

2. GÜN: 11 MAYIS 2012

5. OTURUM

TEBLİĞLER

*** İŞLETME KONUSU VE 6102 SAYILI TÜRK
TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN
EHLİYETİ VE TEMSİLİ**

Doç. Dr. Murat ALIŞKAN

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA
ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA
TEMİNAT VE DENKLEŞTİRMELER**

Av. Cahit AĞAOĞLU

*** BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL
SORUMLULUKLARININ SINIRLANDIRILMASI**

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN

İŞLETME KONUSU VE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN EHLİYETİ VE TEMSİLİ

Doç. Dr. Murat ALIŞKAN*

ÖZET

6102 sayılı (yeni) TTK'da; 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi'ne uyararak ve öte yandan, hep gündemde olan eleştiriler dikkate alınarak, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olması kuralı (6762 sayılı TTK m. 137), tüm ticaret şirketleri bakımından kaldırılmıştır (6102 sayılı TTK m. 125/no.2).

Fakat, işletme konusunun temsil yetkisi üzerindeki etkisi, üçüncü kişilere karşı olmak üzere, devam etmektedir (m. 233, m. 271). Artık üçüncü kişilere karşı, temsilci tarafından şirketin işletme konusu dışında işlem yapıldığı, dolayısıyla "temsil yetkisinin aşılması sebebiyle işlemin şirketi bağlamadığı" iddiaları bağlamında olmak üzere, sorunlar devam edecektir. Kanaatimizce; işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması için, işletme konusunun, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından, temsil yetkisi üzerinde etkisinin kabul edilmemesi daha isabetli olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Ultra vires, ehliyet, işletme konusu, işlem güvenliği, temsil yetkisi.

ABSTRACT

(New)Turish Commercial Code (TCC) numbered 6102 has abandoned the rule of ultra vires (which limites the capacity of the companies with their field of activity, considering the current critcs and in compliance with the 1st Company Law Directive numbered 68/151/EEC dated March 9, 1968 (TCC numberd 6102 art. 125/no.2)

However, the effect of the field of activity over the representation power via third parties continues(art. 233, art. 271). Accordingly the discussions will go on with regards to the claims as "the company shall not be bound by the transactions due to lack of authority". In our point of view, it would be more appropriate to accept the effect on representation power via third parties in ortder to maintain transaction and market security.

Keywords: *Ultra vires, capacity, objects of company, protection of third parties, ultra vires of directors, directors' authority.*

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

I- KAVRAM

Ultra vires, şirketin ehliyetinin, şirket sözleşmede yazılı olan işletme konusu ile sınırlı olması demektir. Buna göre, şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu dahilindeki işlemler intra vires, bu konu dışındaki işlemler ise ultra vires kabul edilir. Ultra vires işlemler “yok” hükmündedir¹.

Hemen belirtmek gerekir ki ultra vires; tarihsel süreç içinde, doğrudan doğruya şirketin ehliyetiyle ilgili anlamı (ultra vires of corporation) yanında, bir de organın yetkisini aşması (ultra vires of directors) biçiminde olmak üzere, iki biçimde anlaşılıp uygulanmıştır².

Ultra vires teorisinin kaynağı İngiliz hukukudur ve şirketin belirli bir konu için kral tarafından verilen imtiyaz ile kurulduğu zamanlara dayanır. Şirketin söz konusu imtiyazın dışına çıkmasını önlemek bakımından fonksiyon icra eden söz konusu teori, daha sonraları da mahkemeler tarafından, yöneticilerin hisse senedi sahiplerinin menfaatlerini tehlikeye atacak faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından uygulanagelmıştır³. Alman hukuk sistemi bu teoriye yabancıdır⁴. Ultra vires teorisinden ABD hukukunda vazgeçilmiş⁵ ve nihayet İngiltere de (aşağıda yer vereceğimiz) 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi'ne uyarak söz konusu teoriyi kaldırmıştır⁶.

Öte yandan, ultra vires kuralının kişi şirketleri alanında da uygulanmasına öteden beri karşı çıkmıştır⁷.

II-Ultra vires teorisinin ifadesini bulduğu 6762 sayılı TTK. m. 137 hükmü şöyledir: “Ticaret şirketleri hükmü şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”⁸

Söz konusu Kanun m. 321/f.1’de de “Temsile salâhiyetli olanlar şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nev’i işleri ve hukukî muameleleri şirket adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkını haizdirler.” hükmü yer alır. Madde 542’deki atfı uyarınca bu kural limited şirketler bakımından da geçerlidir.

¹ Örneğin bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **ÜLGEN**, s. 1288; **TEKİNALP** (Ultra Vires, s. 45; Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı, s. 145) ; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 53; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 517; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 151; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113) ; **BAHTİYAR**, s. 40; **FRANKO**, s. 45; **CAN**, s. 21; karşı. **KUNTALP**, s. 14 vd.; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 100.

Örneğin, Y. 11. HD., T. 18.03.2010, E. 2008/126, K. 2010/2987 (**YARALI**, s. 325-327).

² **ARSLANLI**, s. 501 vd.; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 53 dn.14 ve ilgili metin; **FRANKO**, s. 44-45; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 514.; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 114).

³ Bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 151-152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113-114) ; **TEKİNALP**, s. 45-46.

⁴ Örneğin, **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 84; **TÜRK H. S.**, 10.

⁵ **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **CAN**, s. 21, 62, 66.

⁶ Bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83-84; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 54; **FRENCH/MAYSON/Ryan**, s. 619, 631.

⁷ Bkz. **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 114).

⁸ Bkz. **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 52 vd.

III-9 MART 1968 TARİH ve 68/151/AET SAYILI ŞİRKETLER HUKUKUNA İLİŞKİN BİRİNCİ KONSEY YÖNERGESİ⁹

9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi; esas itibariyle, anonim, paylı komandit ve limited şirketlere ilişkin önemli hususların kamuya açıklanması (tescil ve ilân) sistemini getirmesi sebebiyle “Kamuyu Aydınlatma Yönergesi” olarak da adlandırılmaktadır.¹⁰

Yönerge'nin, “Bölüm II/Bir Şirket Tarafından Üstlenilen Borçların Geçerliliği” kısmında yer alan hükümlerden (m. 7 – m. 9) m. 9¹¹ uyarınca;

1. Şirket, organları tarafından yapılan işlemlerden dolayı, faaliyet konusuna girmese bile, bu işlemler kanunen organlara tanınan veya tanınmasına izin verdiği yetkileri aşmadığı sürece bağlıdır.

Bununla birlikte, Üye Devletler, işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından bilindiğini veya halin icabından bilinmemesinin mümkün olmayacağını ispatlayan şirketin, faaliyet konusuna girmeyen işlemde dolayı bağlı olmayacağını öngörebilirler; şu kadar ki, ana sözleşmenin ilân edilmiş olması, bu durumu ispat için tek başına yeterli delil olmaz.

2. ve 3. Ana sözleşme veya yetkili organların kararıyla şirket organlarına getirilen yetki sınırlamaları, kamuya açıklanmış olsa dahi, şirketin temsili yetkisinin müşteriye kullanılması veya tek bir temsilciye bırakılması istisnası haricinde, üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde ileri sürülemez.

Yönerge'de öngörülen bu düzenleme; organların yetkili olması kaydıyla konu dışı işlemlerin geçerli sayılması ilkesinden hareket edilmekle (m. 9/no.1, f.1) birlikte; belirli şartlar dahilinde ultra vires teorisinin kabul edilebilmesine imkan tanındığı¹² (m. 9/no.1, f.2), dolayısıyla (o tarihlerdeki) İngiliz hukukuyla ultra vires teorisinin bulunmadığı üye devlet hukukları arasında bir tür orta yol bulunmuş olduğu şeklinde değerlendirilmiştir.¹³

Öğretideki bir diğer görüş ise, Yönerge'nin söz konusu hükümlerini şöyle değerlendirmiştir: Yönerge'de, üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması yolunda, klasik anlamı (ultra vires of corporation) itibariyle ultra vires'in kaldırıldığı, yani şirketin hak ehliyetinin (capacity) konusuyla sınırlandırılması anlayışına son verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, bu defa ortakların menfaatlerinin korunmasına yönelinerek, üye devletlere, işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından bilindiği veya halin icabından bilinmemesinin mümkün olmayacağı ispatlanmak şartıyla, faaliyet konusuna girmeyen işlemde dolayı şirketin bağlı olmayacağının kararlaştırılabilmesi imkanı tanınmıştır. Böylece, Yönerge'de, üye devletlere, ultra vires ilkesine tarihsel süreç içinde verilen ikinci anlam (ultra vires of directors) bağlamında, diğer bir anlatımla, organların temsil yetkisinin faaliyet konusuyla sınırlandırılması bakımından düzenleme yapabilme imkanı tanınmış olup, bu anlamda (ultra vires of directors) ultra

⁹ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0151:EN:NOT>

¹⁰ Bkz. **KAYA**, s. 485; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 507; 6102 sayılı TTK./Genel Gerekeç/C/III/2, -Parg. 34, H/II/1/a-Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 21, 51) ve Madde Gerekeçleri/Madde 39 Gerekeçesi (**T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 416; **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 159) ; **YILDIZ Ş.**, 68/151/EEC Sayılı Yönerge, s. 276).

