şeklinde yapılan ticari işletme rehni sözleşmesinin 10 gün içerisinde işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Rehin hakkı yapılan bu tescil ile doğacaktır. Gerek rehin alacaklısı gerekse de rehin borçlusu sözleşmeyi ticaret sicili memurluğuna ibraz ederek tescil edilmesini isteyebilir.

⁷ DOMANIÇ, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 1988, s.147 ; TANJU, Fahrettin, “Ticari İşletme Rehni Sözleşmesi”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 1980, S.28, s.7 ; OY, Osman/GÜNGÜLER Gülcan, Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları, İstanbul:Beta Yayınevi,2008, s.71

⁸ Yargıtay 19.Hukuk Dairesi’nin 14.10.2005 tarih ve E.12784 – K.10143 sayılı kararı. “Dosyadaki belgelerden ticari işletme rehnine konu menkullerin bulunduğu ticari işletmenin Gerede Ticaret Siciline kayıtlı olduğu, Ticari İşletme Rehni Sözleşmesinin ise Gerede Noterliğinde değil, Ankara Noterliğinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Sicil çevresi dışındaki bir noter tarafından yapılan sözleşmeler hükümsüzdür. Dolayısıyla Ankara Noterliğinde yapılan ticari işletme rehin sözleşmesi geçersizdir. Ticari İşletme üzerindeki rehin hakkının doğumunu düzenleyen Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun 5. maddesinin f/1’e göre “Rehin hakkı ticari işletme sahibinin veya müessesesinin veya alacaklıının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkarlar Siciline tescil ile doğar”. Temyize konu dosyada bulunan 17.2.2004 tarihli Gerede Ticaret Sicil Memurluğu’na ait yazıda ticari işletme üzerinde ticari işletme rehni bulunmadığı bildirilmiştir. Bu durumda mahkemece somut olayda TİRK’nun 4 ve 5. maddelerinde öngörülen koşullara uygun ve geçerli bir ticari işletme rehni kurulmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” (www.kazanci.com.tr)

Ticari işletme rehni sözleşmesi 10 gün geçtikten sonra tescil için sicil memurluğuna sunulur ise ne olacaktır? Hemen belirtmek isteriz ki, Yüksek mahkeme 10 günlük yasal süreden sonra yapılan tescillerin geçersiz olduğu ve bu nedenle de tesis edilen ticari işletme rehninin hukuken geçerli olmadığı görüşündedir.⁹ Buna mukabil konu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar¹⁰ Yüksek Mahkeme gibi düşünmekte 10 günden sonra yapılan tescillerin hükümsüz olduğunu ileri sürmektedir. Aksi fikirde olanlara göre ise¹¹ kanunun bu hükmü emredici nitelikte değildir. Tescil talebinin 10 gün içinde yapılmamış olması sözleşmenin geçersizliğini doğurmaz. Çünkü kanunda bu sürenin hak düşürücü bir süre olduğu hususunda açık bir ifade yoktur. Kaldı ki, rehin hakkı tescil ile doğacağından, rehin sözleşmesinin aleniyet kazanmamasından dolayı üçüncü kişilerin zarara uğramaları ihtimali de bulunmamaktadır.

Kanaatimize, 10 günlük süre geçtikten sonra tescil edilen ticari işletme rehni sözleşmeleri geçersiz kabul edilmemelidir. Zira 10 günlük süre koşulunun yer aldığı 5.maddenin gerekçesinde, “*On günlük müddet*

⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 26.09.2003 tarih ve E:5809- K:8881 sayılı kararı. “*TİRK’nun 5/2. maddesine göre yapılmış rehin sözleşmesinin düzenlemeyi takip eden (10) gün içinde ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret siciline tescil edilmelidir. Hükümde öngörülen (10) günlük süre üçüncü kişileri korumak ve ticari işletme sahibinin, daha önceden muvazaa yoluyla düzenleteceği rehin sözleşmesini, işlerinin bozulması halinde tescil ettirerek alacaklılarından mal kaçırmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Hükümün konuluş amacı gözetildiğinde 10 günlük süreden sonra yapılan tescillerin hukuki sonuç doğurmayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle sıra cetvelinin iptaline karar verilmesinde bir isabetsizlik olmayıp sonucu itibarıyla doğru olan yerel mahkeme kararının belirtilen gerekçe ile onanması gerekirken ilamda yazılı gerekçe ile bozulduğu anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir*” ; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 09.06.2003 tarih ve E:4054, K:6072 sayılı kararı “*Somut olayda, davalı T... Bank tarafından tesis olunan ticari işletme rehni rehin sözleşmesinin yapılmasından 10 gün içinde Ticaret Sicili ne tescil edilmediğinden geçersizdir.*” (www.kazanci.com.tr)

