

8. OTURUM

TEBLİĞLER

*** TÜRK TİCARET KANUNU'NUN
HALKA ARZ KAVRAMINA YAKLAŞIMI**

Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT

*** ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ
EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE TESCİLİN SAĞLIĞA
KAVUŞTURUCU ETKİSİ**

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKUT

*** ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUK**

Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY

TÜRK TİCARET KANUNU'NUN HALKA ARZ KAVRAMINA YAKLAŞIMI

Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT*

ÖZET

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, halka açık anonim ortaklıklarla ilgili hükümler içermekte ve sermaye piyasası hukukunun temel kavramlarından olan halka arz ile bağlantılı düzenlemeler getirmektedir. Halka arzın temel bir kanun niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi Sermaye Piyasası Kanunu ile bütünlük oluşturulması bakımından önemli bir adımdır. Öte yandan, halka arz ile ilgili Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler sermaye piyasası hukukundaki halka arz kavramıyla tam bir uyum içinde değildir; bu nedenle ilgili hükümlerin uygulanması sırasında Türk Ticaret Kanunu sistemi ile sermaye piyasası hukukunun kurallarının birlikte değerlendirilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, halka arz, Sermaye Piyasası Kanunu.

ABSTRACT

Turkish Commercial Code No. 6102 includes provisions about publicly held joint-stock companies and issues rules with regard to public offering which is one of the fundamental concepts of capital markets law. Drawing up such a basic notion in Turkish Commercial Code is a crucial step in order to integrate the corresponding provisions with the rules of Capital Markets Law. On the other hand, the related provisions of Turkish Commercial Code and the concept of public offering in capital markets law are not coherently harmonized. Consequently, considering the system of Turkish Commercial Code and the rules of capital markets law together is a necessity while applying the provisions about public offering.

Keywords: *Turkish Commercial Code, public offering, Capital Markets Law.*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Genel Olarak

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) önemli yeniliklerinden birisi de, halka açık anonim ortaklık kavramını tanıması ve halka açık anonim ortaklıklarla ilgili hükümler içermesidir. Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ve Kanun'un verdiği yetki çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu (SPKR) tebliğleriyle düzenlenen halka açık anonim ortaklıkların temel noktalarda TTK'da düzenlenmesi, düzenleme bütünlüğü bakımından yerindedir.

Sermaye piyasası hukukunun temel kavramlarından olan halka arz da, Kanun'un amacıyla bağlantılı olarak TTK'da yer almıştır. Halka açık anonim ortaklık yapısının ayrırcı unsuru olan halka arz, yöntem olarak sermaye piyasası hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Ancak TTK'da üç noktada halka arz kavramıyla bağlantı kurulmuştur: Kuruluş ve sermaye artırımında halka arz, yeniden yapılanma işlemlerinde halka arz ve yasaklayıcı bir hüküm olarak halktan para toplanması, bu bağlamda kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın halka arz.

Sermaye piyasası hukukuna özgü bir kavram olan halka arzın, temel yasada tanınması, TTK ve SPKn arasında bütünlüğün kurulması bakımından önemlidir ve bu anlamda, yeni bir dönem başlamıştır. Ancak sermaye piyasası hukukunun özelliklerine uygun biçimde şekillenen halka arz kavramı, TTK sistemiyle tam bir uyum içinde değildir. Bu nedenle TTK'da halka arzla bağlantı kurulan noktalarda, konunun, TTK sistemi ve sermaye piyasası hukuku açısından bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Kuruluşta ve Sermaye Artırımında Halka Arz

A. Halka Arzın Elverişliliği Değerlendirmesi

TTK'nın "Halka arz edilecek paylar" başlıklı 346 ncı maddesinde kuruluşta halka arz düzenlenmiştir. Esas sermaye sisteminde sermaye artırımında nakdi sermaye taahhüdünü düzenleyen 459 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında da 346 ncı maddeye atıf yapılmış ve anılan maddenin, kıyas yoluyla uygulanması öngörülmüştür. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı konusunda TTK 460.3 hükmünde, 459 uncu maddeye atıf yapıldığından, sermaye artırımında halka arz yöntemi kayıtlı sermaye sisteminde de uygulanabilecektir.

SPKn yürürlüğe girdikten sonra, uygulanma olanağı kalmayan, eski Türk Ticaret Kanunu'nun tedrici kuruluş ve sermaye artırımına ilişkin hükümlerinin yerine, TTK'da halka arz modeli benimsenmiştir. Böylece kuruluşta veya sermaye artırımında yeterli sermayeye sahip olmayan veya ortaklığa özgüleyeceği sermayesini sınırlamak isteyen kurucuların veya pay sahiplerinin, halktan sermaye sağlamasına olanak tanınmıştır.

Kuramsal olarak sermaye gereksiniminin halktan sağlanması, sermaye birikiminin kolaylaştırılmasını ve halkın, yatırımlara ortak edilmesini sağlayan bir yöntem olarak olumlu özelliklere sahiptir. Ancak kuruluş aşamasında halka arz modeli, halka arzın özelliklerine uygun değildir ve ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Zira halka arzın başarılı olabilmesi için, yatırımcılara, başarılı bir geçmiş faaliyet performansı, istikrar kazanmış işletmeler, bunlara bağlı olarak geleceğe yönelik kazanç öngörülerinin sunulabilmesi önem taşır. Geçmiş olmayan bir ortaklığa yatırımcının kaynak ayırması olağan bir yöntem değildir. Nitekim sermaye piyasası araçlarının borsaya kotasyonunun düzenlendiği İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği'nin, payların ilk kotasyon koşullarının düzenlendiği 13 üncü maddesinde, payları kote edilecek ortaklığın, kuruluşundan itibaren en az üç yıl geçmiş olması ve halka arz edilecek payların piyasa değerine bağlı olarak, son iki yıldan birisinde veya her ikisinde kar etmiş olması koşulları aranmıştır.

Görüldüğü gibi kotasyon koşulları da, borsada işlem görecektir payları çıkaran ortaklığın bir faaliyet geçmişinin olmasını ve karlılık anlamında faaliyet başarısının varlığını öngörmektedir. Halka arzın başarılı olabilmesi için, halka arz sonrasında payların işlem görebileceği, hızlı ve etkin biçimde paraya çevrilebileceği piyasanın varlığı

gereklidir. Bu anlamda, halka arz sonrasında borsada işlem görme koşulları gerçekleşmez, yatırımcı, paraya çevrilebilirliği olmayan veya çok zayıf olan paylara yatırım yapmayı tercih etmeyecektir. Anılan nedenle kotasyon koşullarının sağlanması, halka arzın başarısı bakımından birincil öneme sahiptir. Kotasyon koşullarını taşımayan ortaklıkların çıkardığı payların, borasada işlem görebileceği ikinci ulusal pazar, gelişen işletmeler piyasası, serbest işlem platformu gibi pazarlar da mevcuttur. Ancak bu pazarlarda arz ve talebin oluşması süreci yavaştır ve paraya çevrilebilirlik özelliği de zayıftır.

Faaliyet geçmişi olmayan ve geçmiş faaliyet performansı ile yatırımcıda, ileriye dönük olumlu beklenti yaratamayan ortaklıkların, kuruluşta halka arzdan kaynak sağlama olanağı, sınırlı haller dışında yoktur. Kuruluşta halka arz, özgün niteliğe sahip yazılım, tedavisi olmayan veya güç olan bir hastalığın tedavisinde kullanılacak bir ilaç patenti, zararlı olmakla birlikte kazançlı hale getirilebilecek bir işletme gibi risk sermayesi özelliklerini taşıyan varlıklara sahip olan ortaklıkların sermaye gereksiniminin karşılanmasında kullanılabilir. Bu tip ortaklıkların faaliyet geçmişi bulunmamasıyla beraber, başarı şansı düşük, ama başarılı olursa büyük kazanç potansiyeli taşıyan varlıklara sahip olmaları nedeniyle, yatırımcının ilgisini çekmeleri mümkündür. Dolayısıyla kuruluşta halka arz, anılan risk sermayesi özelliği taşıyan ortaklıklarda işleyebilecektir.

Buna karşılık sermaye artırımında halka arza başvurma olanakları daha genişler. Bu ortaklıkların bir faaliyet geçmişi bulunduğu için, koşullarının halka arza uygun olması halinde, geçmiş faaliyet performansı ve buna bağlı olarak geleceğe dönük öngörülerle halka arzdan kaynak sağlanması mümkün olacaktır.

B. Halka Arzın Koşulları

1. Ana Sözleşmede Belirtme ve Taahhüt

TTK 346 hükmü uyarınca, halka arzın ana sözleşmede belirtilmesi ve ayrıca garanti edilmesi gerekir. Kurucular, nakdi sermayeyi, ana sözleşmede taahhüt edeceklerdir. Nakdi sermayenin halka arz yoluyla sağlanması tercih ediliyorsa, nakdi sermayenin tamamı taahhüt edilecek, ancak TTK 344 hükmünde öngörülen sistemden farklı olarak, payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi gerekmeyecektir. Ana sözleşmede, nakdi sermayenin tamamının taahhüt edilmesi ve bu sermayenin halka arz yoluyla sağlanacağı belirtilmesi halinde, nakdi sermaye karşılığında herhangi bir ödeme yapılmasına gerek olmadan, ortaklık ana sözleşmesi, Ticaret Siciline tescil ettirilebilecektir.

Halka arzın ana sözleşmede gösterilmesi bir taahhüt niteliği taşımamaktadır. TTK 346 hükmünde, nakdi sermayenin taahhüt edilmesi ve bu sermayenin halka arz yoluyla sağlanacağı "belirtilmesi" yeterli görülmüştür. Nitekim TTK 346.2 hükmünde, süresinde halka arz yapılmaması halinde TTK 344 sisteminin uygulanması, yani halka arz edilmeyen pay bedelinin yüzde yirmi beşinin ödenmesi hükme bağlanmıştır.

Halka arzın taahhüt edilmesinin gerekmemesi ve süresinde halka arz yapılması halinde, TTK 344 sisteminin dönülmesi ve herhangi bir yatırımın öngörülmesi, kuruluşta ve sermaye artırımında, nakden taahhüt edilen payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşini tescilden önce ödemek istemeyen kurucuların veya ortakların, süre kazanmak için TTK 346 sistemini kullanmalarına elverecektir. Ancak burada kazanılabilecek sürenin, tescilden itibaren iki ayla sınırlı olması nedeniyle, TTK 346 sisteminin, amacına aykırı kullanılması olanağı da sınırlı olacaktır.

TTK 346 hükmünde, kuruluşta halka arzın ana sözleşmede belirtilmesinin yanı sıra ayrıca garanti edilmesi de hükme bağlanmıştır. Madde'deki "ayrıca" ibaresi, garanti olarak nitelenen taahhüdün, ana sözleşme dışında verileceğine işaret eder. Burada kurucular tarafından, ana sözleşmede verilecek bir taahhüt söz konusu değildir. Ancak ana sözleşme dışında verilecek taahhüdün, ortaklık ana sözleşmesinin Ticaret Siciline tescilinden önce verilmesi ve tescil sırasında bu taahhüdün varlığının aranması, TTK 346.1 hükmünün gereklerinin yerine getirildiğinin tespiti bakımından gereklidir.

TTK 346 hükmünde garanti olarak nitelenen taahhüt, halka arz süreciyle bağlantılı olduğundan, bu taahhüdün, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen halka arz süreci bakımından değerlendirilmesi gerekir. Anılan taahhüt, halka arzın yapılmasına değil, halka arz yapıldığı takdirde, satılmayan payların satın alınmasına ilişkindir.

Payların halka arzını düzenleyen, SPK'nın Seri: I, No: 40 Tebliği'nin 3 no.lu ekinde, sermaye artırımı yoluyla halka arzda aranacak belgeler sayılmıştır. Bu bağlamda, halka arz edilecek payların halka arzda satılmaması halinde, satış süresinin bitiş tarihinden itibaren, bedelini tam ve nakden ödeyerek satın alınacağı ortaklığa karşı taahhüt edilmesi gerekmektedir. Bu taahhütname, sermaye artırımının tamamlanmasının güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. Kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıklarda, satılmayan payların iptal edilmesi mümkün olduğu için, anılan taahhütname zorunlu değildir.

Taahhütnamenin, ortaklığın yanı sıra halka arzda pay satın alan diğer yatırımcıları da koruma işlevi vardır. Yatırımcılar, sermaye artırımının tamamlanacağı inancıyla yatırım kararı almışlardır. Daha sonra artırımın tamamlanamaması halinde, arada geçen zamanda kaçırılan fırsatlar ve yatırdıkları pay bedelinin faizden veya alternatif yatırım olanaklarından yoksun kalmak nedeniyle, yatırımcılar zarara uğrayacaktır. Ayrıca pay sahipleri veya aracı kuruluşlar tarafından verilmesi gereken bu taahhütname, halka arz fiyatının gerçekçi belirlenmesi bakımından da işleve sahiptir. Zira halka arz kısmen dahi olsa başarısız olduğu takdirde, taahhütname verenler, halka satılmayan payları taahhütnamedeki fiyat üzerinden satın almak zorunda kalacakları için, halka arzda pay fiyatının gerçekçi düzeyin üzerinde belirlenmesine fırsat vermeyeceklerdir.

Halka arzda, esas sermaye sisteminde sermaye artırımının tamamlanmasını güvence altına almak, yatırımcıları korumak ve halka arz fiyatının gerçekçi belirlenmesi sağlamak işlevlerine sahip olan bu taahhütname, TTK 346 hükmü uyarınca yapılan halka arzda da kullanılabilir. Bir başka deyişle, anılan maddede halka arzın garanti edilmesi olarak adlandırılan taahhüt, sermaye piyasası mevzuatında halka arzda verilmesi düzenlenen taahhüdü ifade etmektedir. Bu çerçevede kurucular, ana sözleşmede belirtildiği gibi, süresi içinde halka arz yoluna başvurulursa, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen, süresi içinde satılmayan payların satın alınmasına ilişkin taahhütnamenin verilmesi gerekecektir. TTK 346 hükmünde, taahhütnamenin kurucular tarafından verilmesi zorunlu kılınmamıştır. SPK'nın tebliğinde öngörüldüğü gibi, taahhütname kurucular veya bir aracı kuruluş tarafından verilebilir.

TTK 346 sisteminde sermaye artırımı yoluyla değil, ortakların pay satışı yoluyla halka arz söz konusudur. Zira halka arzdan önce ortaklık sözleşmesi Ticaret Siciline tescil edilmiş ve pay doğmuştur. Satıcılar, payın sahipleridir. Ancak payın asgari tutarı dahi henüz ödenmemiştir. Bu nedenle sermaye piyasası mevzuatında, esas sermaye sisteminde sermaye artırımı yoluyla halka arzda düzenlenen taahhütnamenin, ortakların pay satışına dayalı TTK 346 sisteminde de uygulanması mümkündür ve taahhütnamenin yukarıda açıklanan her iki işlevi de burada geçerlidir.

Sermaye artırımında, esas sermaye sisteminde TTK 459.1 hükmü; kayıtlı sermaye sisteminde TTK 459 hükmüne atıf yapan TTK 460.3 hükmü uyarınca atırılan sermayeyi temsil eden payların, ana sözleşmede veya iştirak taahhütnamesinde taahhüt edilmesi gerekmektedir. Artırılan sermayenin, halka arz yoluyla karşılanması tercih ediliyorsa, TTK 459.3 hükmünün TTK 346 hükmüne atıf yapması nedeniyle, TTK 346 sistemi uygulanabilir. TTK 346 hükmüne göre, halka arzın ana sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Sermaye artırımında ise payın taahhüdü ana sözleşmede veya iştirak taahhütnamesinde yapılabilir. Ancak payın iştirak taahhütnamesinde taahhüt edilmesi halinde dahi, halka arzın, sermaye artımı için değiştirilen ana sözleşmede belirtilmesi gerekir. Aşağıda açıklandığı gibi, halka arzın tüm payları konu alması ya da kısmi halka arz halinde halka arzdan kaynak sağlamayı tercih etmeyen pay sahipleri-

rinin, pay bedelinin tamamını, SPK'r'nun kayda alma kararından önce ödemesi gerekecektir. Dolayısıyla halka arz kararı, bireysel olarak iştirak taahhütnamelelerinde alınmaya elverişli değildir. Pay sahiplerinin bu kararı aldıktan sonra, ana sözleşmede halka arzın belirtilmesi gerekir.

Sermaye artırımında halka arzın ana sözleşmede belirtilmesini gerektiren bir başka neden, ana sözleşme değişikliğinin Ticaret Siciline tescil edilmesidir. Üçüncü kişiler, tescil edilen ana sözleşmeden, artırılan sermayenin henüz ödenmediğini ve halka arzdan sağlanacak gelirle sermayenin ödeneceğini öğrenebilecektir.