¹¹ Bkz. **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **TÜRK H. S.**, s. 10; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 510-511.

¹² Bu açıdan, **KENDİGELEN**, Tartışmalar, s. 44'e; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 128 dn.47'ye de bkz.

¹³ **TÜRK H. S.**, s. 10-11.

vires anlayışının devam edebilmesi söz konusudur¹⁴. İşte bu sebeple Yönerge'de ultra vires teorisinin tam anlamıyla kaldırılmadığı söylenebilir¹⁵.

Bu arada, 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9'daki bu düzenleme, söz konusu Yönerge'nin yerine geçen 2009/101/AT sayılı Yönerge¹⁶ m. 10'da yer almaktadır¹⁷.

IV- 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDAKİ TİCARET ŞİRKETLERİNİN EHLİYET VE TEMSİLİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE DEĞERLENDİRME

1. EHLİYET

Madde 125/f.2: “Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”

Bu hüküm ile (yukarıda söz ettiğimiz) 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi dikkate alınarak tüm ticaret şirketleri (kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler) bakımından, üçüncü kişilerin korunması, işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması amacıyla kaldırılmış olmaktadır¹⁸.

TMK m. 48 hükmüne göre ise, “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”

Bu arada, tasfiye haline giren kollektif ve komandit şirketin ehliyeti, 293. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, tasfiye amacıyla sınırlanır (m. 269, m. 328).

2. TEMSİL

A. Kollektif ve Komandit Şirketlerde

6102 sayılı TTK'nda Kollektif şirketlerde temsilin kapsamını düzenleyen m. 233/no.1 hükmüne göre, şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin **işletme konusuna giren** her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bu hüküm, m. 317, m. 318/no.1 uyarınca (adi) komandit şirketler ve m. 565/no.1'deki atf uyarınca sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından¹⁹ da geçerlidir.

6102 sayılı TTK m. 125 ile 6762 sayılı TTK m. 137 hükmündeki ultra vires ilkesi kaldırılmış olmakla birlikte, bu defa, temsil yetkisinin işletme konusuyla sınırlanılmaktadır. Elbette, temsilcinin şirketin işletme konusu dışında işlem yapması durumunda, ultra vires ilkesinin geçerli olduğu zamandaki gibi “yokluk” söz konusu değildir ve Borçlar Kanunundaki yetkisiz temsil hükümleri uyarınca şirket bu işleme icazet verebilecektir²⁰. Fakat, temsil yetkisini işletme konusuyla sınırlayan bu hükmün (m.

¹⁴ **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514.

¹⁵ **KENDİGELEN** (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514; Tartışmalar, s. 44).

¹⁶ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:044:0062:0078:EN:PDF>

¹⁷ Bkz. **KIRCA**, s. 79; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 113-114 dn.3.

¹⁸ Bkz. m. 125 gerekçesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 248), Genel Gerekçe Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 51).

¹⁹ Bkz. **KIRCA**, s. 77-78 (dn.14), s. 78 (dn.15, dn.16) ; **BAHTİYAR**, s. 41; **YILDIZ B.** (Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeligi, s. 339 dn. 69; Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 131-132).

²⁰ Ayrıca, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 122; **BAHTİYAR**, s. 41.

233/no.1), üçüncü kişilerin korunması anlayışı bakımından isabetli olmadığı ve uygulamada sorunlara yol açacağı açıktır²¹. Konu dışı işlemler karşısında üçüncü kişilerin korunması amacıyla anonim şirketlere ilişkin olan ve limited şirketler bakımından da geçeli 6102 sayılı yeni TTK m. 371 (m. 629/1) hükmüne paralel bir düzenleme, şahıs şirketleri bakımından öngörülmesi değildir.

Gereğesinde m. 233'ün, 6762 sayılı TTK m. 176'nın tekrarı olduğu açıklaması yer almaktadır²². Şu kadarını belirtelim ki; 6762 sayılı TTK m. 176 hükmünde temsilcinin "**şirketin gayesine dahil**" her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapabileceği öngörülmekte ve 6762 sayılı TTK m. 137 hükmüne rağmen şirket temsilcilerinin yetki sınırını "şirket gayesi"yle sınırlayan bu hükümden (6762 sayılı TTK m. 175) hareketle kolektif şirketlerin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olmadığı savunulmakta²³ iken, bu kez 6102 sayılı TTK m. 233/no.1 temsil yetkisi "**şirketin işletme konusu**"yla sınırlanmakla daha da geri gidilmiştir²⁴.

Bize göre de 6102 sayılı TTK'nun getirdiği yeni sistem içinde, en azından, aşağıda üzerinde duracağımız, m. 371/no.2'de düzenlemenin, kolektif ve komandit şirketler dahil, tüm ticaret şirketlerini kapsayacak şekilde, m. 125 içinde yer alması daha uygun olurdu²⁵.

B. Anonim ve Limited Şirketler

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, 6102 sayılı yeni TTK m. 371 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hüküm, m. 629'daki atıf yoluyla limited şirketler hakkında da uygulanır.

Söz konusu 6102 sayılı yeni TTK m. 371 hükmündeki düzenleme şöyledir:

"(1) Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.

(2) Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir."

1. Görüldüğü üzere, temsile yetkili olanların, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.

Söz konusu maddenin (371) gereğesinde, "...Esas sözleşmenin konu hükmüne aykırı işlemlerle bu sınırın aşılması hâlinde şirketin rücu hakkı vardır. Başka bir deyişle, şirketin amacı ve işletme konusu dışında yapılan işlemler da, ikinci fıkrada açıkça belirtildiği üzere, şirketi bağlar, üçüncü kişiye karşı şirket sorumludur; ancak,

Karş. PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 354-355; KIRCA, s. 72-73, 77-78 (dn.14); TÜRK A., s. 2165.

²¹ KENDİGELEN, Yeni TTK.-Tespitler, s. 169.

²² Bkz. KENDİGELEN, Yeni TTK., s. 354.

²³ İMREGÜN (Kolektif ve Komandit Ortaklıklar, s. 23 vd.; Kara Ticareti Hukuku, s. 171-172); ERİŞ, s. 1654-1655.

²⁴ KENDİGELEN, Yeni TTK.-Tespitler, s. 168, 169.

²⁵ ARKAN, s. 49. Karş. TÜRK A., s. 2165.

sınırı aşan temsil yetkisini haiz kişiye karşı şirket rücu talebinde bulunabilir” açıklaması yer almaktadır²⁶. Esasen yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmeye aykırılık hallerinde zaten şirkete karşı sorumlu olmakla birlikte (m. 549 vd.), burada, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir²⁷.