Yargıtay 21.Hukuk Dairesi’nin 15.12.2003 tarih ve E:7748, K:10323 sayılı kararı. “*Davayılan Ticari İşletme Rehni sözleşmesi noterde düzenlenmiş ise de, 1447 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca ayrıca, Ticari işletmenin bağlı olduğu ticaret siciline 10 gün içinde tescili gerekmektedir. Aksi halde rehin hakkından söz edilmesi olanaksızdır.*” (www.kazanci.com.tr)

¹⁰ KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ DOĞRUSÖZ, M. Edip/ALTIN Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996, s.90; TÜRKER, Erhan, Ticari İşletme Rehni, Eskişehir İktisadi ve İdari Bilimler Akademisi, Yayın No: 228/150, s.87

¹¹ İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1989, s.17; SAKA, Zafer, Ticaret Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998, s.66

üçüncü şahısları korumak gayesiyle tasarıya konulmuştur. Bu suretle işletme sahibinin muvazaa yolu ile noterde tanzim ettirdiği bir rehin akdini saklaması ve işlerinin bozulması halinde ticaret veya küçük esnaf siciline kayıtlı alacaklılardan mal kaçırılması ihtimali önlenmiş olmaktadır” açıklamasına yer verilmiştir. Buna göre, 10 günlük sürenin üçüncü kişilerin haklarını korumak bakımından konulduğu kabul edildiğinde, 10 günlük süre içerisinde tescili gerçekleştirilmeyen ticari işletme rehinlerinin geçersiz olduğunu söylemek yerine, ticari işletme rehni sözleşmelerin ticaret siciline tescil edilmediği müddetçe üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini söylemek daha doğru gelmektedir.

Son olarak belirtmek isteriz ki, Ticari işletme rehni tescili için yasal 10 günlük süre içerisinde sicile başvurulması yeterlidir. Tescilin bu 10 günlük süre içerisinde tamamlanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, taraflar üzerlerine düşen yasal sorumluluğu yerine getirerek süresi içerisinde ticaret siciline başvurmuşlardır. Artık bundan sonrası tarafların değil sicil memurunun inisiyatifinde gelişecek işlemlerdir.¹²

TİRK m.7’de yer alan bu düzenleme ve TIRST m.6’de yer alan hüküm gereğince sicil memuru, tescil işleminden sonra, re’sen yani herhangi bir talep olmasa dahi rehin hususunu ilgili sicillere bildirmek durumundadır.

¹² Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin 10.07.2007 tarih ve E:6001, K:10525 sayılı kararı. “Dosyada Kayseri Ticaret Sicil Müdürlüğü’nün 16.12.2005 tarihli yazısında, Kayseri Yedinci Noterliği’nin 09.12.2005 tarihli Ticari İşletme Rehin Sözleşmesi’nin tescili için A...Bank A.Ş. tarafından süresi içinde 16.12.2005 tarihinde başvurulduğu, işlemdeki eksiklik için Ticaret Sicil Memurluğu Tüzüğü’nün 28/2. maddesi uyarınca, Ticaret Sicil Memurluğu’nca süre verildiği, bundan sonra 22.12.2005 tarihinde tescil edildiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen mahkemece, taraflarca aksi iddia edilmediği halde hiçbir araştırma yapılmadan sırf dosyada bulunan 22.12.2005 tarihli yazıda yer alan tarihlere göre Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun 5. maddesi hükmü gereğince rehni süresinde tescil edilmediğinden bahisle itirazın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ise de, sonucu itibarıyla doğru olan karar nedeniyle dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” (www.kazanci.com.tr)

E.YABANCI PARA ÜZERİNDEN TİCARİ İŞLETME REHNI TESİSİ SORUNU

Yabancı para cinsi üzerinden ticari işletme rehni tesis edilip edilemeyeceği uzun zamandan beri doktrinde tartışmalı olan bir husustur. Medeni Kanunumuzda yapılan değişiklik ile yurt içinde veya dışında faaliyet gösteren kredi kuruluşları açısından yabancı para ipoteği mümkün kılınırken (TMK m.851), daha sonra yapılan TİRK’ndaki değişiklikte maalesef bu paralelde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu sebeple, konunun değerlendirilmesini mevcut hükümlere göre yapmak gerekecektir.