2. Halka Arzın Sermayenin Tamamı İçin Yapılması – Kısmi Halka Arz Halinde Pay Bedelinin Tamamının Ödenmesi

Kuruluşa veya sermaye artırımında, sermayenin halka arzdan gelecek hasılatla ödenmesine olanak veren TTK 346 hükmü, nakden taahhüt edilen sermayeyi temsil eden payların itibari değerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesini zorunlu kılan TTK 344 hükmüne istisna getirmektedir. Dolayısıyla kuruluşa veya sermaye artırımında, bir kısım pay sahibi, halka arz yoluna gitmek istemeyebilir. TTK 346 hükmünde düzenlenen halka arz yöntemini bir kısım pay sahibi tercih edebilir. Ancak kısmi halka arzda, payların SPK'r kaydına alınmasından önce, halka arza katılmayan pay sahiplerinin, pay bedellerinin tamamını ödemeleri zorunludur. Zira halka arz sonunda, ortaklık halka açık anonim ortaklık niteliğini kazanacaktır ve SPKn 7.III hükmü uyarınca, halka açık anonim ortaklıkların sermayesinin tamamen ödenmiş olması gerekir. Bu nedenle kuruluşa kurucuların sermaye artırımında ise pay sahiplerinin, halka arza katılmayı istememeleri halinde, taahhüt ettikleri pay bedelinin tamamını, SPK'r'nun kayda alma kararından önce ödemeleri zorunludur. Halka arzın, tescili izleyen iki ay içinde yapılması gerektiği için, bu pay sahipleri, TTK 344 hükmü çerçevesinde tescilden önce payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşini ödeyebilirler, ancak kalan kısmı da, en geç SPK'r'nun kayda alma işleminden önce ödemeleri gerekir. Aksi halde TTK 346 hükmünde düzenlenen, halka arz taahhüdü yoluyla sermayenin ödenmesi yöntemi, diğer pay sahipleri tarafından kullanılamayacaktır.

3. Süre

Halka arzın, ana sözleşmenin Ticaret Siciline tescilini izleyen iki ay içinde yapılması gerekir. TTK 346 hükmünde öngörülen iki aylık azami süreyi, halka arzın tamamlanması için değil, halka arz için gerekli hukuki sürecin başlatılması bakımından anlamak gerekir. Zira halka arz, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen ayrıntılı bir kamuyu aydınlatma sürecinin tamamlanmasını, halka arza aracılık edecek aracı kuruluşla anlaşma yapılmasını, tanıtım faaliyetlerini, halka arz başvurusunun SPK'r'nda incelenmesini ve başvuru olumlu karşılırsa payların kayda alınmasını, kayda alma işlemini takiben satışın yapılmasını gerektirmektedir. Kayda alma başvurusunun SPK'r'nda inceleme süresi, SPKn 5.IV hükmü uyarınca azami otuz gündür. Halka arz için gerekli ön hazırlıklar ve kayıt sonrasındaki satış süreci de dikkate alındığında, halka arzın tümüyle tamamlanması için iki aylık süre yeterli olmayacaktır. Esasen TTK 346 hükmünde, iki aylık sürede halka arzın tamamlanması değil, payların halka arz edilmesi zorunlu kılındığından, payların halka arzı için SPK'r'na başvurulmasını yeterli görmek gerekir.

C. Pay Bedelinin Ödenmesi

1. Halka Arz Hasılatının Kullanılması

Kuruluştta, nakden taahhüt edilen ve halka arz edileceği belirtilen payların bedelinin ödenmesinde kullanılacak olağan kaynak, halka arz hasılatıdır. Halka arz hasılatının paylaşım yöntemi TTK 346.1 hükmünde düzenlenmiştir. Halka arz edilen paylar, kuruculara aittir. Zira kuruluşta, pay bedelinin ödenmesi kurucular tarafından taahhüt edilmiştir ve ana sözleşme Ticaret Siciline tescil edilmiştir. Kural olarak ortakların halka arzında elde edilen hasılat, satıcı ortağa ait olur. Ancak TTK 346'da düzenlenen halka arzda, pay bedelleri henüz ödenmemiştir. Bu özel durum nedeniyle, halka arz hasılatının kullanılma şekli, TTK 346.1'de özel olarak düzenlenmiştir. Halka arz hasılatı, öncelikle sermayenin ödenmesine özgülenecektir. Halka arzın öncelikli amacı, ana sözleşmede kurucular tarafından taahhüt edilen payların bedelinin ödenmesidir. Dolayısıyla payların satıcısı kurucu ortaklar olmasına rağmen, halka arz hasılatı, öncelikli amacına uygun biçimde, henüz ödenmemiş olan pay bedelinin ödenmesine özgülenecektir.

TTK 346 hükmünde, payların primli çıkarılma olasılığı da göz önüne alınmıştır. Ancak hemen belirtelim, kuruluşta payların primli çıkarılması istisnai bir durumdur. Henüz faaliyet geçmişi olmayan, sermayesi ile öz kaynakları arasında farklılık oluşmamış bir ortaklıkta, kuruluş aşamasında çıkarma primi öngörülmesinin ekonomik bir nedeni bulunmayacaktır. Bununla beraber ileriye dönük ciddi kazanç beklentisi yaratabilecek projeleri bulunan, ancak bu beklentiyi kuruluşta sermayeye yansıtamayan ortaklıklarda, kuruluşta çıkarma primi gündeme gelebilir. Risk sermayesi özelliği taşıyan bu tip bir ortaklıkta, yatırımcının prim ödemeyi kabul etmesi, öngörülen kazanç beklentisinin gerçekçiliğine bağlı olacaktır. Anılan istisnai halde, kuruluşta primli ihraç ana sözleşmede öngörülürse, halka arz hasılatının sermayeyi aşan kısmı prime özgülenecektir. Söz konusu tutar da, payı satan kurucu ortağa değil, ortaklığa ödenecektir.

Sermaye artırımında ise ekonomik koşulları olduğu takdirde, primli ihracın gerçekleşmesi mümkündür. Ortaklığın bir faaliyet geçmişi olacağından, öz kaynak-sermaye ilişkisine bağlı olarak primi haklı kılacak ekonomik koşulların gerçekleşme olasılığı daha yüksektir. Sermaye artırımında primli ihraca karar verildiği takdirde, prim, halka arz hasılatından karşılanacağı için, primin tamamının tescilden önce ödeneceğini öngören TTK 344 hükmüne bir istisna söz konusu olacaktır.

Nihayet payların halka arzında, itibari değeri veya kararlaştırılmışsa çıkarma primini aşan tutar, payı satan kurucuya veya pay sahibine ait olacaktır. Halka arzın sabit fiyatla yapılmadığı hallerde, halka arzda talebin yüksekliğine bağlı olarak piyasa primi oluşması olağandır. Ancak kuruluşta, yukarıda açıklanan nedenlerle primin ortaya çıkması istisnai hallerde söz konusu olabilir. TTK 346 hükmünde, piyasa priminin kurucu ortağa ödenmesi için, giderin düşülmesi öngörülmüştür. Burada sözü edilen gider, halka arz için yapılan giderdir. Esasen halka arz gideri, payını satan kurucuya veya pay sahibine aittir. Zira kaynağı halden sağlamayı tercih eden, kurucu veya pay sahibidir. Halka arz edilen paylar da kuruculara veya pay sahiplerine ait olduğundan, halka arz giderini de kurucuların veya pay sahiplerinin karşılaması gerekir. Bu ayırım, özellikle halka arzın başarısız olması durumunda önem kazanır. Halka arzdan, beklenen kaynak sağlanamazsa, halka arz giderine kurucular veya pay sahipleri katlanacaktır. Anılan nedenle TTK 346 hükmünde, halka arzdan elde edilen hasılatın, payın itibari değer karşılığına ve varsa prime mahsup edilmesinden sonra kalanın özgülenmesi aşamasında, giderlerin dikkate alınmasına gerek yoktur.

2. Halka Arz Edilmeyen Pay Bedellerinin Ödenmesi

Kuruluşa veya sermaye artırımında, sermayenin halka arz yoluyla yapılacak pay satışından karşılanması belirtilmesine ve halka arz yapılmasına rağmen, yeterli talebin olmaması nedeniyle halka arz başarılı sonuca ulaşmayabilir. Bu durumda, arz edilen paylara göre daha az talebin varlığı halinde, bir kısım pay satılmasına rağmen, bir kısmı satılmayabilir. Ortaya çıkan bu durumun çözümü, sermaye piyasası mevzuatında yer almaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi SPK'nın Seri: I, No: 40 Tebliği'nin 3 no.lu ekine göre, halka arz edilecek payların halka arzda satılmaması halinde, satış süresinin bitişi tarihinden itibaren, bedelini tam ve nakden ödeyerek satın alınacağına ilişkin ortaklığa karşı taahhüt edilmesi gerekmektedir. Halka arzda tüm paylar satılmadığı takdirde, satılmayan paylar, bedeli tam ödenerek, taahhütname verenler tarafından satın alınacaktır.

TTK 346.2 hükmünde, halka arz edilmesine rağmen satılmayan payların bedelinin tamamının, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenmesi öngörülmüştür. Ödemenin yükümlüsü TTK hükmünde belirtilmemiştir. Ancak birinci fıkraya uyarınca verilen taahhütname gereği, halka arzda satılmayan payların, taahhütname verenler tarafından satın alınması gerekir. Ana sözleşmede belirtilmesine rağmen, tescili izleyen iki ay içinde halka arz yoluna başvurulmaması halinde, TTK 344 hükmüne uygun olarak, nakden taahhüt edilen payların, ana sözleşmede daha yüksek bir oran belirlenmemişse, yüzde yirmi beşinin, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenmesi gerekecektir.

İkinci olasılıkta halka arz gerçekleştirilmediğinden, ödeme, pay sahiplerince yapılabılır. Pay sahipleri, payın asgari tutarını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmezse, pay bedelini ifa etmemenin sonuçları doğacak ve iskat sürecinin işletilmesi gerekecektir.

Tescili izleyen dönemde, ekonomik göstergelerdeki olumsuz değişimler, siyasi nedenler gibi etkenlerle, taahhüt edilen tüm payların halka arz yoluyla satılmayacağı inancı oluşursa, taahhüt edilen payların bir kısmını konu alan kısmi halka arz yapılmasına engel yoktur. Bu halde kısmi halka arz konuları, süresi içinde satılmaması halinde, satılmayan paylar, satın alma taahhütnamesi verenlerce satın alınacak; halka arz edilmeyen payların bedeli ise pay sahiplerince, SPK kaydından önce ödenecektir. Ortaklığın payları kısmen dahi olsa halka arz edileceği için, ortaklık halka açık anonim ortaklık statüsüne girecek, bu nedenle de, halka arz edilmeyen payların sahipleri, TTK 344 hükmündeki pay bedelini taksitle ödeme olanağından yararlanamayacaktır.

D. Halka Arzın Yapılmaması

Kuruluşa veya sermaye artırımında, ana sözleşmede gösterilmesine rağmen halka arzın kısmen veya tamamen gerçekleştirilmemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Halka arzın yapılmaması, gerekli ekonomik koşulların oluşmaması nedeniyle veya tescilden önce, taahhüt edilen pay bedelinin en az yüzde yirmi beşinin ödenmesi zorunluluğunu ertelemek amacıyla söz konusu olabilir. TTK 346 hükmünde, halka arz için, tescili izleyen en fazla iki aylık süre öngörüldüğü için, tescilden önce ödeme yükümlülüğünü ertelemek için, halka arzın öngörülmesi, ödeme için uzun zaman kazandırabilecek bir yöntem değildir. Ancak ister TTK 344 hükmündeki ödeme sistemini aşmak, ister dışsal etkenler nedeniyle olsun, TTK 346 sistemi başlatıldıktan sonra halka arzın, haklı bir sebep olmaksızın gerçekleştirilememesi halinde, halka arzı gerçekleştirilmeyen pay sahiplerine hukuki yaptırım öngörülmesi yerinde olurdu.

Kuruluşa halka arzın ana sözleşmede belirtilmesinden sonra, halka arzın gerçekleştirilmemesi, ana sözleşmenin değiştirilerek, halka arzın ana sözleşmeden çıkarılması ya da ana sözleşmede herhangi bir değişiklik yapmadan, fiilen iki aylık sürede halka arzı gerçekleştirilmemesi suretiyle ortaya çıkabilir. TTK 350 hükmündeki, ana sözleşmede belirtilen halka arzın, kurucular, yönetim kurulu veya yetkili herhangi bir organ tarafından onaylanmış kabul edileceğine ilişkin hüküm, ortaklığın yetkili organlarının ayrıca bir karar almasına gerek kalmaksızın halka arzın yürütülmesini ve halka arz için gerekli işlemlerin yapılmasında ortaklığın işbirliği göstermesini sağlar. SPK'nın, halka arzda payları kayda alırken, mevzuatın öngördüğü incelemeleri yap-

mak ve bu çerçevede karar almak yetkisi saklıdır. Aksi halde kuralsız halka arza fırsat verilir ve bu sonucun, yatırımcıları zararı uğratacağında kuşku yoktur.

Sermayenin tamamen ödenmiş olması, ana sözleşmenin sermaye piyasası mevzuatına uygun hale getirilmesi, finansal tabloların bağımsız denetimden geçirilmesi gibi işlemler, ortaklığın işbirliği ile gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Özellikle sermaye artırımında halka arzda, ortaklığın faaliyet geçmişi bulunacağından, bu işlemlerin yapılmasındaki, işbirliği gereksinimi daha da artacaktır. İşte TTK 350 hükmü, halka arzın, kurucuların yanı sıra, ortaklık organları tarafından onaylanmış kabul edileceğini öngörerek, işbirliğinin hukuki temelini oluşturmaktadır. Ancak madde gerekçesine ileri sürülen düşüncenin aksine, tescilden sonra ana sözleşmeyi değiştirerek, halka arzdan vaz geçmek mümkündür. Sadece bu halle sınırlı olmaksızın, iki aylık sürede halka arzı gerçekleştirilmenin sonucu, TTK 346.2 hükmünde düzenlenmiştir. Halka arz edilmeden pay bedelinin en az yüzde yirmi beşinin, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödemesi gerekir. Ana sözleşme değişikliği nedeniyle, halka arzın gerçekleştirilmeyeceği, iki aylık sürenin bitiminden önce kesinleşirse, üç günlük süreyi, bu tarihten itibaren hesaplamak yerinde olur.

III. Birleşme İşlemlerinde Halka Arz

Devralma yoluyla birleşmede, devralan ortaklıkta, devrolunan ortaklık ortaklarına pay verilebilmesi için gerekli miktarda sermaye artırılması gerekecektir. TTK 142.1 hükmünde, bu kural hükmüne bağlandıktan sonra, ikinci fıkrada, halka açık anonim ortaklıklarda, payların SPK'ı kaydına alınmasına ilişkin olanlar dışında, yeni payların halka arzına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu istisna hükmü aynı zamanda, kanun koyucunun, halka arz kavramına yaklaşımı bakımından da önem taşımaktadır.

TTK 142.2 hükmünde, TTK 330 hükmünden farklı bir esas belirlenmiştir. TTK 330 hükmünde, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklara, özel hükümler dışında, TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Oysa TTK 142.2 hükmünde, birleşme işlemlerinde, Kurul kaydı dışındaki halka arzı ilişkin hükümlerin uygulanmaması hükmüne bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, devralan konumundaki halka açık anonim ortaklığın yapacağı sermaye artırımında, payların halka arzına ilişkin hükümler uygulanmayacak, fakat paylar Kurul kaydına alınacaktır. Böylece TTK 330 hükmünde düzenlenen, özel hükümlerin öncelikle uygulanması kuralından ayrık bir düzenleme yapılmıştır.

TTK 142.2 hükmünde, birleşme sürecinde devralan ortaklıkta yapılacak sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan payların Kurul kaydına alınması öngörüldüğünden, bu süreçte uygulanmayacak hükümleri tespit edebilmek için, payların Kurul kaydına alınmasının hukuki niteliğinden hareket etmek gerekir. Kurul kaydı, kayda alınan sermaye piyasası araçlarıyla ilgili olarak yeterli ve doğru kamuyu aydınlatmanın yapıldığının tespitini ifade eder. SPK'nın 5. III hükmüne göre, açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst biçimde yansıtmadığı sonucuna varılırsa, sermaye piyasası aracının, Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilecektir. Kurul kaydına almak, yeterli ve doğru kamuyu aydınlatmanın yapıldığının tespiti işlemi olduğuna göre, Kurul kaydı ve kamuyu aydınlatma birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturur. Bu nedenle TTK 142.2 hükmünde, birleşmede uygulanması öngörülen Kurul kaydına almaya ilişkin hükümler, kamuyu aydınlatma hükümlerini de kapsamaktadır. Zira kamuyu aydınlatma ve Kurul kaydı işlemini birbirinden ayırmaya olanak yoktur.