2. 371. maddenin f.2 hükmüne göre, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de prensip olarak şirketi bağlar. Fakat, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edildiği takdirde işlem şirketi bağlamayacaktır. Üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmek şartıyla ona karşı işlemin şirketi bağlamadığının ileri sürülebilmesi öngörülmek suretiyle, yukarıda yer verdiğimiz 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Yönerge m. 9/no.1, f.2 hükmünde tanınan imkanın kullanılması yoluna gidildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, (6102 sayılı TTK) m. 371/f.2, c.1’de, “meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu **bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu** ispat edilsin” denilerek, hüküm TMK m. 3’e uygun bir şekilde yapılandırıldı²⁸ halde, uyum sağlamaya çalışılan 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9/no.1, f.2’de (ve 2009/101/AT sayılı Yönerge m. 10/no.1, f.2’de), işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından **bilindiğini veya halin icabından (=durumun gereğinden) bilinmemesinin mümkün olmayacağını** ispat edilmesi ifadesi yer almaktadır. Yönerge’nin bu ifadesi, TMK m. 3’deki “bilmesi gerekme”yi içermemekte olup; “müspet vukuf’a (6762 sayılı TTK m. 39/f.2) yakındır²⁹. O halde, Yönerge’de üçüncü kişilerin korunması amacıyla işlemin şirketi bağlamadığının ileri sürülebilmesi bakımından TMK m. 3’e nazaran daha dar bir alan söz konusu³⁰ iken, TMK m. 3’e göre yapılandırılmakla m. 371/1 hükmünün, Yönerge (m. 9/no.1, f.2) ve üçüncü kişilerin korunması amacına tam uygun olmadığı söylenebilir³¹.

Nitekim, isabetli olarak³² m. 539/no.2 hükmünde; “Tasfiye memurlarının üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin işlemin tasfiye amacı dışında olduğunu **bildiği veya hâlin gereğinden bilmesinin mümkün olmayacağı ispat edilsin**. Tasfiyenin sadece tescil ve ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli değildir.” denilmektedir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; tasfiye halindeki anonim şirket de TMK. m. 48 çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir. Diğer bir anlatımla, m. 125/no.2 hükmü, tasfiye döneminde de şirketin hak ehliyeti bakımından geçerli olmaya devam eder. Şirket organlarının yetkileri ise, tasfiye amacıyla sınırlanır

²⁶ Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 453, **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 505.

²⁷ Ayrıca, **KENDİGELEN** (Yeni TTK.-Tespitler, s. 169; Tartışmalar, s. 44) ve **TÜRK A.**, s. 2168-2169’a da bkz.

²⁸ **TEKİNALP**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 224-225; **KIRCA**, s. 77 dn.11; **BAHTİYAR**, s. 41; **GÜNEY/YILMAZ**, s. 8, 9. Ayrıca bkz ve karşı. **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1017; **TEKİNALP**, Yeni TTK ve Ticari Mevzuat, s. 172; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 125 vd.

²⁹ **KENDİGELEN** (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 514; Yeni TTK.-Tespitler, s. 225).

³⁰ **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 514.

³¹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 225.

³² Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 225 dn.55, s. 384; karşı. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 548.

(m. 533/no.2, c. son, m. 535)³³. Şirketle ilişkiye giren üçüncü kişilerin korunması amacıyla öngörülen ve yönetim kurulunun temsil yetkisine dair m. 371/no.2'deki düzenlemenin paraleli hüküm de yukarıda yer verdiğimiz m. 539/no.2'de yer almaktadır³⁴. Bu hükümler, limited şirket bakımından da geçerlidir (m. 643)³⁵.

3. Gereğede m. 371/no.2 c.son'un m. 354 ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir³⁶. Gerçekten de m. 354/no.1'de, m. 339 (no.2, b) uyarınca "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu"nu içermesi zorunlu olan esas sözleşmenin tamamının ticaret siciline tescil ve TSG'nde ilan edileceği belirtildikten sonra, tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, m. 36/no.1'deki sicil olumlu (müspet) etkisinin uygulanacağı hususlar sayılmış; fakat bunlar arasında işletme konusuna yer verilmemiştir. Böylece işletme konusu bakımından m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisi söz konusu olmayacaktır. Yani ilan edildi diye üçüncü kişi şirketin konusunu bilmek durumunda değildir. Bu bakımdan, m. 371/no.2 c.son hükmünün m. 354/no.1 hükmüyle uyumlu olduğu açıktır³⁷.

Limited şirket sözleşmesinde de "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde, şirketin işletme konusu"nun yer alması zorunludur (m. 576/b) ve yine şirket sözleşmesinin tamamı tescil ve TTSG'de ilan edilir (m. 587). Fakat bu defa, m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisinin uygulanacağı hususlar arasında, anonim şirketten farklı olarak ve dikkatsizlik sonucunda, "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu" da sayılmıştır (m. 587/c). Söz konusu m. 587'ye rağmen, "Müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır." (m. 629/no.1) hükmü uyarınca, m. 371/no.2, c.son'daki, "Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir." hükmünün limited şirketler bakımından da uygulanması gerekir. Kanaatimizce de gerek m. 629/no.1'deki atıf uyarınca m. 371/no.2, c.son'daki düzenleme ve gerekse kanun koyucunun 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9/no.1, f.2 bağlamında AT müktesabatına uyum sağlama amacı bunu gerektirir³⁸. Öte yandan, Kanunun sistemiyle bağdaşmayan ve ihmal ürünü olan, m. 587/c'deki, "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu" kısmının metinden çıkarılarak durumun düzeltilmesi gerektiği de açıktır³⁹.

4. Gerek anonim gerek limited şirket bakımından, tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye/şirket sözleşmesine m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisinin uygulanacağı hususlar arasında şirketin ticaret unvanı da sayılmıştır (m. 354/no.1, b, m. 587/b). Diğer

³³ Bkz. Madde Gereğçeleri/Madde 539 Gereğçesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 647; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 590) ; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 379-380. **BAHTİYAR**, s. 41-42; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 546'ya da bkz.

³⁴ Bkz. Madde Gereğçeleri/Madde 533 Gereğçesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 642; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 588) ; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 383-384, 385; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 547-548.

MOROĞLU, s. 286-287'ye de bkz.

³⁵ **YILDIZ Ş.**, Limited Şirketler Hukuku, s. 292'ye de bkz.

³⁶ Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 453; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 505.

³⁷ **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1017; **KIRCA**, s. 71-72, 77 dn.5; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 125, 131 dn.55.

³⁸ **KIRCA**, s. 72; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 130-131.

³⁹ Aynı yönde, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 131 dn.55, dn.56 ve ilgili metin.

taraftan, şirket işlemlerinin ticaret unvanı altında yapılması zorunludur (m. 39/no.1). Anonim, limited ve kooperatif şirketlerin unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi zorunludur (m. 43/no.1, aynı şekilde 6762 sayılı TTK m. 45/f.1). Bütün bunlara göre; konu ticaret unvanının üçüncü kişinin iyi niyetini kaldıracağı, buna dayanarak işlemin işletme konusu dışında olup şirketi bağlamadığının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği söylenebilecektir⁴⁰. Bu sorunları doğurabilecek olmasında başka, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlandırılması esasından (ultra vires) vazgeçildiğine (m. 125/no.2) göre, artık söz konusu şirketlerin ticaret unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi zorunluluğunun dayanağı da kalmamıştır; kaldırılması gerekir⁴¹.

5. Y. 11. HD., T. 23.03.1982, 851/1225: “Bir ticarî işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticarî faaliyetlerini kolaylaştıran ticarî iş ve ticarî sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticarî amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticarî faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri hâlini ticarî hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan “kefalet akdinin” de davacı şirket yönünden kendi işletme çerçevesi içinde kalan “bir muamele”den ibaret olduğunun göz önünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticarî hayatın normal seyrine ve sür’atli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlarda dairemizin kökleşen içtihadı bulunmaktadır (11. HD’nin 07.02.1978 tarih ve 7/354 ve 04.03.1979 tarih ve 392/981 sayılı ilâmları). O hâlde, yukarıdaki açıklamaların ışığı altında dava konusu kefalet akdinin de davalı anonim şirket mevzuu içinde kalan (mutad bir muamele) olduğu ve bu nedenle de TK’nın 137 ve 321. maddeleri gereğince geçerli bir işlem olduğu kabul edilerek... hükmün bozulması gerekmiştir...”⁴²

Aynı sebeplerle, kefalet işlemlerinin, işletme konusu dışında olduğunun ve bu defa, m. 371/no.2 anlamında şirketi bağlamadığının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Keza, öğrencilere burs verme gibi bağışlarda da durum böyledir⁴³.

⁴⁰ Bkz. **YONGALIK**, s. 86-87; karş. **KIRCA**, s. 72; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 126-127 dn.44; **GÜNEY/YILMAZ**, s. 8-9.

⁴¹ Aynı yönde, **ODMAN BOZTOSUN/ÜNAL**, s. 392; **YONGALIK**, s. 87.