Yabancı para cinsi üzerinden ticari işletme rehni tesis edilip edilemeyeceği sorununa, TİRK.nun 6.maddesinde belirtilen “ticari işletme rehni sözleşmesinin ticaret siciline tescilinde alacağın Türk Lirası olarak miktarının gösterilmesi gerektiği” yönündeki düzenleme neden olmaktadır. Bu düzenlemeden yola çıkan kimi yazarlar¹³ TİRK m.6’da yer alan rehin tutarının Türk Lirası olarak gösterilmesine ilişkin kuralın özel bir hüküm olduğu ve bu sebeple de TMK’nun yabancı para ipoteklerini düzenleyen 851.maddesinin ticari işletme rehinleri açısından kıyasen uygulanamayacağını ileri sürmektedirler.

Oysa kanaatimizce, TİRK.nun 6.maddesinde yer alan bu düzenleme özel bir hüküm değildir. Zira, yabancı para cinsi üzerinden gayrimenkul rehni kavramı hukuk düzenimize ilk defa Medeni Kanun’a 1990 yılında eklenen 766/a maddesiyle girmiş ve 2001 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 851.maddesiyle de genişletilerek devam ettirilmiştir. Oysa, Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte (1971), Medeni Kanunumuzda yabancı para ipoteği kavramı bulunmadığı gibi yabancı para borçlarında alacaklıya fiili ödeme günündeki kur karşılığını talep edebilme imkanını getiren BK’nun 83 maddesinin son fıkrası da henüz yürürlükte değildi. Bu nedenle, rehnin Türk Lirası olarak tescil edilmesi gerektiğini belirten TİRK’nun 6.maddesinin özel hüküm olduğundan bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Kaldı ki, 6.maddede rehin sözleşmesinin Türk Lirası olarak düzenlenmesi gerektiğinden söz edilmemiş, sadece sicile tescil aşamasında alacağın Türk Lirası miktarının

¹³ REİSOĞLU, Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, Bankacılar Dergisi, 2003, S.47, s.8, POROY/YASAMAN, a.g.e., s.57

belirtilmesinden bahsedilmiştir. Bu nedenle yabancı para üzerinden ticari işletme rehni tesisinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.¹⁴

Ayrıca, 01.11.2005 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Fon Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Yetki ve Usuller” başlıklı 132.maddesinde “*Fon, her türlü alacağın teminatını teşkil etmek üzere, Yeni Türk Lirası ve/veya yabancı para birimi üzerinden, ticari işletme rehni, taşınmaz rehni ve taşınır rehni dâhil olmak üzere her türlü aynî ve şahsi teminat almaya ehil ve yetkilidir.*” denilmek suretiyle, yabancı para üzerinden tesis edilmiş bir ticari işletme rehninin de söz konusu olabileceği yasal mevzuatımızda yer almıştır.

F. SANAYİ İŞLETMELERİ ÜZERİNDE TİCARİ İŞLETME REHNİ

Ticari işletme rehni sözleşmesinde, rehnin tesis edilmesi anında mevcut olan ve işletmeye tahsis edilmiş bulunan tüm işletme tesisatının gösterilmesi gerektiğine ilişkin TİRK’nun 3.maddesinde yer alan kurala, 2003 yılında yapılan kanun değişikliğiyle önemli bir istisna getirilmiştir. 29.07.2003 tarih, 25183 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4952 sayılı TİRK’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1447 sayılı TİRK’na eklenen EK Madde 2’de “**Sanayi işletmelerinde 3 üncü maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer alan unsurlardan bir veya daha fazlası rehnin konusu yapılabilir, ticari işletme rehnine konu kredilerle satın alınan makine, ekipman, araç, alet ve cihazlar rehnedilebilir. Rehinli mallar alacaklının belirleyeceği muhtemel rizikolara karşı sigorta ettirilir. Sigorta masraflarının hangi tarafa ait olacağı rehin sözleşmesinde belirtilir. Sanayi işletmelerinde rehne konu olan varlıkların bir listesi işletmenin yasal defterlerinden işletme veya yevmiye defterinin son sayfasına noter tarafından onaylanarak eklenir. Bu listelerde, rehinli malların özellikleri açıkça belirtilir. Bu işlem rehnin devamı süresince her yıl yenilenir. Ticari işletme rehnine ilişkin hükümler bu maddeye göre sanayi işletmelerinde yapılan rehinlerde de uygulanır**” denilmektedir.

¹⁴ Aynı yönde, ERCÜMENT, Erdem, Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2011, S.76, s.50

Hangi işletmelerin sanayi işletmeleri olduğu Sanayi Sicil kanunu'nun 1.maddesinde belirtilmiştir. Sanayi Siciline kayıtlı olan ve bu nedenle de sanayi sicil belgesi bulunan işletmeler bu istisnadan yararlanacaklardır.