Kamuyu aydınlatma hükümlerini geniş yorumlamak gerekir. Yatırımcıların, birleşmede sermaye artırımında devrolunan ortaklık ortaklarının, kararını etkileyebilecek her türlü bilginin tam, doğru ve zamanında açıklanmasını sağlayacak işlemleri, kamuyu aydınlatma kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda, SPK'nın Seri: I, No:31 Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nde, taraflarından birisi halka açık anonim ortaklık olan birleşme işlemlerinde öngörülen, özel bağımsız denetim, uzman kuruluş incelemesi gibi işlemler de, kamuyu aydınlatma hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir. Sermaye piyasası mevzuatında yer alan bu kamuyu aydınlatma hü-

kümlelerinin, uygulanabilmesinin bir başka hukuki dayanağı, TTK 134.2 hükmüdür. Anılan hüküm, TTK'nın yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerine aykırı olmayan, diğer kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Diğer kanun hükümlerinin kapsamına, kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat da dahildir. Dolayısıyla TTK'da yapılan düzenlemeye aykırı olmadıkça, sermaye piyasası mevzuatı hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Kamuyu aydınlatma kavramı içinde değerlendirilmesi gereken ve bu nedenle TTK 142.2 hükmü uyarınca da uygulanabilecek olan özel bağımsız denetim, uzman kuruluş incelemesi, TTK 134.2 hükmüne göre evleviyetle uygulama alanı bulabilecektir. Zira TTK'nın yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerinde, bu işlemlerin yapılmasını engelleyen aksine hükümler yoktur.

Birleşme işlemlerinde, devralan halka açık anonim ortaklığın yapacağı sermaye artırımında sermaye piyasası mevzuatının kamuyu aydınlatmaya ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını tespit ettikten sonra, uygulanmayacak hükümlerin kapsamını belirlemek gerekir. Birleşme sürecinde yapılacak sermaye artırımının özelliği, çıkarılan payların, devrolunan ortaklık ortaklarına özgülenmesidir. Bir başka deyişle, payların üçüncü kişilere satışı söz konusu olmamaktadır. İşlemin bu özelliği gereği, satışa ilişkin hükümler zaten uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim sermaye piyasası mevzuatında da, birleşme sürecinde yapılan sermaye artırımına özgü olarak muafiyetler getirilmiştir. Örneğin ihraççıların yükümlülüklerine muafiyet getirilmesine ilişkin olarak SPK'nın Seri: IV, No: 39 Tebliği'nin 6 ncı maddesinde, bir duyuru metni yayımlanması kaydıyla, birleşme ve bölünme nedeniyle yapılan sermaye artırımlarında, izahname düzenlenmesine gerek yoktur. O halde TTK 142.2 hükmü çerçevesinde, birleşmede yapılacak sermaye artırımında halka arza ilişkin olarak uygulanmayacak hükümler satışa ilişkin hükümlerdir. Birleşme sürecinde yapılan sermaye artırımında çıkarılan payların devrolunan ortaklık ortaklarına özgülenmesi nedeniyle, kamuyu aydınlatma konusunda sermaye piyasası mevzuatında getirilen istisnaların uygulanmasının hukuki dayanağı da, TTK 142.2 hükmü değil, sermaye piyasası mevzuatıdır. Ayrıca birleşme işlemlerinde ara bilanço hazırlanması zorunluluğu, TTK 144.1'de özel olarak düzenlendiğinden, bundan farklı esaslar öngören sermaye piyasası mevzuatı hükümleri de uygulanmayacaktır.

IV. Halktan Para Toplanması¹

TTK 552 hükmünde, bir ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacıyla veya vaadiyle halktan para toplanması SPK'nın iznine bağlanmış, izin yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları ve alınabilecek önlemler düzenlenmiştir. Madde kapsamında halktan para toplamak fiilinin, ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacı veya vaadiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Anonim ortaklığın yanı sıra diğer ortaklık türleri için de, madde uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle herhangi bir ticaret ortaklığının kuruluşu veya sermaye artırımı amacıyla veya vaadiyle para toplanması, Madde'nin uygulama alanına girmektedir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi ortaklık TTK 552 hükmünün kapsamına girmemektedir.

TTK 552 hükmünde düzenlenen fiilin unsurları gerçekleştiğinde, SPK'ndan izin alınması gerekecektir. Bu hüküm, SPK'nın 4.1 hükmünde düzenlenen kayda alma sistemine yabancıdır. SPK'nın 5.III hükmü, kayda alma sisteminin özünü açıklamaktadır: Kamuya yapılan açıklamaların yeterli olması ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtması durumunda, sermaye piyasası araçları kayda alınacaktır. Bu sistem kamuyu aydınlatma esasına dayanmaktadır. İzin sistemi ise kayda alma sisteminden farklıdır.

¹ Halktan para toplanmasını düzenleyen TTK 552 hükmü, sempozyumda sunuşun yapıldığı tarihten sonra 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklik çerçevesinde, sempozyumda yapılan sunuştaki, bu maddeye ilişkin açıklamalar güncelliğini yitirmiştir. Ancak sempozyumdaki sunuşun bütünlüğünü bozmamak bakımından, konuya ilişkin açıklamalar da metinde korunmuştur. Bu açıklamalarda atf yapılan TTK 552 inci maddesi, 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki metni ifade etmektedir.

İzin sisteminde kamu otoritesi ekonomik yerindelik incelemesi yapmaktadır. SPKn'nda esas olan kamuyu aydınlatma sistemine yabancı olan izin sisteminin TTK'da öngörülmesinin tutarlı bir tercih olmadığı açıktır. Ayrıca SPKr'nun yasal işlevlerine de terstir.

Madde'nin tüm ticaret ortaklıklarını kapsamaması ve yetkili makam olarak da SPKr'nu belirlemesi, SPKr'nun yasal işlevlerini ve çalışma şeklini değiştirecek bir düzenlemedir. SPKn 3.h hükmündeki "ihraççı" tanımına ortaklık türü olarak sadece anonim ortaklıklar girmektedir. Kurul'un tüm düzenlemeleri, izleme ve denetim sistemi, anonim ortaklık temeli üzerine kurulmuştur. TTK 552 hükmünde tüm ticaret ortaklıklarıyla ilgili olarak Kurul'a verilen yetki ve görev, SPKr'nun yasal işlevlerinin kökten değişmesine yol açacaktır.

Ortaklık kurmak, sermaye artırmak "amacı" veya "vaadi", Madde'de düzenlenen iki ayrı haldir. Söz konusu iki hal arasındaki ayırım belirgin değildir. Amaç, para toplanana ilişkin, dışa açılmamış manevi unsur ifade eder. Vaat ise para toplama veya sermaye artırımının amacının, üçüncü kişilere yansımaları ortaya çıkar. Dolayısıyla vaa-din, amacın açıklanması suretiyle birbirini izlemesi olağandır. Ancak para toplananda, amaç unsuru gerçekleşmeden üçüncü kişiye vaa-de bulunulması da söz konusu olabilir. Madde'de kullanılan "veya" bağlacına, ikinci olasılık çerçevesinde anlam yüklemek gerekir.

TTK 552 hükmünün TTK 346 hükmüyle ilişkisini de değerlendirmek gerekir. TTK 346 hükmünde, kuruluş sermayesinin, halktan sağlanmasının yöntemi düzenlenmektedir. TTK 459.3 hükmünün atfı yoluyla, sermaye artırımında artırılacak tutarın halktan sağlanması da mümkündür. Esas itibarıyla TTK 346 ve 459.3 hükümlerinde kuruluş sermayesinin veya artırılacak sermayenin sağlanması amacıyla halktan para toplanması söz konusudur. Ancak TTK 552 ve 346 hükümlerinin öngördüğü sistem birbirlerinden tamamıyla farklıdır. TTK 346 hükmünde, sermayenin ana sözleşmede taahhüt edilmesi ve halka arz edileceğinin belirtilmesi gerektiğine göre, TTK 552 hükmü, sermayenin taahhüt edilmediği; ortaklık kurmanın veya sermaye artırımının niyet aşamasında olduğu dönemlerde uygulanabilecektir. TTK 552 hükmüne göre izin almak suretiyle para toplandığı takdirde, kuruluşta veya sermaye artırımında yasaya veya ana sözleşmeye göre ödenmesi gereken asgari tutar tescilden önce ödenecektir.

Halktan para toplanması unsurunu incelerken, "halk" ve "para toplanması" kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Madde gerekçesinde "halk" kavramının, çok sayıda kişiye başvurulmasını, el ilanı ve bunun gibi araçlar dağıtılmasını, ilan verilmesini, belirsiz veya belirli kişilerin bir yere çağrılmasını, başvuruda bulunulmasının istenmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Halk kavramının belirlenmesinde, hedef kitlenin genişliği belirleyici ölçütü oluşturmaktadır. Zira hedef kitle genişledikçe, bilgi alma olanakları daralmakta, kitlenin yönlendirilmesi kolaylaşmaktadır. Bu nedenle hedef kitle genişledikçe, özel koruma mekanizmalarına gereksinim duyulmaktadır. Geniş bir hedef kitlenin varlığı halinde, bu kitlenin sınırlarının belirli olması önem taşımayacaktır. Örneğin belli bir ildeki hemşehrilere yönelik para toplama girişiminde, hedef kitle sınırlanabilir olmakla birlikte, kitlenin genişliği nedeniyle TTK 552 hükmü anlamında halkın varlığından söz edilebilir.

Para toplama kavramını da geniş yorumlamak gerekir. Bankalar aracılığıyla veya elden para toplanmasının bu kapsama girdiğinde kuşku yoktur. Bunun yanı sıra kambiyo senedi alınması, paraya çevrilebilir değerler toplanmasını da, TTK 552 hükmündeki para toplamak fiilinin kapsamında değerlendirmek gerekir. Burada amaç geniş hedef kitlenin korunması olduğundan, ticaret ortaklığına aynı sermaye olarak konabilen değerlerin toplanması da, yine TTK 552 hükmü kapsamında olacaktır. Zira söz konusu aynı sermaye unsurlarının paraya çevrilebilme özelliği vardır.

SPKr'nun, izin başvurularını incelerken, başvuru sahibinin ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacının nesnel olarak varlığını araştırması gerekecektir. Ancak özellikle bir ortaklık kurmak amacını nesnel ölçütlerle değerlendirmek mümkün değildir. TTK 552 hükmü, kamuyu aydınlatma sisteminden ayrıldığı için, SPKr, ortaklık kurmak amacını ekonomik yerindelik açısından değerlendirecektir. Ancak bu değerlendirilmenin nesnel temellere dayanması olası değildir.

ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE TESCİLİN SAĞLIĞA KAVUŞTURUCU ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKUT*

ÖZET

Anonim şirketin kuruluş aşamaları tamamlandıktan sonra ticaret siciline tescil edilmekte ve ilan edilmektedir. Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Tescilin hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) etkisi bulunmaktadır. Anonim şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra butlanı ileri sürülemez. Ancak şirketin tescil ve ilanından itibaren üç ay içinde fesih davası açılabilir. Kuruluşta hukuka aykırılığın pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası öngörülmüştür (TTK m. 353).

Anahtar kelimeler: Anonim şirket, şirketin butlanı, fesih davası

ABSTRACT

After fulfillment of transactions at the establishment stage, the corporation is registered to commercial registry Office and disclosure as well. The company gains legal entity with the registration of commercial registry. Registration has an impact of improving the legal defect. After the corporation registered to commercial registry office, the nullity cannot be put forward. However, the annulment can bring a case within three months from the announcement of the company's registration and termination (Commercial Code Article 353).

Keywords: Corporation, nullity of company, abolishment.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Anonim şirketlerin kuruluşunda önemli veya önemsiz çeşitli eksikliklerle karşılaşılması muhtemeldir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceği, ancak gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılabilceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 353/1)¹. Bu şekilde tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi kabul edilmiş olup, bu durum işlem güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Bu düzenlemeye göre, anonim şirketin kuruluşunda kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde şirketin yokluğuna hükmedilemeyecek ancak fesih davası açılacaktır. Hangi hallerde açılan fesih davasının mahkeme tarafından kabul olunacağını değerlendirmesi gerekmektedir. Öte yandan fesih davasının üç aylık hak düşürücü süreye bağlanmış olması nedeniyle, hukuka aykırılığın bu süre geçtikten sonra fark edilmesi durumunda dava açılmayacak olması bazı sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak fesih davası, dava şartları ve usulü üzerinde durulacaktır. Bunun yanında şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılık nedeniyle MK m. 47/2 hükmü ile TTK m. 210/3, m. 531 ve m. 456 düzenlemeleri üzerinde durulacaktır. Medeni Kanun'un 47/2 hükmündeki amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı şeklindeki düzenlemenin anonim şirket kuruluşunda uygulanıp uygulanmayacağı hususu ele alınacaktır. Ayrıca, Bakanlık tarafından fesih davası açılabilmesi (TTK m. 210/3) imkânı ile Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirketin haklı sebeplerle feshine ilişkin (TTK m. 531) düzenlemenin de değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Nihayet anonim şirketlerde sermaye artırımında kuruluşla ilişkin hükümlere atf yapılmasından dolayı (TTK m. 456/4), sermaye artırımına karşı açılacak butlan davasının süresi de tartışma konusu olmuştur. TTK m. 353 düzenlemesinin bu konuya etkisi de bu çalışmada kısaca incelenecektir.

I. ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ EKSİKLİKLER

Anonim şirketlerin kuruluşunda esas sözleşmenin düzenlenmesi (TTK m. 339), pay sahiplerinin taahhütlerinin noterde onaylanması (TTK m. 341), aynı sermayeye değer biçilmesi (TTK m. 342-343), Bakanlık izni (TTK m. 354), pay bedellerinin ödenmesi (TTK m. 344, 345, 346), kurucular beyanı (TTK m. 349), ticaret siciline tescil ve ilan (TTK m. 354, 355) gibi aşamalar söz konusudur. Bu aşamalar için öngörülen düzenlemeler anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıkların önüne geçilmesini hedeflemektedir. Ancak bütün bunlara rağmen kuruluşta önemli veya önemsiz çeşitli hukuka aykırılıklarla karşılaşılması muhtemeldir. İşte bu aşamada kuruluştaki eksikliklerin tamamlanmasında ve yanlışlıkların düzeltilmesinde ticaret sicil müdürüne büyük iş düşmektedir. Anonim şirkete ilişkin hükümler önemli ölçüde emredici nitelikte olduğundan (m. 340), şirketin kuruluşunda esas sözleşmeye kanuna aykırı hükümler konulma ihtimali yüksektir. Bu nedenle şirketi tescil edecek ticaret sicil memurlarının nitelikleri daha da önemli hale gelmiştir². Ticaret sicil müdürü, tescilli talep edilen hususlarda tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü tutulmuştur (TTK m. 32/1). Sicil müdürünün, bir ticaret şirketinin tescilinde

¹ Bu düzenleme AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi; AB ülkeleri ile İsviçre'de benzer hüküm (İsv. BK 643/3) mevcuttur. (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324, s. 163)

² Bkz. **Türk, Ahmet:** "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2170.

özellikle şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırılık olup olmadığını ve kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediğini incelemek yükümlülüğü vardır (TTK m. 32/2)³. Ayrıca, tescil edilen hususların gerçeği tam olarak yansıttığını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandırmamasını ve kamu düzenine aykırılık taşımamasını hususlarını da sicil müdürü incelemelidir (TTK m. 32/3)⁴. Hemen belirtelim ki, sicil müdürü evrak üzerinde yaptığı incelemeyle anonim şirketin kuruluşunda şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürüldüğünü her zaman fark edemeyebilir. Ancak bu durumda dahi anonim şirket ticaret siciline tescil olunmakla tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK m. 355).

II. TESCİLİN SAĞLIĞA KAVUŞTURUCU ETKİSİ

Anonim şirketin ticaret siciline tescili kurucu etkiye sahip olup, şirket tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK m. 355). Kurucu tescilin fonksiyonlarından birisi de her türlü hukuki sakatlığı onarması ve sağlığa kavuşturmasıdır⁵. Dolayısıyla anonim şirketin ticaret siciline tesciliyle birlikte her türlü hukuki sakatlık onarılmakta, sağlığa kavuşmaktadır⁶. Bu ilke, ticaret siciline yanlış tescil edilen bir hususun aradan belli bir zaman geçtikten sonra hukuk güvenliği bakımından ileri sürülebilmesi demektir⁷. Gerçekten de şirketin üçüncü kişilerle ve ortakların kendi aralarında yaptıkları işlemlerin her an batıl kılınma tehlikesi işlem güvenliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim doktrinde de batıl bir hukuki işlemin zaman sınırlaması olmaksızın her zaman geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin hukuk güvenliği ile bağdaşmadığının ifade edildiği ve kesin hükümsüzlüğün düzeltilmesi imkânı üzerinde durulduğu görülmektedir⁸.

Şunu da belirtelim ki, her ne kadar tescilin sağlığa kavuşturucu etkisinden söz ediliyorsa da aslında eksiklik tescille sağlığa kavuşmamaktadır; hukuki görünüş gereğince işlem güvenliği korunmaktadır. Çünkü tescille hukuki sakatlık tam olarak ona-

³ Sicil müdürünün yapacağı araştırma kapsamlı bir denetim şeklinde gerçekleşmez; sicil müdürü uyanık olmalı, özellikle emredici hükümlere aykırılık ve kanunun zorunlu kıldığı esasların mevcut olup olmadığını araştırmalıdır (TTK m. 32/2). Bkz. **Karahan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Bası, Konya 2011, s. 111.