⁴² YKD., 1982, C.8, S.6, s. 820; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 171; **ERİŞ**, s. 1660; **FRANKO**, s. 47, 51; **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83. Aynı yönde, Y. 11. HD., T. 21.01.1994, 6997/258 (**MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 171-172).

⁴³ Buna karşılık, şirket tipine tamamen yabancı olacak şekilde, örneğin, şirketin bir siyasi partiye yapacağı yüksek miktardaki bağışların, hükümsüz olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, “tüzel kişilik alanında geçerli olan sınırlı sayı ilkesi gereğince her tüzel kişi MK m. 48 hükmü çerçevesinde kendi türüne ilişkin olarak hak ehliyetine sahiptir.” (**DURAL/ÖĞÜZ**, s. 234).

Bu konuda, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 117 dn.18’e de bkz. Yine, 6102 sayılı TTK m. 223 [6762 sayılı TTK. m. 165 (**DOMANIÇ**, s. 584-585)]’e de bkz.

V- SONUÇ

1. İsv.BK m. 718a/1'de, şirketi temsile yetkili olan kişilerin, şirketin amacına giren bütün işlemleri yapabileceği hükmü yer almaktadır. Federal Mahkeme bu hükmü, aşırı hallerle sınırlı bir şekilde uygulamaktadır⁴⁴.

Fransa da 68/171/AET Yönergesi'ne (m. 9) uyum bağlamında, bizim 6102 TTK m. 371'e benzer bir düzenleme yapmıştır (1966 tarihli Ticaret Şirketleri Kanunu m. 98, 2000 tarihli Ticaret Kanunu L225-64)⁴⁵.

Alman hukukunda ise; işletme konusunun temsil yetkisi üzerinde bir etkisi ve işletme konusu dışı işlemin şirketi bağlamadığının üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği durumlar söz konusu değildir (AktG § 82, GmbHG § 37)⁴⁶.

2. 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi'ne uyarak ve öte yandan, hep gündemde olan eleştiriler dikkate alınarak⁴⁷, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olması kuralı (6762 sayılı TTK m. 137/), tüm ticaret şirketleri bakımından kaldırılmıştır (6102 sayılı TTK m. 125/no.2). Bu son derecede önemli bir yeniliktir ve ancak gecikmiş olmasından yakınılabılır.

Fakat, işletme konusunun temsil yetkisi üzerindeki etkisi, üçüncü kişilere karşı olmak üzere, devam etmektedir (m. 233, m. 271)⁴⁸. Bu defa, "yokluk" değil; üçüncü kişilere karşı, temsilci tarafından şirketin işletme konusu dışında işlem yapıldığı, dolayısıyla "temsil yetkisinin aşılması sebebiyle işlemin şirketi bağlamadığı" iddiaları bağlamında sorunlar devam edecektir⁴⁹. Kanaatimizce; ortakların menfaati, konu dışı işlemlerden doğan sorumluluk yoluyla korunmakla, işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması amacı tercih edilip, 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi m. 9/no.1, f.1'deki (2009/101/AT sayılı Yönerge m. 10/no.1, f.1) prensibe tamamen uyularak, söz konusu Yönerge m. 9/no.1, f.2'deki imkanın hiç bir bağlamda kullanılması yoluna gidilmemek suretiyle işletme konusunun, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından, temsil yetkisi üzerinde etkisinin kabul edilmemesi daha isabetli olacaktır⁵⁰.

3. Nihayet, 6102 sayılı TTK m. 210/no.3'de; "Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerle veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem ve faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yılı içinde fesih davası açılabilir." hükmü yer almaktadır. İşletme konusu çerçevesinde sınırlı hak ehliyet kuralı (6762 sayılı TTK m. 137) terk edildiğine (6102 sayılı TTK m. 125/no.2) göre, işletme konusuna aykırı olarak yapılan işlemler sebebiyle şirketin feshinin istenebilmesinin öngörülmesi, isabetli olmamıştır⁵¹. Kanaatimizce, bu fesih davası, sadece kamu düzenine aykırılık halleriyle sınırlı olarak tanınmalıdır⁵².

⁴⁴ Federal Mahkeme'nin bu hükmü çok sıkı uygulamadığı, ancak çok aşırı ve uç hallerde amaca aykırılık ve temsil yetkisinin aşıldığını kabule ederek, işlemin geçersizliği içtihadında bulunduğu konusunda, **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1014-1015'e b kz.

⁴⁵ B kz. **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **YILDIZ B.**, Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliği, s. 346 dn.88 ve ilgili metin. Keza, diğer AT üyelerinden Hollanda ve Danimarka'daki durum için de **YILDIZ B.**, Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliği, s. 346 dn.88 ve ilgili metine b kz.

⁴⁶ Örneğin, **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **WIRTH/ARNOLD/GREENE**, s. 32-33, 220, 305'e de b kz.

⁴⁷ B kz. 6102 sayılı TTK'nın Genel Gereğesi Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 51).

⁴⁸ **ALIŞKAN**, s. 205'e de b kz.

⁴⁹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 100.

⁵⁰ **MOROĞLU**, s. 158'e de b kz.

⁵¹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 108-109; **ALIŞKAN**, s. 202 vd., 265-266

⁵² **İMREGÜN**, Kara Ticareti Hukuku, s. 256; **ALIŞKAN**, s. 200, 266.

KAYNAKÇA

- ALIŞKAN Murat** : Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- ARKAN Sabih** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 41 vd.
- ARSLANLI Halil** : İngiliz Şirketlerinde "Ultra-Vires" Nazariyesi, Adliye Ceridesi, 1942, s. 483 vd.
- BAHTİYAR Mehmet** : Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. B., İstanbul 2012.
- BİLGİLİ Fatih/**
DEMİRKAPI Ertan : Ticaret Hukuku Dersleri, 2. B., Bursa 2012.
- DOMANIÇ Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988.
- CAN Mustafa** : ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009.
- DURAL Mustafa/**
ÖĞÜZ Tufan : Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. B., İstanbul 2011.
- ERİŞ Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.2, 57. – 371. Maddeler, Ankara 2010.
- FRENCH Derek/**
MAYSON Stephen W./
RYAN Christopher L. : Mayson, French & Ryan on Company Law, 28. (2011-2012) B., New York 2011.
- FRANKO Nisim** : Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 11-12 Ocak 1985, Ankara 1985, s. 33 vd.
- GÜNEY Necla/**
YILMAZ Elif Göksel : 6102 Sayılı TTK Kapsamında Yönetim Kurulu Üyelerinin Temsil Yetkisinin Sınırları ve Ultra Vires Teorisi (<http://www.gultekinhukuk.com/tr/Sayfalar/Publications/Docs/5544c080539deb3.pdf>)
- İMREGÜN Oğuz** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 13. B., İstanbul 2005. (Kara Ticareti Hukuku)
- İMREGÜN Oğuz** : Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989. (Kollektif ve Komandit Ortaklıklar)
- KARAYALÇIN Yaşar** : Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, Batider, Aralık 1975, C.VIII, S.2, s. 1 vd.
- KAYA Arslan** : Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyum – Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Ünal Tekinalp, İstanbul 2001, s. 485 vd.