Söz konusu değişikliğe ilişkin gerekçede; “*Menkul işletme tesisatının tümünün rehin sözleşmesinde gösterilmesi zorunluluğu kaldırılmakta ve tesisatın her parçasının rehne konu edilmesi imkânı getirilmektedir. Bu sayede işletmenin, mevcut mal varlığını rehin göstermeksizin kredi almasına imkân sağlanmaktadır*” denilmiş olması sebebiyle kanaatimizce söz konusu maddede iki ayrı durum düzenlenmiş bulunmaktadır.¹⁵

Buna göre; EK Maddenin ilk cümlesinde yer alan “*Sanayi işletmelerinde 3. maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer alan unsurlardan bir veya daha fazlası rehin konusu yapılabilir*” şeklindeki düzenleme ticari işletme rehinlerinde menkul işletme tesisatının tamamının rehin sözleşmesinde yer alması gerektiğine ilişkin ana kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır. Buna mukabil, EK Maddenin ikinci cümlesinde yer alan “*ticari işletme rehnine konu kredilerle satın alınan makine, ekipman, araç, alet ve cihazlar rehnedilebilir*” şeklindeki düzenleme ise, ticari işletme rehnine konu menkullerin rehin sözleşmesinin imzalanması anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmesi gerektiğine ilişkin ana kuralın bir istisnasıdır.

Yasa koyucu, sanayi işletmelerinde sadece kredi ile alınacak mallar açısından ticari işletme rehni imkanını getirme düşüncesinde olsa idi, bunun için herhangi bir yasal değişiklik yapmasına gerek yoktu. Zira, TİRK'nun 2.maddesinde zaten kredili mal satışları için bu imkan mevcuttu. Demek ki yasa koyucu, TİRK'nun 2.maddesinde yer alan istisnai hükmü, üretime dönük faaliyet gösteren sanayi işletmeleri açısından genişletme ihtiyacı duymuş ve bu işletmelerin ülke ekonomisi için önemini de göz önünde bulundurarak faaliyetlerine daha kolay devam edebilmesi, daha kolay kredi bulabilmesi için menkul işletme tesisatının tamamını rehne konu etmeden ticari işletme rehni tesis edebilme imkanını getirmiştir. Böylelikle sanayi işletmeleri, kullandığı kredi ile orantılı olarak rehin verebilecek ve bu suretle rehin vermediği menkul işletme tesisatını da bir başka kredi için kullanabilecektir.

¹⁵ Aynı yönde; REİSOĞLU, a.g.m., s.14

Belirtilen sebeple, sanayi işletmeleri açısından getirilen bu imkanın sadece ticari işletme rehnine konu kredi ile satın alınmış mallara ilişkin olmadığını düşünmekteyiz. Aksi takdirde getirilen yeniliğin uygulama alanı son derece sınırlı olacaktır. Zira, bankaların bir mal alımına yönelik kredi kullandırmaları istisnai bir durum olup bu husus uygulamada daha ziyade leasing şirketleri aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Leasing şirketlerinin ise ticari işletme rehni sözleşmesinin alacaklısı olabilmeleri TİRK'nun 2.maddesi karşısında mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, sanayi işletmeleri açısından, makine, ekipman için alınan kredilerin yanı sıra, işletme kredileri bakımından da münferit unsurlar üzerine ticari işletme rehni tesis edilebilme imkanı bulunduğunu düşünmekteyiz.¹⁶

G. TİCARİ İŞLETME REHİNİN SONA ERMESİ

Ticari işletme rehni bir alacağı teminat altına almak için tesis edilir. Bu sebeple de fer'i bir haktır. Alacak sona erdiğinde, onun teminatını teşkil eden ticari işletme rehni de sona erer ve ticaret sicilinden terkin edilmesi gerekir.(TİRK m.19) Alacak devam ediyor olmasına rağmen rehin alacaklısın talep ettiğinde yine ticari işletme rehni sona erecektir.

Cebri icra yoluyla yapılan takip neticesinde ticari işletme rehninin paraya çevrilmesi, işletmenin ticaret sicilinden silinmesine rağmen terkin alacaklıya tebliğinden itibaren iki ay içerisinde takip yapılmamış olması (TİRK m.18) hallerinde de yine ticari işletme rehni sona ermiş olmaktadır.

¹⁶ Aynı yönde; YILDIZ, Şükrü, Makalelerim, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s.486



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

ISSN 2146 - 6203