⁴ Doktrinde, sicil memurunun yasal koşulların var olup olmadığını tescil sırasında inceleme yetkisinin, emredici hükümlere aykırılık bulunup bulunmadığıyla sınırlı olduğu; bunun yanında kamu düzenine aykırılığın açık olduğu istisnai hallerde sicil memurunun inceleme görevinin bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. **Ayhan, R.:** Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 252.

⁵ **Pulaşlı: Şerh, C.1, s. 635, N. 99.**

⁶ Kuruluştan itibaren, çok kısa bir süre geçtikten sonra anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilememesi, tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesidir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 353 Gereğesi, s. 163.

⁷ Sicilin iyileştirici etkisi hakkında bkz. **Poroy, R./Yasaman, H.:** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010, s. 212.

⁸ Alman Medeni Kanunu (BGB) § 141 hükmündeki sözleşmenin taraflarca sonradan onaylanmasıyla kesin geçersizliğin düzeleceğine ilişkin hükmün Türk hukuku bakımından da kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Böylece onama sözleşmesiyle eski sözleşme hükümleri yeniden doğarak ileriye etkili (ex nunc) olarak geçerlilik kazanmaktadır. Ayrıca MK m. 2 uyarınca hukuki işlem uygulandıktan ve uzun süre beklendikten sonra butlanın dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Antalya, G.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 99.

rılmış olsaydı, şirketin feshinin dava edilmesi mümkün olmazdı⁹. Hukuka aykırılık halinde anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceğinden, gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır (TTK m. 353/1)¹⁰.

İsviçre hukukunda da ticaret siciline tescil edilen bir anonim şirketin, kuruluşundaki eksikliklere ve hukuka aykırılıklara rağmen tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmektedir (İsv. BK m. 643/2). Tescil ile birlikte kuruluştaki sakatlıklar ıslah edilmektedir¹¹. Anonim şirketin kuruluşundaki eksikliklerin gerek tescilden önce gerek tescilden sonra düzeltilmesi mümkündür. Ancak kuruluştaki hukuka aykırılığın pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası öngörülmüştür (İsv. BK m. 643/3).

Alman hukukunda da tescilin sağlığa kavuşturucu etkisinin kabul edildiği söylenebilir. Çünkü anonim şirketin kuruluşunda butlan sebepleri sınırlı olarak sayılmış ve üç yıllık dava açma süresi öngörülmüştür (AktG § 275/1, 3). Ayrıca mahkeme kararı ile anonim şirketin butlanına hükmedilmesine rağmen, kararın tesciline kadar şirket adına yapılan hukuki işlemlerin butlandan hiçbir şekilde etkilenmeyeceği öngörülmüştür (AktG § 277/2). Nihayet butlanın tespiti halinde şirketin tasfiyesinin de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, fesih hükümlerine göre gerçekleştirileceği düzenlenmesi de (AktG § 277/1) bu durumu teyit etmektedir¹².

III. KANUNA AYKIRI KURULAN ANONİM ŞİRKETİN FESHİNİN DAVA EDİLMESİ

Ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan anonim şirketin (TTK m. 355) kuruluşunda, kanunda öngörülen işlemlerden bazıları hiç veya gereği gibi yapılmamış olsa dahi tescilden sonra artık şirketin butlanı ve yokluğu ileri sürülemeyecek (TTK m. 353/1), ancak şirketin feshi dava edilebilecektir.

6762 sayılı TTK'da kuruluştaki kanuna aykırılık halinde “*şirketin kurulmamış sayılması*” (eTTK m. 299/V) için dava açılması imkânı getirilmiştir. Uzun zaman yürürlükte kalan bu hüküm 1995 yılında 559 sayılı KHK m. 13 ile yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Gerek uygulandığı dönemde gerekse hükmün yürürlükten kaldırılmasından sonra bu konuda çeşitli eleştiriler yapılmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki fesih davasını (m. 353) incelerken, 6762 sayılı TTK m. 299/V hükmündeki “*şirketin kurulmamış sayılması*” davasıyla karşılaştırma yapmakta yarar görülmektedir.

⁹ **Pulaşlı, H.:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2011, s. 635, N. 99.

¹⁰ Bu düzenleme AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi; AB ülkeleri ile İsviçre'de benzer hüküm (İsv. BK 643/3) mevcuttur. (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324, s. 163)

¹¹ Örneğin şirketin kuruluşu sırasında her hisseye mahsuben %20 oranında ödeme yapılmadığı halde gerçeğe aykırı şekilde yapılmış gibi karar alınması; İsv. BK m. 635 ve 636 hükümlerine aykırılık ilk organların kanun ve esas sözleşmeye uygun oluşturulmaması gibi hukuka aykırılıkların bulunması dahi ticaret siciline tescil edilen bir anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasına engel oluşturmaz. Bkz. **von Steiger, F. (Çev. Çağa, T.)** : İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 148-149.

¹² Bkz. **Reiser, T./Veil, R.:** Recht Der Kapitalgesellschaften, 4. Neubearbeitete, München 2006, §11, N. 40.

¹³ Bkz. RG. 27.06.1995, S. 22326, s. 131.

A. FESİH DAVASI

6762 sayılı TTK'da tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanının ileri sürüleceği¹⁴; ancak şirketin kurulmasında kanun veya esas sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle alacaklıların veya pay sahiplerinin menfaatleri önemli derecede tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa ilgili alacaklı veya pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemece şirketin kurulmaması sayılmasına karar verilebileceği öngörülmüştür (eTTK m. 299/V). Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiş ve şirketin kurulmamış sayılması şeklinde değil, fesih davası biçiminde olduğu ileri sürülmüştür¹⁵. Çünkü böyle bir dava ile anonim şirketin butlanına karar verilmesi, hiç kurulmamış sayılmasının sonucu tescilden sonra üçüncü kişilerle yapılmış olan işlemlerin ehliyetsizlik nedeniyle hükümsüzlüğünü doğurmaktaydı. Bu işlemi şirket adına yapanlar, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı şahsen tacir gibi sorumlu olmaktadır (eTTK m. 14, 301/II)¹⁶. Gerçi gerek şirketin kuruluşunun Bakanlık¹⁷ ve Ticaret Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerek dava süresinin 1 ay olması nedeniyle bu düzenlemenin uygulamasıyla sık karşılaşılmamıştır. Ancak, yine de bu düzenlemenin hem üçüncü kişiler hem de şirket adına işlem yapanlar bakımından oldukça tehlikeli olduğuna işaret edilmiştir¹⁸. Tüzel kişilik kazanarak hukuk alanında özne olarak işlemlerde bulunmuş bir varlığın geçmişe etkili olarak kurulmamış sayılmasına karar verilmesi, bu hükümle korunmak istenen menfaatten çok daha önemlilerini ihlal etmektedir¹⁹.

1995 yılında 559 sayılı KHK m. 13 ile eTTK m. 299 hükmü tamamen yürürlükten kaldırılmıştır, ancak bu da uygun çözüm olmamıştır. Çünkü bu şekilde anonim şirketin "kurulmamış sayılma" davası ile birlikte, tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi ve butlanının ileri sürüleceğine ilişkin düzenleme de yürürlükten kalkmıştır. Böylece hiçbir süreye bağlı kalmaksızın şirketin butlanının tespitinin istenmesinin mümkün olduğunu ileri sürme imkânı doğmuştur²⁰. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında bu dönemde açılan butlan davalarının kabul edildiği görülmektedir²¹.

¹⁴ Anonim şirketin kuruluşunda Bakanlık ve Ticaret Mahkemesi tarafından kuruluş işlemleri incelenmekte ve mevzuata uygunluğu denetlenmekteydi (eTTK m. 299). Böyle bir sistemde anonim şirketin tescil ve ilanından sonra artık butlanının talep edilememesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **İmregün, O.:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 82.

¹⁵ eTTK m. 299 hükmünün eleştirisi için bkz. **Domanıç, s. 332 vd.;** **Alışkan, M.:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s. 116-117, 125 vd.

¹⁶ **İmregün:** AO, s. 83.

¹⁷ Bakanlığın inceleme yetkisinin kanunun emredici hükümleri bakımından değil, ülke ekonomisine uygunluk ve kamuya yararlılık bakımından olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Bahtiyar, M/Biçer, L.:** "Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK m. 273 Değişikliği", Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 108-109, dph. 22'de anılan yazarlar.

¹⁸ **İmregün:** AO, s. 83.

¹⁹ **Arslanlı, H.:** Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C.I, İstanbul 1960, s. 74; **von Steiger:** s. 150 vd.

²⁰ Bkz. **Bahtiyar, M.:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 94.

²¹ Şirket kuruluşu ve ana sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespitini, şirketin ticaret sicilinden terkinin talep ve dava edilmiştir. Yerel mahkeme, davanın hak düşürücü sürede açılmadığı gerekçesine yer verirken, Yargıtay 11. HD. TTK.nun 299. maddesinin 559 sayılı KHK. ile yürürlükten kaldırıldığı, yürürlükten kaldırılan hükmün uygulanmama kuralı ileriye ve geriye etkili olacağından, öngörülen 1 aylık hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı gerekçesiyle kararı bozmuştur. 11. HD. 22.03.2001, E.10980, K. 2259, (<http://www.ictihatbul.com/dilekce/11h/39181.html>)

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hem tescilin onarıcı etkisini yeniden düzenlemiş hem de “*şirketin kurulmamış sayılması*” (eTTK m. 299/V) yerine “*şirketin feshine karar verilir*” ifadelerine yer vermiştir (TTK m. 353/1). Böylece fesih davasıyla şirketin geleceğe etkili olarak sona ermesi sağlanmış ve bahsedilen birçok sakıncanın önlenmesi amaçlanmıştır. Önceki düzenlemede şirketin sonradan butlanının ileri sürülemeyeceği ilke olarak ortaya konulduktan sonra, bir istisna olarak kurulmamış sayılma davasından bahsedilmiştir (eTTK m. 299/V). Yeni düzenlemede ise, anonim şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilemeyeceği düzenlendikten sonra, fesih davası öngörülmüştür. Ancak fesih davası bu ilkenin bir istisnası değildir, MK m. 47/2 hükmü ise bir istisna olarak kabul edilebilir²².

B. FESİH DAVASININ ŞARTLARI

Türk Ticaret Kanunu’nda kanun hükümlerine aykırılık suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş olması halinde fesih davasının açılacağı öngörülmüştür (TTK m. 353/1). *Mehaz İsviçre hukukunda fesih davası*, kuruluşta kanuna ve esas sözleşme hükmüne aykırılık ile pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşürülmesi veya ihlal edilmesi şartına bağlanmıştır (İsv. BK m. 643/3).

Türk Ticaret Kanunu’nda fesih sebepleri sayma yoluna gidilmemiş, hangi hukuka aykırılıkların fesih nedeni olacağına ilişkin temel bir ölçüt ortaya konulmuştur. Buna göre önemli nitelikteki bir kanuna aykırılık nedeniyle şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaati önemli şekilde tehlikeye düşmüş veya ihlâl edilmiş olması halinde şirketin feshi talep edilebilecektir (TTK m. 353/1)²³. “Önemli” sözcüğü hem menfaati hem de ihlâlî kapsamaktadır²⁴. Başka bir anlatımla şirketin kuruluşundaki her türlü hukuka aykırılık fesih sebebi sayılmayacak, kanuna aykırılığın önemli olup olmadığına da bakılacaktır. O halde fesih davasının mahkeme tarafından kabulü için iki şart bir arada bulunmalıdır:

1. Şirketin Kurulmasında Kanun Hükümlerine Aykırı Hareket Edilmiş Olması

6762 sayılı TTK’da şirketin kurulmasında “kanun veya esas sözleşme hükümlerine aykırılık” dava şartı olarak öngörülmüş idi (eTTK m. 299/V). Yeni düzenlemede ise yalnızca kanun hükümlerine aykırı hareket edilmekten bahsedilmiştir (TTK m. 353/1). Fesih davasının mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için, kanuna aykırılık önemli ölçüde olmalıdır. Kanuna aykırılık önemli ölçüde ve nitelikte değilse mahkeme şirketin feshine ilişkin talebi reddetmelidir²⁵. Örneğin anonim şirket esas sözleşmesi 30 gün içinde (TTK m. 354/1) değil de 41. Gün ticaret siciline tescil edilmiş ise bu durum fesih sebebi olmayacaktır.

²² **Alışkan:** s. 130.

²³ eTTK m. 299 hükmüne göre kuruluş sırasında kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle, alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatleri önemli ölçüde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş ise fesih davası açılabilir. Zarar doğması şart değildir, zarar tehlikesi de dava için yeterlidir. Örneğin, payların önemli bir kısmına katılma taahhüdü olmadan şirket onaylanmışsa veya sermaye olarak konulan veya devralınan ayınların değeri aşırı derecede yüksek gösterilmiş ve her nasılsa anlaşılmamışsa mahkeme butlana karar vermelidir. Bkz. **Arslanlı:** s. 74. Fesih davası için zararın doğmuş olması şart değildir, ancak şirketin kurulmamış sayılması halinde tazminat isteyebilmek için zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Bkz. **Domanıç:** s. 331-332.

²⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gerekçesi, s. 163.

²⁵ Bkz. **Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 165, N. 20; **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 636-637, N. 101.

2. Alacaklıların, Pay Sahiplerinin veya Kamunun Menfaatinin Önemli Şekilde Tehlikeye Düşmüş Veya İhlâl Edilmiş Olması

Fesih davasının kabulü için, şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin veya kamunun menfaati önemli şekilde tehlikeye düşmüş ya da ihlâl edilmiş olmalıdır (TTK m. 353/1). Yürürlükten kaldırılan düzenlemede ise “kamunun menfaati” sayılmamıştır (eTTK m. 299/V). TTK m. 353 anlamında fesih sebebinin varlığından söz edebilmek için hak ihlali şart değildir, şirket alacaklısının, pay sahibinin ya da kamunun menfaatinin tehlikeye düşmüş olması halinde de kanuna aykırılık önemli ise şirketin feshi söz konusu olabilecektir. Ayrıca feshe karar verilebilmesi için zararın doğmuş olması da şart değildir, menfaatin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir²⁶. Unutulmaması gereken bir husus da mahkemenin şirketin feshine karar vermeden önce şirketin eksiklikleri gidermesi halinde davanın düşeceği. Nitekim eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilmesi için mahkemenin süre verebileceği yasadaki öngörülmüştür (TTK m. 353/2).

3. Anonim Şirketin Feshinin Dava Edilebileceği Hukuka Aykırılık Örnekleri

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda fesih davasına ilişkin düzenleme (m. 353), AET’nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu m. 643/3 hükmü ile de benzerlik taşımaktadır²⁷. Şunu da belirtelim ki, AET Yönergesi ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’ndaki düzenlemede butlan davasından bahsedilmekteyse de hukuki sonuçları bakımından fesih davasına benzemektedir.

*AET’nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11’nci maddesinde butlana mahkeme kararı ile hükümlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiş ve butlan sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır*²⁸:

- a. Kuruluş senedinin yokluğu veya koruyucu denetime ilişkin formalitelere ya da resmi onay şekline uyulmamış olması,
- b. İşletmenin (şirketin) fiili faaliyet konusunun kanuna veya kamu düzenine aykırı olması,
- c. Kuruluş senedinde veya esas sözleşmesinde şirketin unvanının, faaliyet konusunun, ortakların sermaye paylarının veya taahhüt edilen toplam sermaye miktarının gösterilmemesi,
- d. Üye devletlerin ödenmesi zorunlu asgari şirket sermayesine ilişkin mevzuatlarına uyulmaması,
- e. Kuruluşa katılan bütün ortakların ehliyetsiz olması,
- f. Şirket hakkında uygulanacak olan üye devletin mevzuatına aykırı biçimde kuruluşa katılan ortak sayısının ikiden az olması.

Yönergede sayılan butlan sebepleri Türk hukukunda fesih davasının kabulü için de yeterli sebeplerdir.

²⁶ **Alışkan:** s. 132.

²⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 163. Nitekim doktrinde de İsv.BK m. 643/3, 4; AktG § 275-277 ve Avrupa Konseyi Birinci Yönergesi’ne (m. 11-12) paralel bir düzenlemenin yapılması önerilmiştir. Bkz. **Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012, s. 119.

²⁸ Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. **Kendigelen, A.:** “Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kurulustan Doğan Sorumluluk”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 515-516.

Alman hukukunda esas sözleşmede sermaye tutarı veya işletmenin konusunun yer alması halinde ya da işletmenin konusu hakkındaki esas sözleşme hükümlerinin batıl olması durumunda her pay sahibinin, yönetici kurulun ve gözetim kurulunun her bir üyesi tarafından şirketin butlanının dava edebileceği öngörülmüştür. Butlan davasının dayanağını oluşturan bu sebepler sınırlı olarak sayılmıştır (AktG § 275/1).

İsviçre hukukunda esas sermayenin önemli bir kısmının taahhüt edilmemiş olması, sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme kabiliyetinin bulunmaması, iştirak taahhütlerinin geniş ölçüde hükümsüz olması, aynı sermayeye aşırı değer biçilmiş olması, şirketin amacının imkânsızlığı ve kurucular tarafından hilelere başvurulmuş olması gibi durumlarda fesih davasının açılacağı ifade edilmiştir²⁹.