- KENDİGELEN Abuzer** : Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011. (Yeni TTK.-Tespitler)
- KENDİGELEN Abuzer** : Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu, İstanbul 2011. (Yeni TTK.)
- KENDİGELEN Abuzer** : Sermaye Şirketlerinde Ehliyet, Temsil, Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu –Acquis Communautaire’in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Ünal Tekinalp, İstanbul 2001, s. 507 vd. (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk)
- KENDİGELEN Abuzer** : 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, 5-6 Aralık 1998, İstanbul 1998, s. 44. (Tartışmalar)
- KIRCA İsmail** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, S.79, Aralık 2011, s. 71 vd.
- KUNTALP Erden** : Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 11-12 Ocak 1985, Ankara 1985, s. 1 vd.
- MOROĞLU Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. B., İstanbul 2007.
- MOROĞLU Erdoğan/**
KENDİGELEN Abuzer : İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. B., İstanbul 2010.
- ODMAN BOZTOSUN N. Ayşe/**
ÜNAL Akın : Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Yıl: 2005, s. 383 vd.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/**
ÇAMOĞLU Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 2. B., C.2, İstanbul 1976.Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. B., İstanbul 2010.
- PULAŞLI Hasan** : Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. B., Adana 2003. (Şirketler Hukuku)
- PULAŞLI Hasan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011. (Şirketler Hukuku Şerhi, C.I)
- TEKİNALP Ünal** : Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2011. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı)
- TEKİNALP Ünal** : Ultra Vires, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s. 45-46. (Ultra Vires)
- TEKİL Fahiman** : Şirketler Hukuku, İstanbul 1981. (Şirketler Hukuku)
- TEKİL Fahiman** : Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul 1991. (Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku)

- 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. 2163 vd.
- TÜRK Hikmet Sami** : Avrupa Toplulukları'na Üyeliğin Anayasa ve Ortaklıklar Hukuku Üzerindeki Etkileri, Batider, Haziran 1989, C.XV, S.1, s. 1 vd.
- T.C. ADALET BAKANLIĞI ÜLGEN Hüseyin** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005.
: Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1283 vd.
- WIRTH Gerhard/ ARNOLD Michael/ GREENE Mark YARALI Levent** : Corporate Law in Germany, München 2004.
: Şirketler Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları -I-, Yeni Türk Ticaret Kanunu Madde Atıflı 2010-2011 Kararları, Ankara 2012.
- YILDIZ Burçak** : Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği, Batider, Eylül 2011, C.XXVII, S.3, s. 111 vd. (Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından)
- YILDIZ Burçak** : TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, C.55, S.1, s. 321 vd. (Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliliği)
- YILDIZ Şükrü** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007. (Limited Şirketler Hukuku)
- YILDIZ Şükrü** : Avrupa Topluluğunun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 Mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir Nolu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Yıl:1999, Erzincan 1999, s. 276 vd. (68/151/EEC Sayılı Yönerge)
- YONGALIK Aynur** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu (m. 136-145) İle Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme, Batider, Mart 2010, C.XXVI, S.1, s. 79 vd.

KISALTMALAR

AktG	: Aktiengesetz
AET.	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AT.	: Avrupa Topluluğu
Bkz./bkz.	: Bakınız
B.	: Bası
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
c.:	cümle
dn.	: dip not
E.:	Esas
f.	: fıkra
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HD.	: Hukuk Dairesi
İsv.BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Karş./karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
no.	: numara
Parg.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA TEMİNAT VE DENKLEŞTİRMELER

Av. Cahit AĞAOĞLU

ÖZET

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme her ne kadar düzenleme altına alınmış olsa da, aynı konu hakkında farklı kanunlarda yer alan düzenlemelerin paralellik göstermemesi ve işbu hükümlerin çelişen ve birleşme devralma sürecini uzatan ve zorlaştıran hükümler olması uygulamada ciddi sıkıntılar ortaya çıkarmıştır. Bunun üzerine kaynağını İsviçre Birleşme ve Devralmalar Kanunu ile Avrupa Birliği'nin 78/855/ECC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi'nin birleşmeye dair hükümlerinden alan yeni Ticaret Kanunu ile ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. İşbu ayrıntılı düzenlemeler ile Türk Hukuku'nda ilk defa düzenlenen ayrılma akçesi, denkleştirme ödemesi gibi kavramlara da yer verilmiştir. Kısaca, yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırıldığını; birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan düzenlemelerin getirildiğini söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Birleşme, Bölünme, Ayrılma akçesi, Denkleştirme ödemesi, Değişme oranı, Birleşme oranı, Denkleştirme davası, İptal davası, Sorumluluk Davası

ABSTRACT

Even merger has been regulated in the Turkish Commercial Code No. 6762, lack of parallelism between different Codes and contradiction between different regulations restricted M&A process and caused many problems in practice. Therefore, many detailed articles have been adopted into the New Turkish Commercial Code from Swiss Mergers and Acquisitions Code and European Union Company Law Third Council Directive 78/855/ECC. In the meantime, the right of squeeze-out and the equalization price have been adopted for the first time in Turkish Law. Briefly, it is possible to mention that with the New Turkish Commercial Code the complicated arrangements of merger are eliminated and incentive regulations have been adopted with protective regulations for the rights of creditors and shareholders.

Keywords: Merger, Demerger, Squeeze-out, Equalization (Exchange) Price, Exchange Unit, Merger Unit, Action for Equalization, Action for Nullity, Action for Responsibility

Şirket birleşme ve devralmaları rekabetin geliştiği günümüzde son derece önemli bir konuma sahiptir. Dünyada gerek ulusal gerekse uluslararası birleşme ve devralmalar 2000 yılına kadar toplamda yaklaşık 2.8 trilyon euro değerinde bir pazar oluşturmuştur. Bunun 1.2 trilyon dolarlık kısmı Avrupa pazarına ait olup¹, bu pazarın da en büyüğü Almanya olmuştur². Tarihteki en büyük devralma ise 2000 yılının Haziran ayında meydana gelen Mannesman şirketinin Vodafone Airtouch PLC firması tarafından satın alınması yoluyla gerçekleşmiştir. İşbu satın alma 213 milyar dolarlık toplam değer ile gerçekleşmiştir³.

Günümüze gelecek olursak örneğin İngiltere'deki Resmi İstatistik Kurumu'nun 7 Haziran 2011 tarihinde yayınlanan verilerine göre İngiliz şirketlerinin İngiltere dışında gerçekleştirdikleri satın almalar 2010 yılının ilk çeyreğinde 3.8 trilyon İngiliz sterlin iken bu rakam 2011 yılının ilk çeyreğinde 18.3 milyar sterline yükselmiştir. Bu artış 2007 yılının dördüncü çeyreğinden itibaren meydana gelmiş en yüksek artıştır⁴. Global anlamda ise 2010 yılının Kasım ayı sonu itibarıyla 2010 yılında toplamda 21.000 birleşme ve devralma işlemi bildirilmiş olup, bu işlemler ile 1.9 trilyon dolardan fazla bir hacme ulaşılmıştır. Bu rakamlar 2009 verilerine göre %12'lik bir artışı göstermektedir⁵.

Asya Pasifik ülkelerine baktığımızda şirket birleşme ve devralmalarında geçmiş yıllara nazaran ciddi bir artış olduğunu ve alıcı, satıcı ve hedef şirket olarak Asya şirketlerinin yer aldığı 8700 birleşme ve devralma işleminin bildirildiğini görüyoruz. Burada Çin'in toplam 110 milyar dolar hacimli ve 2500 birleşme ve devralma işlemi ile başı çektiğini belirtmek isteriz. Bu rakam 2009 verileri ile karşılaştırıldığında, hacim olarak %15, birleşme ve devralma işlem sayısına göre %29 oranında bir artışın meydana geldiği anlamına gelmektedir⁶.

Amerika'da 2010 yılı içerisinde toplam 1.1 trilyon dolarlık birleşme ve devralma işlemi gerçekleşmiştir. Bu rakam 2009 yılının verilerine göre toplam %12'lik bir artışı göstermektedir⁷.

Avrupa, Orta Asya ve Afrika'daki birleşme ve devralma verilerine baktığımızda 2010 yılında 787 milyar dolarlık bir hacme ulaşıldığını görmekteyiz. Bu durum 2009 yılında bildirilen 662 milyar dolarlık işlem hacminin %18'lik bir artış gösterdiğini kanıtlamaktadır⁸.

Türkiye'ye baktığımızda 2009-2010 döneminde işlem sayısının bazı istatistiklere göre 65'den 100'e, işlem değerinin ise 2.2 milyar eurodan 16.7 milyar euroya yükseldiğini görüyoruz⁹. 2009 yılındaki tüm işlemler 500 milyon €'nin altında tamamlanmakla birlikte, 2010'da toplam 7 işlem daha yüksek bir bedelle sonuçlanmıştır. Elbette, Türkiye'de bu rakamların tırmanmasında özelleştirmeler önemli rol oynamıştır, ancak

¹ Securities Data Corporation verileri, Frankfurter Allgemeine, 12 Kasım 1999, s. 25.

² Almanya 1999 yılında 500 milyar euroluk birleşme ve devralma işlem hacimine ulaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Böhmert**, Börsenzeitung, 12 Şubat 2000, s. 9.

³ Patrick **Gaughan**, Mergers and Acquisitions and Corporate Restructurings, 4. Baskı, 2007, John Wiley & Sons Inc., s. 3.

⁴ Bu veriler için bkz. <http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/ma0611.pdf>

⁵ Bloomberg Global Pool firmasının 1000 finansal market aktörleri ile yaptığı anketin sonuçlarıdır. İşbu sonuçlar <http://about.bloomberg.com/pdf/manda.pdf>, s. 4 (bundan sonra "**Bloomberg Global**") olarak adlandırılacaktır

⁶ Bkz. Bloomberg Global, s. 4.

⁷ Bloomberg Global, s. 16.

⁸ Bloomberg Global, s. 24.

⁹ İşbu veriler için bkz. <http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Turkiye-Sirket-Birlesme-ve-Satin-Alma-Raporu-2011.pdf>, s. 6.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın büyük hacimli varlık satışları dışında, bir dizi büyük ölçekli işlem de gerçekleşmiştir. Örneğin, İspanyol bankası Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Türkiye Garanti Bankası hisselerinin yüzde 24, 9'luk bölümünü Doğu Grubu ve GE Araştırma ve Müşavirlik A.Ş.'den (General Electric Company'nin Türkiye'deki iştiraki) satın almıştır. Fortis Bank ise 1, 2 milyar euro bedelle Türk Ekonomi Bankası'na (TEB) devredilmiştir¹⁰. Rekabet Kurulu verilerine göre 2010 yılında 210 adet kayıtlı birleşme ve devralma işlemi belirtilmişken, 2011 yılında bu rakam 239'a kadar yükselmiştir¹¹.

Dünyadaki ve Türkiye'deki tüm bu veriler bizlere işlem hacmi ve sayısı her geçen sene çok ciddi artış gösteren birleşme ve devralmaların neden hukuk düzenince ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan bakıldığında yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ihtiyaçlara cevap vermediği ve uygulamadaki sorunlara çözüm üretmeyen bir düzenleme olduğu zamanla ortaya çıkmıştır. Zira mevcut Ticaret Kanunumuzda birleşme ve devralma kavramları ticari şirketlere ilişkin genel hükümler bölümünde 146 ile 151. maddeler arasında düzenlenmiş olup, anonim şirketler için öngörülen özel bazı düzenlemeler de 451 ile 454. maddeleri arasında ele alınmıştır. 01.07.2012 tarihinde genel olarak yürürlüğe girecek olan Yeni Ticaret Kanunu'nda ise birleşme ve devralmalar 134. madde ile 177. madde arasında son derece ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve birleşme ve devralma kavramı yürürlükte bulunan TTK'daki mevcut durumun aksine, anonim şirketler için farklı hükümlere ayrı bir başlık altında yer verilmeden tüm ticaret şirketleri için tek bir başlık altında düzenlenmiştir.

Bununla birlikte şu an yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan ancak vergi mevzuatında yer alan düzenlemeler ve Maliye Bakanlığı ve Sanayi Ticaret Bakanlığı'nın ortaklaşa yayınlanmış olduğu Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ile Kurumlar Vergisi Kanunundaki hükümlere dayanarak kısmen düzenlenmiş bulunan "bölünme" müessesesi de maddi hukuk yönünden ilk kez bu kanunla düzenlenmiştir. Hatta bu konu oldukça ayrıntılı bir şekilde 159 ile 179. maddeleri arasında incelenmiştir.

Öncelikle halihazırda yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme her ne kadar düzenleme altına alınmış olsa da, aynı konu hakkında farklı kanunlarda yer alan düzenlemelerin paralellik göstermemesi ve işbu hükümlerin çelişen ve birleşme devralma sürecini uzatan ve zorlaştıran hükümler olduğu için uygulamada ciddi sıkıntılar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine kaynağını İsviçre Birleşme ve Devralmalar Kanunu ile Avrupa Birliği'nin 78/855/ECC sayılı şirketler hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi'nin birleşmeye dair hükümlerinden alan yeni düzenlemeler getirilmiştir¹². Ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılandırılmalarını düzenleyen md. 134 ile 193 hükümleri İsviçre Birleşme Kanunundan alınmış, ticari işletmelerin birleşme ve tür değiştirmelerine ilişkin 194. madde hükmü ise Adalet Komisyonu aşamasında kanun metnine eklenmiştir¹³.

¹⁰ <http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Turkiye-Sirket-Birlesme-ve-Satin-Alma-Raporu-2011.pdf>, s. 7.

¹¹ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerik&icId=42&Lang=TR>

¹² Üçüncü Konsey Yönergesinin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen Birleşme Kavramına Etkileri için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, Şirket Birleşmeleri, Editörler: **Haluk Sumer**, Helmut Pernsteiner, Alfa Yayınları, 2004, s. 1-22.

¹³ **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s.110.

İşbu yeni düzenlemelerin de yer aldığı yeni Ticaret Kanunu 13.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilip Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu genel olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak kanunun öngördüğü bazı özel düzenlemeler ise örneğin anonim şirketlerin esas sözleşmeleri ile limited şirket sözleşmelerinin 14 Ağustos 2012 tarihine kadar yeni düzenlemeler ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir¹⁴.

Bağımsız olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye tahsis olunan hükümlerin dışında bu bölümün başında iki (md. 134-135), sonunda ise üç maddeden oluşan (md. 191-193) ortak hükümlere yer verilmiştir. Bu yönüyle anılan düzenlemenin bir anlamda kanun içinde kanun görünümü arz ettiği görüşünü savunanlar olmuştur¹⁵.

Yeni düzenlemedeki TK 134/2 hükmü oldukça ilgi çekicidir. Zira bu fıkrada “diğer bütün kanunların TK’nın 135 ile 194. maddelerine aykırı olmayan hükümleri” saklı tutulmuş ve böylece ticaret kanununda yapılan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelere aykırı olan diğer bütün kanunlardaki hükümler örtülü bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Şüphesiz diğer kanunlardaki hükümlerden hangilerinin ticaret kanunumuzun bu düzenlemesine aykırı olduğunun tespiti de ayrı bir tartışma konusu yaratacaktır¹⁶. Kanaatimizce 134. maddenin 2. fıkrası ile ifade edilmek istenen işbu fıkraya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması değil, önceliğin ticaret kanunundaki hükümlere verilmesi olarak yorumlanması hükmün amacına daha uygun olacaktır.

Öncelikle şu hususu belirtmek isteriz ki, yeni Ticaret Kanunu şirket birleşmelerinin tanımı ve metodları konusunda herhangi bir değişiklik getirmemiş sadece mevcut kanunda yer alan birleşme tanımını biraz daha türkçeleştirerek anlaşılmasını kolaylaştırmıştır. Birleşmenin temel ilkelerinin düzenlendiği 136. maddede 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 146. maddesinde olduğu gibi birleşmelerin ya “devralma” yoluyla ya da “yeni kuruluş” şeklinde olmak üzere iki şekilde gerçekleşebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan 136. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında şirket paylarının ve malvarlığının devamlılığı ilkelerine vurgu yapılmış ve birleşme sonucunda devrolunan şirketin sona ereceği ve ticaret sicilinden silineceği de ayrıca hükme bağlanarak 6762 sayılı Kanunun 451. maddesinde öngörülen malvarlıklarının ayrı yönetilmesi rejimine son verilmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin bir uzantısı olarak da ortaklık payları ve hakları konusunda da ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Yeni Ticaret Kanunumuzun 140. Maddesinde düzenlenen ortaklık haklarının 2. fıkrasında denkleştirme ödemesine yer verilmiştir. Bu madde şirket ortaklarının ve intifa senedi sahiplerinin korunması amacıyla konulmuş bir maddedir. Birleşmeye hakim temel ilkelerden ortaklığın devamlılığı ilkesi uyarınca devrolunan şirketin ortaklarına, mevcut ortaklık paylarını karşılayacak devralan şirket paylarının verilmesi zorunludur. Gereğede de belirtildiği gibi bunun hesaplanmasında, birleşen şirketlerin malvarlığı değerleri, oy haklarının dağılımı ve birleşmenin sağlığa kavuşturucu (iyileştirici) olup olmadığı, payların itibarî değerleri, primli pay çıkarılıp çıkarılmadığı gibi önem taşıyan her husus dikkate alınacaktır. Alman ve İsviçre öğretisinde, birleşmede bir veya birden çok şirketin münfesihtir

¹⁴ Her sermaye şirketine bir internet sitesi açma veya internet sitesi zaten mevcutsa, internet sitesinde yayınlanması zorunlu hükümleri düzenleyen 1524. maddesi 01.07.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir. Gerçek ve tüzel kişi tacirlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının (IFRS) özdesi olan Türkiye Muhasebe Standartlarına tabi olmasını öngören finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹⁵ Kendigelen, a.g.e., s. 110.