Buraya kadar sayılan sebepler *Türk hukuku* bakımından da anonim şirketin feshine yol açacak hukuka aykırılıklardır. Ayrıca bu konuda Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler arasından şu örnekler verilebilir. Örneğin itibarî değerinden aşağı bedelle pay çıkarılması yasaktır (TTK m. 347). Buna rağmen paylar esas sözleşmede öngörülen itibarî değerden aşağı bir bedelle ihraç edilmişlerse yasağa aykırılığın ilk sonucu, sicil memurunun şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının tescilini reddetmesidir. Kuruluş belgelerinden (TTK m. 336) bu aykırılığın kolayca tespiti mümkündür. Bu aykırılık tespit edilmemiş ve şirket tescil olunmuşsa, bu durumda TTK m. 353 uyarınca şirketin feshi dava edilebilecektir³⁰.

Anonim şirketin kuruluşunda iradelerin sakatlanması, belgelerin düzgün ve amaca uygun hazırlanmaması, sahteliği; esas sözleşmenin/taahhütnamenin zorunlu içeriğine ilişkin kurala uyulmaması; şekil hükümlerinin ihlali; aynı sermayenin değerlendirilmemesi gibi hukuka aykırılıkların menfaatleri tehlikeye düşüreceği açıksa, TTK m. 353 hükmü uyarınca şirketin feshi davası açılabilir³¹.

Anonim şirketlerde pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludurlar (TTK m. 329/2). Buna göre ortağın şirket karşısındaki tek borcu taahhüt etmiş olduğu payların karşılığını şirkete ödemektir (eTTK m. 405)³². Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez (TTK m. 480/1). Bu hükme aykırı olarak pay sahiplerinin sorumluluğunu genişleten esas sözleşme hükümleri batıldır³³. Bu hukuka aykırılığın alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürmesi şirketin feshine neden olabilecektir.

Sermayenin korunması ilkesi uyarınca, sermaye kural olarak şirketin mülkiyetinde olmalı, gerçek değeri ile şirkete fiilen getirilmeli, sermaye korunmalı ve geri iade edilmemelidir³⁴. Buna göre sermayenin korunması için sermaye pay sahiplerine doğrudan veya dolaylı olarak iade edilemez ve şirket malvarlığı şirket sona erinceye kadar, işletme konusunun elde edilmesine özgülenmiş olmalıdır³⁵. Bu bağlamda şirket sermayesinin asgari sermaye tutarının (TTK m. 332/1) altında belirlenmiş olması; kişi-

²⁹ **von Steiger:** s. 151-152.

³⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 347 Gerekçesi, s. 160.

³¹ **Tekinalp:** Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 101-102.

³² Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 529, N. 1019.

³³ Bkz. **Böckli:** Aktienrecht, 4. Auflage, §16, N. 168; **Karasu, R.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 67; **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, s. 804, N. 368.

³⁴ Genel Gerekçe paragraf 57, bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 26.

³⁵ Sermayenin korunması ilkesinin kapsamı hakkında bkz. **Tekinalp, Ü.:** "Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.2, s. 1682-1683.

sel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilmesine esas sözleşmeyle izin verilmiş olması³⁶ halinde fesih davası söz konusu olabilecektir. Aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara mahkemece atanmış bilirkişi tarafından değer biçilmemiş olmasının (TTK m. 343) da sonucu aynıdır. Şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir (TTK m. 348/1).

C. USULE İLİŞKİN HÜKÜMLER

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda fesih davasına ilişkin usul hükümlerine de yer verilmiştir. Fesih davası anonim şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde açılmalıdır (TTK m. 353/1). Bu kural TTK m. 5 anlamında bir iş bölümü ilkesi değil, görev kuralıdır³⁷.

Dava dilekçesine deliller ile gerekli bütün bilgiler eklenmelidir. Yargılama aşamasında delil sunulamayacağı gibi bir davanın beklenilmesi ve bilgi getirtmesi de mahkemeden istenemez. Ancak, somut olayın haklı göstermesi hâlinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilir.

Dava, acele işlere ilişkin usule tâbîdir (TTK m. 353/3). Başka bir anlatımla fesih davasında basit yargılama usulü uygulanacaktır (TTK m. 1521). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı ve basit yargılama usulü öngörülmüş olup, fesih davasında daha kısa ve daha seri bir yargılama usulü olan basit yargılama usulü uygulanmalıdır³⁸. Basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi dışında replik ve düplik dilekçesi verilmemekte (HMK m. 317/3) ; dava açılması ve cevap dilekçesinin verilmesiyle birlikte iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı başlamaktadır (HMK m. 319)³⁹. Dolayısıyla deliller ve belgelerin ilk celseye kadar hazır olması gerekli olup, yargılama aşamasında dosyaya hiçbir belge giremeyecektir⁴⁰. Ancak, somut olayın haklı göstermesi hâlinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilecektir (TTK m. 353/3)⁴¹.

Sayılan usul kurallarına uyulması zorunludur. Çünkü yeni kurulan anonim şirketin faaliyetine devam edip etmeyeceği davanın sonucuna göre değişecektir; davanın gecikmesi anonim şirketin ilişkilerinin yoğunlaşması ve tasfiyenin zorlaşması sonucunu doğuracaktır. Anonim şirketin faaliyet göstermesi tedbir kararıyla engellenmeyeceği göre, fesih davasının bir an önce açılmasının sağlanmasında yarar vardır⁴².

³⁶ Anonim şirketlerde hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olarak getirilemez (TTK m. 342/1).

³⁷ Bkz. **Tekinalp, Ü.:** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 102.

³⁸ 1086 sayılı HUMK'da yazılı, basit, seri ve sözlü yargılama usulü öngörülmekteydi, 6100 sayılı HMK'da yalnızca yazılı ve basit yargılama usulü öngörülmüş olup, farklı kanunlarda seri ve sözlü yargılama usulüne yapılan atıfların basit yargılama usulüne yapıldığı kabul olunmalıdır (HMK m. 316/1-g).

³⁹ Basit yargılama usulü hakkında bkz. **Pekcamtez, H./Atalay, O./Özekes, M.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 586 vd.

⁴⁰ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gereğesi, s. 163.

⁴¹ Davanın niteliği gereği, yargılama aşamasında delil sunulamaz ve mahkemeden bilgi getirtilmesi istenemez, ancak somut olayın özellikleri nedeniyle istisnaen bu ilkeden sapılabilir. Örneğin davanın pay sahibi ve özellikle alacaklı tarafından açıldığı durumlarda bazı bilgilerin ve delillerin şirketten ya da kuruculardan sağlanabileceği anlaşılabilir veya kuruluşa katılan noterin veya işlem denetçisinin dinlenmesi gerekebilir. Bkz. TTK m. 353/3'teki değişikliğe ilişkin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 488, 489.

⁴² Bkz. **Tekinalp:** Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 103.

1. Dava Açmaya Yetkili Olanlar

Kuruluştaki hukuka aykırılık nedeniyle fesih davası açma yetkisi yönetim kuruluna, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na, ilgili alacaklıya ve pay sahibine tanınmıştır (TTK m. 353/1)⁴³. Maddede fesih davasının davacıları sınırlı sayıda (numerus clausus) gösterilmiştir⁴⁴, bu nedenle sayılanlar dışında başka bir kişinin fesih davası açma yetkisi yoktur. Burada sayılan kişiler her biri diğerinden bağımsız olarak fesih davası açma hakkına sahiptirler⁴⁵.

Ticaret Sicil Müdürlüğüne niçin dava açma yetkisi verilmediği düşünülebilir. Ticaret sicil müdürü tescilli talep edilen hususlarda tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü tutulmuştur (TTK m. 32/1). Sicil müdürünün, bir ticaret şirketinin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediğini incelemek yükümlülüğü vardır (TTK m. 32/2). Ayrıca, tescil edilen hususların gerçeği tam olarak yansıttığını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandırmamasını ve kamu düzenine aykırılık taşımaması hususlarını da sicil müdürü incelemelidir (TTK m. 32/3). Bu sırada şirketin butlanına yol açan bir sebep tespit ederse şirketin tescilli talebini reddedebilecektir. Dolayısıyla sicil müdürüne fesih davası açma yetkisi verilmemesi doğaldır.

2. Davada Şirketin Temsili

Fesih davası, anonim şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra açılacağından şirket tüzel kişiliğine karşı açılır⁴⁶. Fesih davasının pay sahipleri, ilgili alacaklılar veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından açılması halinde, şirketi yönetim kurulu temsil eder. Ancak dava yönetim kurulu tarafından açılmış ise, mahkeme tarafından tayin edilen bir kayyım şirketi temsil edecektir⁴⁷. Dava şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılır (TTK m. 353/1).

D. FESİH DAVASININ AÇILMASINDA SÜRE

Fesih davasının, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekmektedir (TTK m. 353/4)⁴⁸. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, bu süre geçtikten sonra şirketin feshinin dava edilmesi mümkün değildir. İşlem güvenliği açısından üç aylık süre uygundur⁴⁹. Hak düşürücü süre ilan tarihinden itibaren

⁴³ 6762 sayılı TTK'da davacılar yalnızca "ilgili alacaklı ve pay sahibi" olarak sayılmışken (eTTK m. 299/V), yeni düzenlemede davacıların sayısı artırılmıştır (TTK m. 353/1).

⁴⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 353 Gerekçesi, s. 163.

⁴⁵ **Alışkan:** s. 135.

⁴⁶ eTTK m. 299 hükmüne göre fesih davası şirketin tescilinden sonra açılmışsa davalı şirket tüzel kişiliği, tasdikten sonra fakat tescilden önce açılmışsa davalı kurucular olmaktadır. Bkz. **Arslanlı:** s. 74. **Domanıç,** şirketin kurulmamış sayılmasına ilişkin davanın, yokluğu ileri sürülen bir kişiye karşı açılmayacağını; olsa olsa şirket tüzel kişiliğine karşı geçmişe etkili bir fesih davası açılması gerektiğini ileri sürmektedir. **Domanıç, H.:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 327-328. Ayrıca eleştiriler için bkz. **Alışkan:** s. 137-138.

⁴⁷ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 637, N. 104.

⁴⁸ 6762 sayılı TTK'da davanın şirketin tescil ve ilanından itibaren bir aylık hak düşüren süre içinde açılması öngörülmüştür (eTTK m. 299/V).

⁴⁹ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 637, N. 103.

işlemeye başlayacaktır⁵⁰. Dolayısıyla TTK m. 353 hükmünde öngörülen fesih davasının açılacağı üç aylık hak düşürücü süre ilan tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Nitekim mehz İsviçre hukukunda da fesih davası, şirketin tescilinin ticaret sicil gazetesinde (SHAB) ilanından itibaren üç ay içerisinde pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılabilir (İsv. BK m. 643/4, 3).

E. DAVANIN AÇILDIĞI TARİHTE MAHKEMENİN ALACAĞI ÖNLEMLER

Anonim şirketin feshi için dava açıldığında mahkeme gerekli tedbirleri almak zorundadır (TTK m. 353/1)⁵¹. Bu aşamada şirketin aktiflerinin ve bütün belgelerinin teminat altına alınması veya kayyım atanması gibi önlemler alınabilir⁵². Ayrıca dava açıldığında mahkeme, derhal şirketin feshine karar vermeyecek; mümkünse eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi için yönetim kuruluna süre verebilecektir (TTK m. 353/2)⁵³. Şirketin feshine karar verilmesinin ağır sonuçları göz önüne alındığında bu ihtimalin mutlaka araştırılması gereklidir. Şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin çıkarlarının bozulmasını önleyecek, alacaklarının tahsilini güçleştirecek durumlara engel olacak şekilde şirket malvarlığına el koymak, hesap ve defterleri kontrol etmek gibi önlemler alınmalıdır⁵⁴.

Hem davanın açıldığı hem de kesinleşen karar, mahkeme tarafından re'sen ticaret siciline bildirilip tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilân olunmalıdır. Ayrıca, yönetim kurulu, tescil ve ilanı yapılan hususu, şirketin internet sitesine koymalıdır (TTK m. 353/5)⁵⁵.

F. MAHKEMENİN FESİH KARARININ ETKİSİ

Fesih davası, inşai (yenilik doğuran) dava niteliğindedir. İnşai davada mahkemenin, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması talep edilmektedir (HMK m. 108/1). Bu davada da anonim şirketin feshine karar verilmesi mahkemenin talep edilmektedir. Kanunda aksi öngörülmedikçe inşai hükümler geçmişe etkili değildir (HMK m. 108/3). Dolayısıyla mahkemenin fesih kararı geleceğe etkili (ex nunc) olarak hüküm ifade

⁵⁰ Bkz. **Arslanlı**: s. 74; Yargıtay 11. HD. 03.02.1980, E.6062/K.370 (**Eriş, G.**: Açıklamalı İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1992, s. 833).

⁵¹ eTTK m. 299 hükmüne göre fesih davası açıldıktan sonra mahkeme bir tarafın talebi üzerine malların muhafazası için tedbir alabilmekteydi. Bkz. **Arslanlı**: s. 74; **Alışkan**: s. 142.

⁵² Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**: s. 165, N. 24; **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 638, N. 105.

⁵³ *Kanımızca TTK m. 353/2* hükmündeki “*esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi*” ifadesi isabetli değildir. Çünkü birinci fıkrada fesih sebebi olarak kanun hükümlerine aykırılıktan bahsedilmiş olup, eTTK m. 299/V hükmünden farklı olarak esas sözleşmeye aykırılığın fesih davasına yol açacağı öngörülmemiştir. Bu nedenle TTK m. 353/2 hükmünün esas sözleşmedeki kanuna aykırı hususların ve diğer kanuna aykırılıkların düzeltilebilmesi, şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır. Esas sözleşmeye aykırı olan bir işlemin düzeltilmesi fesih davasıyla ilgili değildir.

⁵⁴ **Domaniç**: s. 329.

⁵⁵ Daha önce davanın açıldığının ve kesinleşen kararın, “*tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az bir gazetede ilanı*” öngörülmekteydi (TTK m. 353/5). Bu ifade 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un m. 41/8 hükmü ile madde metninden çıkarılmıştır.

edecektir⁵⁶. Hüküm, kamu düzeni ile ilgili olup, fesih kararı, işlem düzeni ve güvenliğini etkilemektedir⁵⁷.

Anonim şirketin feshi talebi mahkeme tarafından reddedildiğinde, bu karar fesih şartlarının oluşmadığı hususunda bir tespit hükmüdür ve sadece davacılar bakımından hüküm ifade eder. Üç aylık hak düşürücü süreye uymak kaydıyla, davacılar dışındaki hak sahipleri, yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklılar ve pay sahipleri fesih davası açabilecektir (TTK m. 353/1).

İnşai dava ile maddi hukukta durum değişikliği meydana gelmektedir⁵⁸. Mahkeme tarafından anonim şirketin feshine karar verilmesiyle, karar yalnızca davacı için değil, şirket tüzel kişiliği, bütün pay sahipleri ve alacaklılar hakkında hüküm ifade edecektir. Şirketin feshine karar verilmesiyle şirket sona erer, tasfiye haline girer, TTK m. 533 vd. hükümlerine göre tasfiye işlemleri yürütülür⁵⁹. Fesih davasında mahkeme, TTK m. 531 hükmünde öngörülen haklı nedenle fesih davasından farklı olarak sadece fesih kararı veya fesih talebinin reddi yönünde karar verebilir⁶⁰.

IV. FESİH DAVASI AÇMA SÜRESİ GEÇTİKTEN SONRAKİ DÖNEMDE ŞİRKETİN SONA ERMESİ

Fesih davasının, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekmektedir (TTK m. 353/4). Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, bu süre geçtikten sonra şirketin feshinin dava edilmesi mümkün değildir. Bu durumda kanun hükümlerine aykırılık suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş olmasına rağmen süre geçtiğinden fesih davası açılmayacaktır (TTK m. 353/1). Örneğin aynı sermayeye değer biçilmesinde yapılan hile sonucunda, sahip oldukları payın gerçek değeri üzerinde ödeme yapan pay sahipleri bir aylık hak düşürücü süre geçtiğinden (eTTK m. 299/V) talepleri reddedilmiş ve sadece hile yapan ortağın şirkete tazminat ödemesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır⁶¹. Üç aylık hak düşürücü süre sona erdikten sonra anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle TTK m. 353 dışında şirketin feshinin ileri sürülmesi imkânı var mıdır? Bu kapsamda MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanabilirliği üzerinde durmak gerekir. Ayrıca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca açılacak fesih davası (TTK m. 210/3) ile şirketin haklı nedenle feshi (TTK m. 531) düzenlemesinden de kısaca bahsetmekte yarar vardır.

⁵⁶ Adliye Encümeni Mazbatasından anlaşıldığına göre eTTK m. 299 düzenlemesinde fesih kararı geçmişe etkiliydi. Dolayısıyla mahkeme kararıyla anonim şirket bütün pay sahipleri ve alacaklılar bakımından geçmişe etkili olarak mevcudiyetini kaybetmekteydi. Gerek ortaklar gerekse üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkiler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye olunuyordu. Bkz. **Arslanlıç**: s. 73, 74; **Domaniç**: s. 330-331.