¹⁶ Kendigelen, a.g.e., s. 111.

olacağına bakılmaksızın bütün şirketlerin yaşayan şirket değeri ile hesaba katılması gerektiği görüşü hakimdir. Aksi halde devralan ile devrolunan şirketlerin değeri arasında bir eşitsizlik doğacaktır. Bu eşitsizlik oransal eşitliğe aykırıdır. Oransal eşitlik, değerlendirmenin birleşmeye katılan şirketlerde aynı gün itibarıyla yapılmasını da gerektirir. Söz konusu "gün" maddenin beşinci fıkrasında birleşme sözleşmesinin imzalandığı gün olarak belirtildiğine göre anılan "gün"ü birleşme günü olarak kabul edebiliriz.

Ancak 139. maddede belirtilen birleşmede borca batık şirketteki payın tamamen değersiz olması halinde de şirketin devamlılığı ilkesi bağlamında, payın değersiz olduğu varsayımıyla ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında kanunda ve gerekçesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hatta gerekçede bunun öğretiyeye ve mahkeme kararlarına bırakıldığı ifade edilmiştir.

Birleşmede devreden ortaklığın devralan ortaklığa intikal edecek malvarlığı karşılığında, bunların pay sahiplerine devralan ya da yeni kurulan ortaklığın hisse senetleri "değiştirme birimi" olarak adlandırılan ve ortaklıklarının malvarlıklarının değerine göre saptanan bir ölçüye göre verilir. Bunun gibi yeni kuruluşta birleşmeye katılan ortaklıklar malvarlıklarının değeri ve tespit edilen ortak değerlendirme kıstasına göre yeni kurulacak ortaklıkta sermayeye katılırlar.

Hüküm ayrıca değişim oranı tespit edilirken dikkate alınması gereken hususları ve devrolunan şirkette oydan yoksun veya imtiyazlı payların bulunmasını da düzenlemiştir. Ancak burada sorun birleşme ve değiştirme oranının nasıl tespit edileceği ile ilgilidir. Değiştirme birimi genel anlamı ile birleşen kurum hisse senetlerinin cari değeri ile birleşilen kurum hisse senetleri cari değerinin birbirlerine oranıdır. Değiştirme birimi tespit edilirken birleşme bilançosunun düzenlenmesi sırasında malvarlığının gerçek değeri bulunmaya çalışılmalı gizli yedekler, şirketin good-will'i firma değeri dikkate alınmalıdır.

Birleşme ve değiştirme oranının belirlenmesiyle ilgili olarak sermaye piyasası kurulunun birleşme işlemlerine ilişkin esaslar tebliğinin 17. ve 18. maddelerinde bazı formüller belirtilmiştir. Buna göre şayet devralma yoluyla birleşme söz konusu ise

Devralan kurumun özkaynağı

Birleşme oranı = -----

Devralan kurumun özkaynağı +Devrolan kurumun özkaynağı

Formülüne göre bulunmaktadır.

Sermaye artırımı tutarı

Değişme Oranı =-----

Devrolan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi

Formülüne göre belirlenmektedir.

Diğer taraftan yeniden kuruluş yoluyla yapılan birleşme var ise bu durumda birleşme oranı iştirakler dikkate alınmış özsermayesi dikkate alınarak

Birleşen kurum özkaynağı

Birleşme oranı = -----

Birleşen kurumlar özkaynaklar toplamı

Formülüne göre bulunmaktadır.

Yeni ortaklıktaki sermaye payı

Değişme Oranı =-----

İştirakler dikkate alınmış sermayeler

Bu formüller aracılığıyla yeni ortaklıkta eski ortaklığın bir pay senedi karşılığında yeni ortaklıkta elde edilecek pay oranı bulunmuş olur.

Türk hukukunda ilk defa devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan payların gerçek değerinin onda birini aşmamak kaydıyla bir denkleştirme ödemesi yapılmasına da bu aşamada imkan tanınmıştır, böylece birleşme ve değişme oranında küsuratların varlığı halinde de birleşme uygulaması kolaylaştırılmak istenmiştir. Çünkü birleşme işlemi bir değişim oranına göre olacağı için bu değişimde paylar bazı küsurlu rakamlarla ifade edilir. Bu küsurlu rakamların devralan şirkette bu değerde veya bu değer katları şeklinde pay bulmak ise çok zordur. Oysa küsuratlar yani uygulamada kuruş olarak belirtilen rakamlar nakit olarak ortaklara ödenirse birleşmenin uygulanması kolaylaşır. İşte nakit olarak ödenen bu küsuratlar toplamı denkleştirme akçesini ifade eder. Ancak yeni Ticaret kanunu denkleştirme akçesinin verilen payın gerçek değerinin onda birini aşamayacağını hüküm altına alarak bir sınırlama getirmiştir.

AYRILMA AKÇESİ

Yeni Ticaret kanunumuzun 141. maddesinde ise türk hukukunda ilk defa birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara alternatif olarak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi önerilebileceği hükme bağlanmıştır. Tabii burada da inkanın devrolunan şirket ortaklarının yanı sıra devralan şirket ortaklarına da tanınıp tanınmayacağı sorusu da akla gelmektedir. Ancak kanaatimizce bunun hem devralan hem de devrolunan şirket ortakları açısından değerlendirmek kanunun amacına uygun olacaktır. Her ne kadar madde metninde bir açıklık yoksa da, gerekçede vurgulandığı üzere bu son hükmün yeni kanunun 151. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla 141/2 kapsamında şirkete çıkarma yetkisi veren bu madde sadece yüzde doksan oranında bir çoğunluk kararıyla ve geriye kalan %10 oranındaki payı temsil eden ortaklar bakımından kullanılabilir¹⁷.

Ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Karşılık olarak başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul değeri, meselâ değiştirilebilir tahvil verilebilir. Böylece, üç köşeli birleşmelere de kanunen olanak tanınmış olmaktadır. Ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek yedeklerden alınması, yoksa sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerekir. Bütün ortakların ya da çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir. Ancak gerekçede bu durumun bir sakınca olarak değil, pay sahipleri demokrasisinin gereği olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yönetim, ortakların çoğunluğunun veya somut olayın özelliklerine göre karşı konulamayacak ağırlıkta azınlığın muhalefetine rağmen birleşmeyi yürütmeye girişmemelidir. Özellikle, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde bu soruna önem verilmeli, görüşler ve hassasiyetler özenle değerlendirilmeli, azınlığın menfaatlerini feda eden birleşmeler engellenmelidir.

Hükümde, kaynaktan bilinen açık bırakılmış ve şirkete geniş hareket alanı bırakılmış bulunan ayrılma akçesinin kapsamı (miktarı) konusunda kesin tavır alınmış, ayrılma akçesinin gerçek değere denk gelmesi net bir şekilde öngörülmüştür. Çünkü kaynak İsviçre kanunundaki belirsiz "bir karşılık" ibaresi, hukuk güvenliği yönünden tehlikeli bulunmuştur. "Gerçek değer" ise, tanımlanmayıp uygulamaya bırakılmıştır. Ancak gerçek değer hesaplanmasında "yaşayan bir şirket"in esas alınması ratio legis gereğidir.

¹⁷ Kendigelen, a.g.e., s. 115.

ORTAK HÜKÜMLER DENKLEŞTİRME DAVASI (md. 191)

Yeni Kanun ortak hükümler başlığı altında 191. maddede ise ortaklık hakkının gereği gibi korunmadığını veya ayrılma akçesinin uygun belirlenmediğini düşünen her ortak için kararın TTSG'de ilanından itibaren iki ay içinde mahkemeden uygun bir denkleştirme akçesi belirlenmesi ve ödenmesini talep edebilir hükmünü içermektedir. Gereğe göre bir zararın karşılığı olmayan, doğrudan mahkeme tarafından belirleneceği belirtilen bu denkleştirme akçesinin hesaplanmasında 140. maddenin 2. fıkrası uygulanmayacaktır¹⁸.