⁵⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gerekeşi, s. 163.

⁵⁸ İnşai dava hakkında bkz. **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 309 vd.

⁵⁹ Hukuka ve ahlaka aykırı amacı nedeniyle sona erdirilen anonim şirketin malvarlığı ortaklara dağıtılmayacak, yasa gereği ilgili kamu kuruluşuna geçecektir (MK m. 54/III, İsv. MK m. 57/III). Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 639, N. 108.

⁶⁰ **Alışkan**: s. 147.

⁶¹ Yargıtay 11 HD. 14.02.1983, E. 1982/5835, K.1983/662 sayılı karar için bkz. **Başbuğoğlu, T.**: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara 1988, s. 424-427.

A. TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN 47'NCİ MADDESİNİN ANONİM ŞİRKETLERE UYGULANABİLİRLİĞİ

Tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesi olduğu ve bu ilkenin Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü dışında istisnasının bulunmadığı TTK m. 353 gerekçesinde ifade edilmiştir. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrasının anonim şirketlere uygulanmasının sorgulanabilir olduğu; İsv. MK 52/3 hükmüne dayanılarak İsviçre doktrininde savunulan geçersizlik hallerinin Türk hukuku bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir konu olduğu belirtilmiştir. Ancak Medeni Kanun'daki tüzel kişilik kazanamama yaptırımını yerine feshin menfaatler dengesine daha çok uyduğuna dikkat çekilmiştir.⁶²

Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrasında amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı hükme bağlanmıştır. Gerekçede de belirtildiği üzere MK m. 47/II hükmünün anonim şirketler için uygulanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir.⁶³ Hemen belirtelim ki, anonim şirketin, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabileceği yönündeki düzenleme (m. 331/1), MK m. 47/II hükmü ile örtüşmektedir.

Doktrinde MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanamayacağı yönündedir. Çünkü tescilin sağlığa kavuşturucu ilkesinin, özellikle işlem güvenliği açısından olmazsa olmaz niteliği bunu gerekli kılmaktadır; tescilden sonra geriye dönük çözüme (ex tunc) değil, ancak ileriye dönük tasfiye esasına dayanan yasanın sistemi yokluk ve butlanla bağdaşmamaktadır⁶⁴. Diğer bir görüş ise MK m. 47/II hükmünün temel bir kural olduğu ve anonim şirketler alanında da uygulanacağı yönündedir⁶⁵. Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanmadığını ileri sürmenin işlem güvenliği açısından son derece sakıncalı olduğu, bu nedenle özel bir butlan hali olarak değerlendirilmesi gerektiği ve İsviçre hukukuna atıfla tüzel kişilik kazanan şirketin tasfiye olunacağı belirtilmiştir⁶⁶.

İsviçre hukukunda hukuka veya ahlâka aykırı amacın tüzel kişilik kazanamaya engel olacağı yönündeki düzenlemenin (İsv.BK m. 52/III) anonim şirketler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ancak şirketin üçüncü kişilerle ilişkiye girmesi halinde baştan itibaren şirket yok sayılmayacağından ileriye dönük tasfiye yapılmalıdır⁶⁷. *von Steiger* de bu düzenlemenin anonim şirketler bakımından da uygulanacağını

⁶² Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), 353'ncü madde gerekçesi, s. 163.

⁶³ Benzer tartışma dernekler bakımından da söz konusudur. Derneğin kuruluşu sırasında amacının kanuna veya ahlaka aykırı olması halinde MK m. 47/II uyarınca dernek tüzel kişilik kazanamayacak; amacın sonradan kanuna veya ahlaka aykırı hale gelmesi durumunda ise MK m. 89 uyarınca mahkeme tarafından dernek feshedilecektir. Bkz. **Dural, M./Öğüz, T.:** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 273; Derneğin amacının hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde MK m. 47 uyarınca tüzel kişiliğin hiç kazanılmamış olduğunun kabulü gerekeceği hakkında bkz. **Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Özdemir, S.O.:** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2011, s. 279.

⁶⁴ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, s. 636, N.100, s. 627, N.79.

⁶⁵ **Alışkan:** s. 125.

⁶⁶ **Alışkan:** s. 156-157.

⁶⁷ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** s. 164, N. 17-18.

kabul etmekte ancak uygulamada ender rastlanan bir durum olduğuna da işaret etmektedir⁶⁸. Anonim şirketin esas sözleşmesinde yazılı olan amacı veya fiilen takip ettiği amacının ahlak veya hukuka aykırılığı halinde şirketin butlanı ileri sürülebilecektir. Ancak butlanın mevcudiyeti bir mahkeme kararı ile tespit edilmediği sürece şirketin sicilinden terkinin mümkün değildir⁶⁹.

AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinde (2) Butlanın, fesih halinde olduğu gibi şirketin tasfiyeye girmesine neden olacağı (m.12/2) ve şirketin tasfiye halinde bulunmasının getireceği sonuçlar saklı kalmak kaydı ile butlanın tek başına şirketin yüklendiği veya şirkete karşı yüklenilen taahhütlerin geçerliliğini etkilemeyeceği öngörülmüştür (m. 12/3). Görüldüğü üzere bu düzenlemede de anonim şirketin butlanı halinde şirketin fesihte olduğu gibi tasfiye olunacağı öngörülmüştür.

Alman hukukunda da, mahkeme kararı ile anonim şirketin butlanına hükmedilmesine rağmen, kararın tesciline kadar şirket adına yapılan hukuki işlemlerin butlandan hiçbir şekilde etkilenmeyeceği (AktG/277/2) ; şirketin tasfiyesinin fesih hükümlerine göre gerçekleştirileceği öngörülmüştür (AktG/277/1).

Bütün bu düzenlemelerin ortak yönü, anonim şirketin kurulmamış sayılmasına veya butlanına karar verildiği hallerde, şirketin fesihte olduğu gibi tasfiye edileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda düşünüldüğünde MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanmasının da bir sakıncası bulunmamaktadır. Şöyle ki, anonim şirketin amacının hukuka aykırılığı halinde, şirketin butlanına hükmedilmelidir. Ancak bu durumun bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerekir ve şirketin butlanına karar verilmiş olsa dahi, şirket ileriye dönük olarak fesihte olduğu gibi tasfiye olmalıdır.

8. GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI TARAFINDAN FESİH DAVASI AÇILMASI

Bir anonim şirket kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunabilir. Böyle davrandığı tespit edilen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğretilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir (TTK m. 210/3). Bakanlık tarafından fesih davasının açılacağı haller: (a) kamu düzenine aykırı işlemler, (b) işletme konusuna aykırı işlemler veya bu yönde hazırlıklar, (c) muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulması, şeklinde sayılmıştır.

Bu düzenlemede işletme konusuna aykırı işlemlerin fesih sebebi olarak öngörülmüş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁰. Hemen belirtelim ki, Bakanlık tarafından fesih davası açılması imkânı eTTK m. 274 hükmünde de düzenlenmiştir⁷¹. Bu dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesince kapatılan siyasi bir partinin programını uygulamak amacıyla kurulan anonim şirketin amaç ve konusu yasaya aykırı olduğundan Bakanlıkça feshinin istenebileceğine karar vermiştir⁷². Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ultra vires ilkesinin kaldırılmış olması nedeniyle işletme konusuna aykırılık fesih davasına neden olmamalıdır. Madde gerekçesinde işletme konusuna aykırı işlemlerde fesih davasının öngörülmüş olmasının önemli ve

⁶⁸ von Steiger: s. 149.

⁶⁹ von Steiger: s. 149.

⁷⁰ Alışkan: s. 203.

⁷¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Bakanlık tarafından açılacak fesih davası hakkında geniş bilgi için bkz. Alışkan: s. 182 vd.

⁷² YHG, 16.04.1976 tarih ve E.1974/11, K.554/1250 (Eriş, G.: Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2010, s. 2006).

etkili aykırılıklarda boşluk bırakılmaması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir⁷³. Dolayısıyla ancak işletme konusuna aykırı işlemlerin önemli olduğu durumlarda fesih davasına konu olması gerekir. Örneğin, bir anonim şirketin kurulduktan sonra ekonomik olmayan amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunması halinde Bakanlık tarafından fesih davası açılabilir⁷⁴.

Muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulmasının fesih sebebi olarak öngörülmesi de doktrinde eleştirilmiştir. Hukuka aykırı işlemlere hazırlıklar ve muvazaalı iş ve faaliyetleri bulunan şirketin feshinin istenebilmesi yetkisinin Bakanlığın etkinliğini sınırsız bir şekilde artırdığı ifade edilmiştir⁷⁵.

Kanımızca bu tür bir davanın anonim şirketin kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğunun öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir olması da (TTK m. 210/3) sorunludur⁷⁶. TTK m. 353 hükmünde kuruluşun itibaren 3 aylık hak düşürücü sürede açılabilen fesih davası bu hükümle bir zaman sınırlaması olmaksızın her zaman açılabilir hale gelmiştir⁷⁷.

C. HAKLI SEBEPLERLE ŞİRKETİN FESHİ

Haklı sebeplerin varlığı halinde, azlığı oluşturan pay sahiplerine (*sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri*), şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteme yetkisi tanınmıştır (TTK m. 531). Anonim şirketin haklı nedenle feshi bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiş olup, şirketin sermayesinin onda biri, halka açık anonim şirketlerde yirmide biri oranı yükseltilemez⁷⁸.

Düzenlemede haklı sebep tanımlanmadığı gibi, bu konuda örneklerle de yer verilmemiş; bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanmasının yargı kararlarıyla öğretiyeye bırakıldığı madde gerekçesinde açıklanmıştır. İsviçre öğretisinde genel kurullun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağırılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmaktadır. Buna karşılık varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır⁷⁹.

İleri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığına karar verecek olan mahkemedir. Mahkeme sebepleri haklı bulsa bile fesih kararı vermek zorunda değildir. Şirketin fes-

⁷³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 210/3 Gerekçesi, s. 144.

⁷⁴ **Alışkan:** s. 206.

⁷⁵ **Bilgili, F./Demirkapı, E.:** Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2012, s. 94.

⁷⁶ Bu konuda bkz. **Kendigelen:** Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, s. 301; **Alışkan:** s. 207 vd.

⁷⁷ Hükmün gerekçesinde mahkemelerin fesih davalarını, var olan duruma nazaran daha büyük bir özenle ve yeni ölçüler bağlamında ele alması gerektiği, fesih davasının açılabilmesi için öngörülen bir yıllık sürenin niteliğinin saptanmasının yargı kararlarına ve öğretiye bırakıldığı ifade edilmiştir. (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 210/3 Gerekçesi, s. 144).

⁷⁸ Doktrinde bu oranın yükseltilemeyeceği ancak düşürülebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Sümer, A.:** “Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken Sempozyumu, 12 Mayıs 2012.

⁷⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 531 Gerekçesi, s. 245.

hini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkeme; şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği yargı kararlarına ve öğretilerdeki görüşlere göre belirlenecektir⁸⁰.

V. SERMAYE ARTIRIMINDAKİ HUKUKA AYKIRILIĞA KARŞI DAVA AÇILMASI

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda esas sermaye artırımına karşı açılacak butlanın tespiti davasında kuruluş hükümlerine atf yapılmıştı. Esas sermaye artırımının, eTTK m. 391 ve 392/1 maddelerine ve burada atf yapılan diğer düzenlemelere uygun olarak icra edilmesi gerekli olup, aksi halde yapılan işlemler batıl olacak ve yönetim kurulu üyeleriyle denetçiler sorumlu olacaklardı (eTTK m. 392/II). Butlanın hangi süre içerisinde ileri sürülebileceğine ise düzenlemede yer verilmemiştir. Bu konuda doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür⁸¹. Bir yandan eTTK m. 299/V hükmünün burada da uygulanması ve sermaye artırımının butlanın bir aylık hak düşürücü sürede istenebileceği ileri sürülürken, aksi görüş bir aylık hak düşürücü sürenin uygulanmasının mümkün olmadığı, bir süre sınırı konulmadığı takdirde butlanın her zaman ileri sürülebileceği yönündedir⁸². Yargıtay ise sermaye artırımının butlanının da kuruluşu paralel olarak şirketin tescilinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içerisinde talep edilebileceği görüşünü kabul etmiştir⁸³.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 299'ncü maddesinin 1995 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla Yargıtay kararlarında ve doktrinde kabul edilen görüşün dayanağı ortadan kalkmıştır⁸⁴. Bu durumda esas sermaye artırımının butlanının eTTK m. 381 ile sınırlandırılarak açılacak davanın üç ay içerisinde açılabilmesi önerilmiştir⁸⁵. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye artırımına ilişkin 456'ncı maddesi bütün bu tartışmaları sona erdiren bir düzenlemedir.

⁸⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 531 Gereğesi, s. 245.

⁸¹ Bu konudaki görüşler için bkz. **Ahşkan**: s. 158 vd.

⁸² Bu konudaki lehte ve aleyhteki değerlendirmeler için bkz. **Moroğlu, E.**: "Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Butlanı Davası ve Bir Aylık Hak Düşürücü Süre", Makaleler, İstanbul 2010, s. 137 vd.; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 679, N. 1416.

⁸³ eTTK m. 392/2'ye dayalı davaların da aynı yasanın 299'ncü maddesinin son fıkrasındaki bir aylık hak düşürücü süreye tabi olduğu ifade edilmiş ve (11. HD. 04.06.1979, E. 1281/K.2951 sayılı karar) örnek verilmiştir. Bkz. 11 HD. 29.11.1985, E. 5840/K. 5586 (**Eriş**: TTK C.2, s. 1213-1214; YKD 1986, C. XII, S. 3, s. 378-379). Yargıtay 11 HD. 25.02.1987, E.6804/K.1099 (**Eriş**: TTK C.2, s. 1217). **Kendigelen**, Yargıtay'ın bu konudaki kararının yerindeliğinin tartışmalı olduğunu ancak kökleşmiş bir şekilde uygulandığını ifade etmektedir. Bkz. **Kendigelen**: Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, s. 320. Nitekim 11 HD. 26.11.1993, E. 3400/K.776 sayılı karar ve 11. HD. 17.10.1994, E.3214/K.7567 sayılı kararlarda da sermaye artırım kararının tescil ve ilanından itibaren bir ay geçtikten sonra artırımın batıl olduğuna karar verilemeyeceğine hükmedilmiştir. Bkz. **Eriş**: TTK C.3, s. 2870-2871.

⁸⁴ Nitekim Yargıtay 11. HD. 24.09.2002 tarih ve E. 6168/K. 8120 sayılı kararda TTK'nun 299/son maddesi yürürlükten kalktığından butlan davasında bu maddenin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Eriş**: TTK C.3, s. 2872.

⁸⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 679, N. 1416; **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1702-1703, N. 259.

Yeni düzenlemede sermaye artırımının butlanından bahsedilmemiş ancak, fesih davasının düzenlendiği TTK m. 353 ile 354 ve 355/1 hükümlerine atfı yapılmış ve düzenlemenin bütün sermaye artımı türlerine kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 456/4). Buna göre sermaye artırımında da ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir (TTK m. 456/5, 455)⁸⁶. Sermaye artırımının ticaret siciline tescil edilerek kesinleşmesinden sonra artırımdan dönülmesi de mümkün değildir⁸⁷. Ticaret siciline tescilin her türlü sakatlığı onarması ilkesi sermaye artırımı bakımından da geçerli olup, sermaye artırımının tescilinden sonra butlanı veya yokluğuna hükmedilemeyecektir. Ancak sermaye artırımında, kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde fesih davasındaki usul uyarınca sermaye artırımının iptali söz konusu olabilecektir.

Sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptali, bozucu yenilik doğuran bir karar olup geriye etkili olarak hüküm ifade etmektedir. Mahkeme kararıyla birlikte esas sermaye artırımına ilişkin işlemler geçersiz kılınmış ise, esas sermaye artırım öncesi miktarına inecek ve sermaye artırımında bulunanların taahhütleri hükümsüz hale gelecektir. Ödenen paralar taahhütte bulunanlara iade edilmeli ve varsa 6098 sayılı BK m. 122 uyarınca ek zarar da tazmin edilmelidir. Ayrıca sermaye artırımında yeni payları üçüncü kişiler almışsa, şirketin ortaklık yapısı sermaye artırımı öncesine dönecektir⁸⁸.

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceği, ancak gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 353/1). Bu şekilde tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesinin kabulü, işlem güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde fesih davası açılabilir. Fesih davası yalnızca, (1) Yönetim kurulu, (2) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, (3) İlgili alacaklı ve (4) Pay sahibi tarafından açılabilir.

Üç aylık hak düşürücü süre sona erdikten sonra anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle TTK m. 353 dışında şirketin feshinin ileri sürülmesine imkân veren çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur. Üç aylık süre geçtikten sonra, şartlar mevcut ise MK m. 47/II hükmü uyarınca şirketin kurulmamış sayılmasının dava edilmesi, Bakanlık tarafından şirketin feshi (TTK m. 210/3) veya haklı nedenlerle şirketin feshi (TTK m. 531) imkânlarından yararlanılması düşünülebilecektir. Ayrıca tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi ve üç ay içinde fesih davası açılabilmesi, sermaye artırım kararlarının hukuka aykırılığı bakımından da geçerlidir (TTK m. 456/4).

⁸⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), 456'ncı madde gerekçesi, s. 217.

⁸⁷ Sermaye artırımını ticaret siciline tescil edildikten sonra, bütün pay sahiplerinin oy birliği kararıyla dahi artırımdan dönülemediği gibi, bütün alacaklılardan izin alınsa dahi artırımdan dönme mümkün değildir. Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1700, N. 253-254.

⁸⁸ Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1705, N. 266-267.

KAYNAKÇA

- Alışkan, M.** : Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- Antalya, G.** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Arslanlı, H.** : Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C.I, İstanbul 1960.
- Ayhan, R** : Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012.
- Bahtiyar, M.** : Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Bahtiyar, M/Biçer, L.** : “Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK m. 273 Değişikliği”, Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 101 vd.
- Başbuğoğlu, T.** : Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara 1988.
- Bilgili, F./Demirkapı, E.** : Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2012.
- Böckli, P.** : Schweizer Aktienrecht, 4., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2009.
- Domaniç, H.** : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988.
- Dural, M./Öğüz, T.** : Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.
- Eriş, G.** : Açıklamalı İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1992.
- Eriş, G.** : Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2010.
- Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./**
- Nobel, P.** : Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- İmregün, O.** : Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Karahan, S.** : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Bası, Konya 2011, s. 111.
- Karasu, R.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- Kendigelen, A.** : “Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu (40. Yılında Türk Ticaret Kanunu)”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 285 vd.
- Kendigelen, A.** : “Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kurulardan Doğan Sorumluluk”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 510 vd.
- Moroğlu, E.** : “Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Butlanı Davası ve Bir Aylık Hak Düşürücü Süre”, Makaleler, İstanbul 2010, s. 137 vd. (Batider, C. XIII (1985), S. 2, s. 2 vd.)
- Moroğlu; E.** : “Anonim Ortaklıkta Fesih, İnfisah ve Tasfiye”, Makaleler, İstanbul 2010, (40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 204-211) s. 311vd.
- Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./**
- Özdemir, S.O.** : Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2011.

Pekcamtez, H./

Atalay, O./Özekes, M. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.

Poroy, R./

Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

Poroy, R./Yasaman, H. : Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010.

Pulaşlı, H. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011.

Pulaşlı, H. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011.

Reiser, T./Veil, R. : Recht Der Kapitalgesellschaften, 4. Neubearbeitete, München 2006.

von Steiger, F.

(Çev. Çağa, T.) : İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

Sümer, A.

: "Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, 12 Mayıs 2012.

Tekinalp, Ü.

: "Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.2, s. 1681 vd.

Tekinalp, Ü.

: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

Türk, A.

: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2163 vd.

ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY*

ÖZET

Kuruluştan doğan sorumluluk, hem şirketin başarı ile tüzel kişilik kazanarak faaliyetine devam etmesi halinde, hem şirketin tüzel kişilik kazanmasının arkasından süresinde feshedilmesi halinde söz konusu olacaktır. Tüm bu ihtimallerdeki kanuna aykırılıklar kurucuların ve katılanların, oluşan zarardan farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlu olmalarına yol açacaktır.

Anahtar kelimeler: Kuruluş, Kurucular, Hukuki Sorumluluk, Sorumluluk Davası, İbra

ABSTRACT

The responsibility arising from establishment comes into question due to both the fact that the company continues his activities after acquisition of legal personality and the cancellation within the prescribed period. All illegalities in these situations cause the responsibility of founders and others involved to the company for the damages in accordance with principle of differentiated solidarity.

Keywords: Establishment, Founders, Responsibility, Actions for liability, Release

I. GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İncelememizin konusunu kuruluştan doğan hukuki sorumluluk oluşturmaktadır. Bu nedenle kamu kurucuların yeni kuruluştan doğan sorumlulukları olarak sınırlandırılacak, kuruluş sonrası işlemlerden doğan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu değerlendirme dışı tutulacaktır. Sınırlarımızı kuruluştan doğan hukuki sorumluluk şeklinde çizmiş olmakla birlikte 6102 sayılı Ticaret Kanunu siteminde şirketin ne zaman kurulmuş sayılacağına üzerinde durulması gerekmektedir. Zira TK. 335 “*şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş, sermayenin tamamı ödenmesi, şartsız ödemeyi taahhüt ettikleri, imzaları noterce onaylanmış esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.*” demektedir. Kanun koyucu burada ön şirketin varlığına işaret etmektedir¹. Ancak konumuz kapsamında ön şirket kavramı/ön

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ “Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta TK.355/1’in saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön-anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp, bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön şirketin ortakları tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek ku-

şirketin kurulamamasının sonuçları incelenmeyecektir. Ancak kuruluştan doğan sorumluluk incelenirken, ön şirketin kurulmasına kadar olan değil, tüzel kişiliği haiz anonim şirketin kuruluşuna kadar geçen süreçtir.

6102 sayılı TK anonim şirketlerde kuruluş prosedürünü, eTK'dan farklı olarak, ani kuruluş sistemini dikkate alarak düzenlemiştir. Bunun yanında tedrici kuruluştan farklı payların halka arzı şeklinde kurulma olanağı getirilmiştir (TK.346). Her iki kuruluş prosedürünün ayrıntılarına girilmeyecektir. Ancak kurucuların sorumluluk halleri belirtilirken özellik taşıyan düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. KURULUŞ

Anonim şirketlerde kuruluş, esas sözleşmenin hazırlanması ile başlayarak şirketin ticaret siciline tescil edilmesine kadar devam eden süreci ifade etmektedir. eTK'dan farklı olarak 6102 sayılı Ticaret Kanunu, kuruluşu *ani kuruluş* sistemine göre şekillendirmiştir. Ayrıca tedrici kuruluş kaldırılmış yerine *payların halka arz edilmesi* suretiyle kuruluş getirilmiştir (TK.346). Kuruluş işlemleri,

- Aynı sermayeye değer biçilmesi (TK.343)
- Esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması (TK.335),
- İmzaların noter tarafından onaylanması (TK.335),
- Kurucular beyanının hazırlanması ve imzalanması,
- İzin alınması gereken şirketler bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması,
- Sermayenin asgari olarak ödenmesi gereken tutarlarının ve çıkarılma primlerinin ödenmesi,
- Ticaret siciline tescil ve ilan olarak özetlenebilir.

Bütün bu işlemlerin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi asıl olarak kurucuların yükümlülüğündedir.

B. KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

1. Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olmasından Doğan Sorumluluk

Şirketin kuruluşuna ilişkin belgelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin, *yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan* doğan zararlardan, belgeleri düzenleyen ve beyanları yapanlar sorumludurlar². eTK 305³de ise beyanların ve çeşitli belgelerin *gerçeğe aykırı olması ile* ortaya çıkan zarardan doğan sorumluluktan bahsedilmiştir. Maddenin yeni şekli sorumluluk ihtimallerini daha geniş yorumlanmaya imkan verir şeklindedir³.

Kuruluş belgeleri TK. 306⁴da sayılmıştır⁴. Bu belgelerin en önemlisi olan esas sözleşmenin⁵ hazırlanması ve kurucular tarafından imzalanması ayrı bir öneme sahiptir.

rucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukuki durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır.” Gerekeçe m.335. Ön şirket hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara, 2011, s. 432 vd.; **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, s.224 vd (Değerlendirmeler).

² Kendigelen tarafından maddede arka arkaya aynı anlama gelen ifadelerin kullanılması haklı olarak eleştirilmiştir. Kendigelen, Değerlendirmeler, s. 455.

³ Gerekeçe m.549

⁴ Kuruluştaki tüm belgeler kuruluş belgeleri adı altında maddede sayılmıştır. Ayrıca maddede bu belgelerin şirket ait ticaret sicil dosyasına konulacağı ve beş yıl boyunca saklanacağı hükme

TK.339/II'de esas sözleşmenin içeriği ayrıntılı olarak belirtilmiş olmakla birlikte konumuz açısından önemli olan, kuruluş safhasındaki işlemlerin esas sözleşmede doğru şekilde belirtilmesi, diğer belgeler ile bu bilgilerin desteklenmesi gereğidir. Esas sözleşmede kurucularca şirket hesabına satın alınan mal ve hakların bedelleri, şirketin kurulmasında hizmet görenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödül tutarı, kuruculara sağlanan menfaatler doğru ve gerekçeli olarak belirtilmelidir.

Esas sözleşmede belirtilmesi gereken tüm bu hususlar sermayenin korunması ilkesi ile doğrudan ilgilidir⁶. Mesela, TK. 348 kapsamındaki kuruculara sağlanan menfaatlerin belirlenmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kuruculara, şirketin kurulması sırasında harcadıkları emeğe karşılık bazı menfaatler sağlanması mümkün olmakla birlikte harcanan emek ile verilen menfaat arasında bir denge olması gerekmektedir. Kuruculara sağlanan menfaatler şirkette sermaye azalmasına neden olmamalıdır. Bu nedenle para ve bedelsiz pay senedi verilemez. Ancak dağıtılabılır kârdan yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri⁷ bağlamında kuruculara ödenebilir. eTK'da farklı olarak karın dağıtılmaması halinde de intifa senedi sahiplerine kâr payının ödenebilmesi (TK.298) mümkün kılınmıştır⁸. Ayrıca esas sözleşmede, ayrı bir sorumluluk hali olduğu için ileride incelenecek olan sermayeye ilişkin bilgilerin de doğru olarak belirtilmesi zorunludur.

Kurucuların sorumluluğuna⁹ yol açacak, kuruluş safhasına ilişkin diğer bir belge ise *kurucular beyanıdır* (TK.349). Kurucular beyanına ilişkin hüküm hukukumuzda yeni girmiş tür. Kuruluş ister nakdi ister ayni nitelikte olan kurucuların kurucular beyanı vermesi zorunludur. "*Beyanın amacı; kamuyu aydınlatarak malvarlığının korunmasını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır*"¹⁰. Kurucular beyanının bu amacı sağlaması için dürüst bilgi verme ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiği madde metninde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle beyanının şeklen değil, içerik olarak da kanuna uygun olması gerekmektedir. Kurucular beyanı, vekaleten imzalanamayacak-

bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken sorun, ticari defterleri saklama süresinin on yıl olmasının yanında, buradaki sürenin beş ile sınırlanmış olmasıdır. **Kendigelen**, Değerlendirmeler s.192.

⁵ Esas sözleşme TK. 339'da belirtildiği üzere yazılı şekilde yapılmalı, imzalar noterce onaylanmalıdır.

⁶ Anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesine ilişkin diğer tedbirler için bkz. **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1694 (Sermayenin Korunması İlkesi).

⁷ İntifa senetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, Ömer, "Yeni Ticaret Kanununda Pay Senetleri Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi", *Batıder*, C. XXVII, S. 2, 2011, s. 5-12; Kendigelen, Abuzer, "Türk Ticaret Kanun Tasarısında İntifa Senetleri" *Batıder*, C. XXV, S. 2, s. 57-72.

⁸ Gerekçe m. 349.

⁹ Kurucular beyanının gerçeği yansıtmaması halinde kurucuların hukuki sorumluluğunu doğuracak olmasının yanında TK. 562/5-a gereğince cezai sorumluluğunu doğuracağını, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezası verileceğini belirtmekte fayda görüyoruz. Bununla birlikte TK. 549. madde kapsamında düzenlenen belgelerin, bunların arasında kurucular beyanı da bulunmaktadır, *sahte olması* durumunda TK. 562/8 gereğince cezai sorumluluk doğmaktadır. Burada öngörülen ceza daha ağır olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüş.

¹⁰ Gerekçe m.349.

tır¹¹. TK. 349'da kurucular beyanının içeriğini düzenlenmiştir¹². Buna göre kurucular beyanında;

- Aynî sermaye konuluyorsa, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna, bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadedi açıklamaların,
- Şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgilerin,
- Şirketin yüklediği önemli taahhütlerin,
- Makina ve benzeri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin bağlamlar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar,
- Kuruculara tanınan menfaatlerin ve tanınma gerekçelerinin,
- Kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiğinin,
- Pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri, bunlar bir şirketle topluluğuna dâhil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkilerinin,
- Diğer hizmet verenlere ödenen ücretlerin,
- Belirtilen hususların emsalleriyle karşılaştırmalı bilgilerin yer alması zorunludur.

Kanun koyucu belge ve beyanların kanuna aykırı olmasından dolayı kurucuların sorumluluğunun oluşması için kusur şartı aranmamıştır. Bununla birlikte kanuna aykırı olan bu belge ve beyanlara katılanların sorumluluğunun oluşabilmesi için kusurlarının da olması şarttır. Bu açıdan düzenleyen ve katılanların farklı sorumluluk sistemlerine tabi oldukları görülmektedir¹³.

2. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

TK 550. Maddesi ile sermaye hakkında yanlış beyanlardan veya sermaye taahhüdüne ilişkin ödeme yetersizliğinin bilinmesine rağmen onay verilmesinin kurucuların sorumluluğunu gerektirdiği düzenlenmiştir¹⁴. sermayenin korunma ilkesinin en önemli uygulamalarından birisidir¹⁵. Bu nedenle düzenlenen sorumluluk hallerini ikiye ayırarak incelemek daha doğru olur kanısındayız.

Sermaye tamamıyla taahhüt edilmemiş veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi maddede belirtilen ilk sorumluluk halidir. Hem esas sözleşmede hem de kurucular

¹¹ Raporun imzalanmasında vekaletin mümkün olmadığı, ancak yazılmasında kurucuların yardım alabileceği belirtilmiştir. Gerekçe m.349. Ayrıca *Moroğlu*, bu yasağa gerek olmadığı, TK.337 hükmü ile bu yasağın çelişkili olduğu, kuruluşa temsile izin verildiği gibi kurucu beyanında da izin verilmesi gerektiği, temsil edilenin kurucu gibi sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. *Moroğlu*, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2009, s. 151.

¹² Beyan kuruluş yönünden bütün olayları, işlemleri kapsamak zorunda olduğu için, maddede sayılan içerik sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir. Beyanın verilmesinden kuruluşa kadar başkaca olaylar oluştu ise ek rapor verilmesi ya da raporun güncellenmesi gerekmektedir. Gerekçe m.349.

¹³ Gerekçe m.549.

¹⁴ Söz konusu sorumluluk hallerine ilişkin olarak TK. 562/9'da cezai sorumluluk öngörülmüştür. Öngörülen ceza üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

¹⁵ Gerekçe m.550.

beyanında doğru şekilde yer alması gereken bu bilgideki eksik veya yanlışlık olması durumu TK 549'un da kapsamına giren bir sorumluluk halidir. Bu sorumluluk halinin oluşması durumunda beyan sahipleri bu payları üstlenmiş kabul edilirlere ve payların karşılıkları ile zararları faiziyle birlikte müteselsilen ödemek zorundadırlar. Yine beyan sahipleri açısından kusursuz sorumluluk hali öngörölmüş ancak şirket yetkililerinin kusurlu olmaları şartıyla sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

Maddede belirtilen diğer sorumluluk hali ise sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığının bilinmesine rağmen, bu taahhüde onay verilmesidir. Bu durumda kurucular borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar. Kurucuların bu yönde bir araştırma yükümlölüklerinin olmadığı kanaatindeyiz. Burada belirtilen sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi yönündeki bir şüphenin varlığı değildir. Kanun koyucunun, ödeme yeterliliğinin bulunmadığının kurucular tarafından bilinmesi gerektiğini belirterek kusur sorumluluğunu düzenlendiği söylenebilir¹⁶.

3. Aynı Sermayeye Değer Biçilmesinde Yapılan Yolsuzluk

TK. 551'i de 550. maddenin devamı olarak düşünmek doğru olacaktır. Zira her iki maddede de şirkete getirilmesi taahhüt edilen sermayenin gerçeğe uygun şekilde taahhüdü ve belgelendirilmesi esastır. Bu nedenle kurucuların sorumluluk sebepleri arasında en önemli kalemlerden birisini şüphesiz sermaye taahhüdü ve aynı sermayeye değer biçilmesi oluşturmaktadır. Zira anonim şirketin kuruluşta malvarlığını oluşturan sermaye değerinin doğru belirlenmesi, hem ortakların pay değerlerinin belirlenmesinde hem de alacaklıların alacaklarının güvence altına alınmasında rol oynayacaktır. Kurucuların kendi menfaatleri gereği, pay sahiplerine, şirket ve alacaklılara zarar vermelerini engellemek amacıyla kanun koyucu aynı sermayeye ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir.

Aynı sermaye değerinin bilirkişi tarafından belirlenmesi zorunludur¹⁷. Ayrıca değerlemeye ilişkin bir raporun oluşturulması gerekmektedir¹⁸. Öncelikle uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğunun belirtilmesi önemlidir. Zira, aynı sermayenin çeşidine göre birden çok değerlendirme yöntemi olabilecektir. Ancak değerlendirme yönteminin adil ve uygun olması söz konusu sermayeye en yüksek değerini biçilmesi yöntemi olarak algılanmalıdır. Aksi durum şirketin sermayesi hakkında pay sahipleri ve alacaklıların yanlış kanaate sahip olmasına yol açacaktır. Yine raporda getirilen sermayenin üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmadığının, tahsil edilebilir olduklarının belirtilmesi gerekmektedir. Raporda, aynı sermaye karşılığı tahsis edilmesi gereken pay miktarı ve TL cinsinden karşılığı yer alır. Bütün bu bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun şekilde kaleme alınmalıdır (TK.343).

Ayrıca sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin, şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından şirkete getirilmesini temin etmek amacıyla gerekli önlemlerin alınması da kurucuların sorumluluğunda bulunan hususlardan birisidir. Gerçi

¹⁶ **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s.455.

¹⁷ Aynı sermayeye değer biçecek olan bilirkişi, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacaktır (TK.343). **Kendigelen**, aynı sermayeye değer biçmeye yetkili olan mahkemenin şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olarak kısıtlanmasını, sermaye olarak konulacak taşınmazın şirketin merkezinin bulunduğu yerden farklı bir yerde olması ihtimalinde sorunlara yol açacağı gerekçesi ile eleştirmektedir. **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s. 231.

¹⁸ Söz konusu değerlendirme raporu ile bilirkişi aynı sermayenin sadece değerini belirlemekle kalmamakta, aynı zamanda tahsil edilebilirliği açısından da görüş bildirmektedir. Bu şekildeki görüş ile bilirkişinin sorumluluk zincirine eklenip eklenmediğinin belirlenmesi güçtür. Aynı yönde **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s. 231.

kanun koyucu aynı sermayeye ilişkin sicillere, değer in şirkete sermaye olarak getirildiğinin şerh edilmesi gerektiğini, bu işlemin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak amacıyla getirildiğini düzenlemiş olsa da şerh, sermaye olarak taahhüt edilen değer in mülkiyetinin üçüncü kişiye geçmesini engelleyememektedir (TK.128). Sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir¹⁹. Kanunda taahhüt edilen sermayenin korunması için ihtiyati tedbir istenmesi zorunlu tutulmamıştır. Bununla birlikte Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ²⁰'in hükümleri de dikkate alındığında, kurucular tarafından mahkemeden ihtiyati tedbir istenerek üçüncü kişiye devrin engellenmesinin, sermayenin getirilmesini temin açısından zaruri olduğu anlaşılmaktadır²¹.

4. Halktan Usulsüz Para Toplanmasından Doğan Sorumluluk

Madde ile bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaklanmıştır. Konuya ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklıdır. Mevaz nitelikteki OR.754'da ise kurucuların sorumluluğu düzenlenmemiştir. Mevaz hükümde sadece yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak OR. 753 kuruluşta doğan sorumluluğa özgülümlenmiştir. Gerekece m.553.

5. Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

TK.553 kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halindeki sorumluluklarını düzenlemiştir. Kurucuların söz konusu sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu açıkça belirtilmiştir²². Kurucular kusurları ile hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumludurlar.

Ayrıca kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde özen göstermek zorundadırlar (TK.553/II).

Kanun koyucunun kurucuları sorumluktan kurtulmak amacıyla bazı imkanlar tanıdığı da görülmektedir. Kendi görev ve yetkilerini kanuna dayanarak başkasına devreden kişiler, görevlendirdiklerinin seçiminde makul derecede özen gösterdiklerini

¹⁹ Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar (TK.128/son).

²⁰ R.G. 31.10.2012, S. 28453.

²¹ Söz konusu tebliği ile aynı sermaye kuruluş prosedüründe önemli değişiklikler yapılmıştır. Tebliğ'den önce sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen ve ilgili sicile bu yönde şerh verilen aynı sermayenin, şerhe rağmen üçüncü kişiye devri durumunda şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından şirketin ilgili davaları açabileceği düşünülmekteydi. Ancak Tebliğ ile sicillere konuya ilişkin farklı yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre aynı sermayeye ilişkin sicil, şirket lehine yapılan şerhe rağmen üçüncü kişiye devir yapılması ihtimalinde, durumu derhal ticaret siciline bildirilmekle yükümlüdür. Ticaret sicili ise bu bildirim üzerine anonim şirketi tescil etmeyecektir (SAİT 4/VI). Bunun sonucu olarak şirket kurulamayacak ve tüzel kişilik kazanamayacaktır.

²² Söz konusu değişiklik 26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunun 28. maddesiyle metne işlenmiştir.

ispat etmeleri halinde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacaklardır (TK.553/II)²³.

Unutmamak gerekir ki, hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek de geçersiz kılınmaz (TK553/III).

C. KURULUŞTAN DOĞAN SORUMLULUĞA SAHİP OLANLAR (Davalılar)

1. Kurucular

Kurucu, anonim şirkete pay taahhüdünde bulunup esas sözleşmeyi imzalayan gerçek²⁴ ve tüzel kişilerdir²⁵ (TK. 337). eTK zamanında anonim şirketlerde, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin kurucu sayılıp sayılmayacağı, tüzel kişinin kurucu sıfatına sahip olup olmayacağı hususları tartışmalıydı²⁶. Yeni hüküm ise tüzel kişilerin kurucu sıfatına sahip olabilecekleri açıkça düzenlemiştir²⁷. Ayrıca yabancı gerçek veya tüzel kişiler de şirkete kurucu olabilirler. Anonim şirketlerde kurucuların sayısı hakkındaki düzenleme de yenidir. TK.338 gereğince şirketin kurulabilmesi için sadece bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı yeterlidir. Böylelikle hukukumuza tek kişilik anonim şirket kavramı da girmiştir²⁸.

Kurucu tarafından esas sözleşmeyi imzalayan kişi, bu işlemi her zaman kendi hesabına yapmamaktadır. Söz konusu işlemler kurucu adına veya üçüncü kişi hesabına yapılmakta ise, üçüncü kişi de kurucu sayılacaktır. Bu düzenleme özellikle kuruluştan doğan sorumluluk açısından önemlidir. Zira söz konusu işlemlerden dolayı kurucuların yanı sıra hesabına işlem yapılan üçüncü kişinin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu kişiler, kendi adına üçüncü kişinin hesabına hareket eden kurucunun bildiği veya bilmesi gereken hususları bilmediklerini iddia edemezler (TK.337/II).

²³ TK. 553/II. Fıkrası eski düzenlemelerden ve mehz niteliğindeki OR.754'den farklılık göstermektedir.

²⁴ Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerden küçükler velileri aracılığı ile anonim şirkette kurucu ya da ortak olabilirler. Vesayet altındakiler ise, koymayı taahhüt ettiği sermayenin niteliğine göre vesayet makamı ve denetim makamının izni ile ya da bu izne ihtiyaç olmaksızın vasi tarafından yapılacak işlemler neticesinde anonim şirkette kurucu ya da ortak olabilirler (MK.463/III).

²⁵ Kanun tedrici kuruluşu yer vermediği için kanun koyucu tarafından kurucular sadece ani kuruluşu göre tanımlanmıştır. Gerekçe m.337. Bu nedenle eTK.278/II'de yer alan esas sözleşmeyi tanzim ve imza etmeksizin paradan başka bir şeyi sermaye olarak koyan kişi de kurucu sayılır ifadesi değişmiştir.

²⁶ Tüzel kişilerin kurucu olabileceği yönünde **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, İstanbul, 1960, s. 45; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku, 2003, s. 262.

²⁷ **Pulaşlı** Alman ve İsviçre hukuklarında tüzel kişiliğe sahip olmayan şirket tiplerinin de anonim şirkete kurucu ortak olabildiğini, bu anlamda Türk hukukunda da malvarlığı üzerinde müşterek mülkiyete sahip olan adi şirket ortaklarının, payın müşterek mülkiyet şeklinde kurucu ortak olabileceği kanaatindedir.²⁷ **Pulaşlı**, Şerh I, s.607.

²⁸ Tek kişilik anonim şirket hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, Tekinalp, Tek Kişilik Anonim Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık, İstanbul, 2012; **Pulaşlı**, Hasan, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar", Regesta, 2011, S. 1, s. 13-17; **Çelik**, Feyzan H. Şehirali, "Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler", Batuder, C. XXIV, 2007, s. 163-216; **Aydoğan**, Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, 2012.

2. Katılanlar

Kuruluş işlemlerine katılanlar, kurucular tarafından seçilerek görevlendirilenler de yaptıkları işlemlere ilişkin sorumluluğu taşımaktadırlar. Ancak kanun koyucu bu kişilerin sorumluluğunu kusur şartına bağlamıştır (TK.549).

Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır²⁹ (TK. 557). Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun gereklerine göre hakim tarafından belirlenir. Öncelikle sorumluların tek başlarına ve birlikte verdikleri zararlar birbirinden ayrılmalıdır. İkinci olarak da kusurun ağırlığı dikkate alınmalı, farklılaştırılmış tensesüle³⁰ gidilmelidir. Böylelikle her bir tazminat yükümlüsüne isnat edilecek zarar miktarı da belirlenmiş olacaktır³¹.

D. DAVACILAR

Sorumluluk halleri incelendiğinde, somut olayın özelliklerine göre davacı sıfatının değiştiği, somut olayda zarar gören kavramı kimi gösteriyor ise onun davacı sıfatına sahip olduğu görülmektedir. Hukuka aykırı eylemlerden zarar görenlerin başında şirket gelmektedir³². Pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkı ise iki şekilde söz konusudur. Bu kişiler hem şirketin uğradığı zararı hem de doğrudan uğradıkları zararın tazminini talep edebilmektedirler (TK. 553, 555, 556).

Ayrıca TK. 552 hükmüne aykırı olarak bir şirket kurmak amacıyla veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla, söz konusu şirkete para veren ve bu eylemden zarar gören herkes de davacı sıfatına sahiptir. Bu kişiler pay sahibi veya şirket alacaklısı değildir ancak uğradıkları doğrudan zararın tazminini talep edebileceklerdir (TK. 552).

III. SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

Kuruluştan doğan sorumluluk iki şekilde sona erebilir. Bunlardan ilki kurucuların ibra edilmesidir. İkincisi ise kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin geçmiş olmasıdır.

A. KURUCULARIN İBRASI

Kurucuların şirketin kuruluşundan doğan sorumlulukları şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz (TK.559). Söz konusu düzenlemenin eTK.310. maddesinin tekrarı olduğu belirtilmiştir³³. Ancak 310. maddede kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin sorumluluklarının şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh veya ibra yoluyla kaldırılamayacağı dü-

²⁹ Burada belirtilen müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk demek değildir. Müteselsil sorumluluk, sorumluların tek başına sorumlu tutulmaları bağlı olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren sorumluluk değildir. Burada tazminat türü ve kapsamı BK 43'e de uygun olarak durumun gereği, kusurun ağırlığına göre belirlenecektir. Ayrıca buradaki sorumluluk uygun nedensellik bağı kurallarına göre yönetilir. Gerekçe m. 557.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerekçe m.557.

³¹ Müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümlülüğü devam etmektedir. Gerekçe m. 557.

³² Şirket doğrudan zararlarının varlığında tazminat davası açılabilir. Pay sahibi ise hem doğrudan hem de dolaylı zararının varlığında bunun tazminini isteyebilir. Gerekçe m. 555.

³³ Gerekçe m.559.

zenlenmişken, TK. 559'da dört yıllık sulh ve ibra yasağının sadece *kuruluşa ve sermaye artırımından*³⁴ doğan sorumluluğa getirilmiştir.

Şirketin tescilinden sonra dört yıllık sürenin geçmesi, tek başına kurucuların sorumluluklarının sona ermesi için yeterli değildir. Bu süreden sonra sulh ve ibra ancak genel kurul kararı ile geçerli olacaktır. Kararın alınacağı genel kurulda esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, genel kurul tarafından sulh ve ibra onaylanamayacaktır (TK.559).

Doğru bilgilere dayanılarak verilen ibra kararının ardından, ibra kapsamına giren işlemler açısından kurucuların sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁵. Bununla birlikte ibra kararı, genel kurul tarafından bilinmeyen olaylardan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır³⁶. Ayrıca alınan karar, toplantıya katılmakla karara muhalif kalan ve muhalefeti tutanağa şerh eden pay sahiplerinin dava hakkını engelleyecektir³⁷.

B. ZAMANAŞIMI

Anonim şirketlerde kurucuların, yönetim kurulu ve denetçilerin hukuki sorumluluklarında zamanaşımı özel öneme sahiptir. Konumuz kuruluşta doğan sorumlulukla sınırlı olduğu için zamanaşımı kurucular ve kuruluşta katılanlar üzerinde incelenecektir.

TK. 560. Maddesine göre sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Madde gerekçesinde TK.560'ın eTK 309. maddesinin tekrarı olduğu belirtilmiştir³⁸. Maddelerin aynı olduğu görülmekle birlikte zamanaşımı süreleri açısından bazı belirsizlikler yaşanmasına neden olan³⁹ ifadelerin değiştirilmemiş olması eleştirilebilir. Kanunda belirtilen iki yıllık sürenin başlangıcı davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihtir. Sürenin başlaması için yalnız sorumlunun veya yalnız zararın öğrenilmesi yeterli değildir. Öncelikle belirtmek gereklidir ki zararın öğrenilmesi, zarar verici eylemin bilinmesi değil, zararın kapsamının, niteliğinin bilinmesi demektir⁴⁰. Yüksek Mahkeme "...Zararlandırıcı eylem devam ettikçe öğrenilmiş bir eylem söz konusu olmayacağı gibi, zamanaşımının başlamasından da söz edilemeyeceği gibi, mahkemece bu yön araştırılmadan zamanaşımı nedeniyle, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."⁴¹ demek suretiyle zararın devam etmesi durumunda kısa zamanaşımı süresinin başlamayacağına altını çizmiştir. Diğer bir konu süre sorumluların öğrenilmesidir.

³⁴ Sermaye artırımından doğan sorumlulukta sulh ve ibra yasağı süresinin şirketin tescil tarihinden itibaren değil, sermaye artırımının kararının tescil tarihinden itibaren başlaması gerektiği belirtilmiş, hüküm bu yönüyle eleştirilmiştir. **Kendigelen**, Değerlendirme, s.410.

³⁵ Çamoğlu, s.218.

³⁶ Uçar, Salter, Hukukumuzda Yönetim Kurulu ve Denetçiler ile Sorumluluk Halleri, İstanbul, 1994, s. 157; Poroy Reha/Çamoğlu, Ersin/Tekinalp, Ünal, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s. 361 vd.

³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 361 vd.

³⁸ Gerekçe m.560.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Giray, Eda/Aktepe**, Sezin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk davalarında Zamanaşımı Süreleri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Y.7, S.14, Güz 2008, s.137-156; **Çamoğlu**, Ersin, Anonim ortaklık yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki sorumluluğu, İstanbul 2007, s.245.

⁴⁰ **Giray/Aktepe**, s.143.

⁴¹ Yarg. 11 HD. T.30.09.2004, E.2004/1, K.2004/9872, www.hukukturk.com (10.04.2012).

Sorumlulardan sadece bir kısmının öğrenilmesi durumunda, diğer sorumlular için süre başlamayacaktır⁴².

Kanun koyucunun zamanaşımı süresine koyduğu üst sınır, zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıldır⁴³. Burada sürenin başlaması açısından sorumluların ve zararın öğrenilmiş olması gereğinden bahsedilmemiştir.

Son olarak sorumluluğu doğuran fiilin cezaı gerektirmesi hâlinde, TCK'ya göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır (TK.560/son).

SONUÇ

Kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenen sorumluluk hallerini sadece şirketin tüzel kişilik kazanması sonucuna bağlamak doğru değildir. Şirketin kurulamaması ihtimalinde de, bu duruma sebebiyet veren kurucuların ve katılanların sorumluluğunun doğacağı unutulmamalıdır. Ya da şirketin tüzel kişilik kazanmamasının ardından TK. 353 gereğince açılacak fesih davası ile şirketin feshedilmesinde de söz konusu ihtimaller gündeme gelecektir. Bilindiği üzere söz konusu fesih davası ile şirketin kuruluşundaki kanuna aykırılıkların pay sahiplerinin, alacaklıların ve kamunun menfaatinin ihlal edilmesi durumunda, tüzel kişilik kazanmış anonim şirketin fsehi üç ay içinde talep edilebilmektedir.

Dolayısıyla kuruluştan doğan sorumluluk, hem şirketin başarı ile tüzel kişilik kazanması ve faaliyetine devam etmesi hem tüzel kişilik kazanamaması hem de tüzel kişilik kazanmasının arkasından süresinde feshedilmesi hallerinde söz konusu olacaktır. Tüm bu ihtimallerdeki kanuna aykırılıklar kurucuların ve katılanların, oluşan zarardan farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlu olmalarına yol açacaktır.

⁴² Çamoğlu, s. 244.

⁴³ Arslan, İbrahim, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI, Ankara, 1999, s.124.