Denkleştirme davası olarak da adlandırılabilir bu dava hakkının kullanımı kolaylaştırılmış ve ilke olarak davanın giderlerinin devralan şirket tarafından ödeneceği hükmüne bağlanmış, bununla birlikte mahkemece özel durumlara dikkate alınarak, giderlerin kısmen veya tamamen davacıya yükletilebileceği de kabul edilmiştir. Ayrıca bu dava birleşme veya bölünme işlemlerine katılan şirketlerin herhangi birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılabilir. Denkleştirme talebine yönelik bu davanın açılması birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemeyecektir.

Usul hukuku bakımından ilginç olan düzenleme ise dava sonunda elde edilecek kararın, davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları halinde birleşmeye veya bölünmeye katılan şirketler ile tür değiştiren şirketin diğer ortakları hakkında da hüküm doğuracak olmasıdır. Böylece gerekçede de belirtildiği gibi Türk hukukunda ilk defa bir mahkeme kararının olumlu etkisini aynı konumdaki kişilere de yansıtan bir dava türü ihdas edilmiştir. Gerekçede bu dava grup davası olarak nitelendirilmiştir ancak teknik olarak burada kesin hükmün nispi etkisine ilişkin HMK 303. maddesine bir istisna getirilmiştir¹⁹.

Ayrıca bu dava hakkının sadece ortaklara tanındığı hükmün lafzından intifa senedi sahiplerinin bu tür davayı açmaları mümkün gözükmemektedir.

İPTAL DAVASI (md. 192)

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin TK'nın 134 ila 190. Maddelerinin ihlali halinde, ilgili karara olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirtmiş bulunan ortaklara, kararın ticaret sicil gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde iptal davası açma hakkı tanınmıştır. 192. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde 2 aylık hak düşürücü sürenin ilanın gerekmediği hallerde tescil tarihinden itibaren başlayacağı hükmüne bağlanmışsa da ilana ilişkin 35/3 genel hükmü gerekse de 154, 189/2'deki özel hükümlerde de ilan zorunluluğu öngörüldüğü için bu maddenin hangi durumlarda uygulanacağı sorusu akla takılmaktadır²⁰.

192. maddenin 2. fıkrasına göre birleşme veya bölünme kararının bir yönetim organı tarafından verildiği hallerde ise doğrudan bu karara karşı iptal davası açılacaktır. Ancak yeni Ticaret Kanunu genel kurul veya ortaklar kurulu kararlarına karşı iptal davaları için 3 aylık süre öngörmüştür. Ancak birleşme, bölünme olunca bu süre 2 aya düşürülmüştür. Mehzaz İsviçre hukukunda genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı da 2 ay olduğu için orada birleşme ve bölünmeye karşı da 2 aylık süre öngörülmesi tutarlık bizde ayrı bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır.

SORUMLULUK DAVASI (md. 193)

Sadece ortakları değil aynı zamanda alacaklıları da koruma amaçlı öngörülen dava hakkı ise işlemlere herhangi bir şekilde katılmış bulunan kişilere karşı açılabilir sorumluluk davasıdır. Maddenin kaynağı; İBirk'nın 105. maddesi ile 78/855 sayılı Yönergenin 22 (1) inci maddesidir.

¹⁸ Kendigelen, a.g.e, s. 141.

¹⁹ Kendigelen, a.g.e., s.142.

²⁰ Bu yönde bkz. Kendigelen, a.g.e, s. 142.

Ortak ve alacaklıların yanı sıra sorumluluk davasının yapılan işleminden zarar gören ilgili şirket tarafından da açılması mümkündür. İlgililerin ancak kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu tutulacakları açıkça öngörülmüştür. Burada 193. maddede ortak ve alacaklılara tanınan bu talep hakkının sadece doğrudan uğranılan zararlara ilişkin mi olduğu, yoksa dolayısıyla uğranılan zararlar nedeniyle de özellikle şirket alacaklılarının dava açıp açamayacakları ve yapılan bu özel düzenlemenin sermaye şirketlerinde hukuki sorumluluğa ilişkin 549. vd. hükümleriyle ne kadar uyumlu olduğu sorunları da göze çarpmaktadır. 549. maddede işleme katılanlar ifadesi yer aldığı için kanaatimizce 193. maddenin 549. madde ile birlikte yorumlanması dolaylı uğranılan zararlara ilişkin de sorumluluk davasının açılabilmesi düşünülmektedir. Zira kanun o işleme katılması şartını aramaktadır.

ALACAKLARIN TEMİNAT ALTINA ALINMASI

Alacakların korunması yeniden yapılandırma modellerinin tamamında görülen bir düzenlemedir. Birleşmede 157. madde, bölünmede 174 ve 175. maddelerde, tür değiştirmede de 190. madde çerçevesinde düzenlemeler mevcuttur.

Birleşmede alacaklıların korunması konusu mevcut kanunumuzun 150. maddesinde alacaklıların birleşmeye itiraz hakları başlığı ile düzenlenmiştir. Maddeye göre birleşen şirketlerin alacaklılarından herbiri ilan tarihinden itibaren 3 ay içinde yetkili mahkemeye başvurarak birleşmeye itiraz edebilir. Birleşmenin hüküm doğurabilmesi için de işbu itirazın kaldırılması şarttır. Anonim şirketler bakımından da md. 451'e göre devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri, alacaklılara karşı, infisah eden şirket malvarlığının ayrı yönetileceği hususunda şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Yeni ticaret kanununda ise birleşmeye katılan ortaklıkların alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay içinde talepte bulunurlarsa devralan ortaklığın bunların alacaklarını güvence altına alacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak güvencenin niteliğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Dolayısıyla yeni düzenleme ile alacaklılara sadece teminat talep etme hakkı verilmekte mevcut düzenlemede olduğu gibi birleşmeye itiraz hakkı verilmemiştir. Birleşmeye katılan şirketler, bu konuda yapılacak ilanlarla alacaklılarını bilgilendirmekle yükümlüdür. Bir işlem denetçisi raporuyla şirket malvarlıklarından karşılanamayacağı bilinen bir alacağın bulunmadığı veya böyle bir alacak istemi beklenmediği tespit edilirse ilan yükümlülüğü ortadan kalkacağı gibialacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediği ispat edilirse bu durumda da teminat verme yükümlülüğü sona erecektir. Yükümlü şirket diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde teminat göstermek yerine borcu ödemeyi tercih edebilir²¹.

Birleşmeye paralel olarak bölünmede de alacaklılara sadece teminat talep etme hakkı tanınmıştır. Alacaklılar mevcut kanunun 397. maddesine göre bölünmeden haberdar edilecek ve alacaklarını bildirmeye ve güvence verilmesi için talepte bulunmaya çağırılacaklardır. Yeni Kanunumuzda ise bölünmeye katılan ortaklıkların alacaklıları, Türkiye ticaret sicili gazetesine ile ortaklık sözleşmesinde öngörülen gazetelerde üç kez yapılacak ve web sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirerek güvence verilmesi için talepte bulunmaya çağırılırlar. Buna karşılık alacaklılara tanınan bu teminat talep etme hakkı, birleşmeden farklı olarak bölünmede, bölünme işlemlerinin tamamlanmasından sonra değil, henüz bu işlemler tamamlanmadan, özellikle bölünmeye ilişkin olarak genel kurul karar vermeden önce kullanılacaktır. Zira bölünme sözleşmesi veya planı genel kurulun onayına ancak 175. maddede belirtilen bir teminatın sağlanmasından sonra sunulabilir.

²¹ Kendigelen, a.g.e., s. 120-121.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeni Ticaret Kanunumuz ile birleşmenin ana yapısında ve kurgusunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte birleşme ve devralma konuları çok daha detaylı ve uygulamadaki problemleri dikkate alarak dikkatlice hazırlanmış düzenlemeler içermektedir. Ancak gerek bütünlük gerekse de diğer kanunlar ile paralellik arzemesi açısından ileride uygulamada bazı problemlerin de çıkma ihtimaline ilişkin endişeler de mevcuttur. Ancak genel hatlarıyla yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırıldığını; birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan, işbu unsurların birleşmenin gerçekleşmesini zorlaştıran veya imkansızlaştıran birer unsur olmalarını engelleyen bir denge sağlamaya çalıştığını söyleyebiliriz.

ORTAK HÜKÜMLER (md. 191 - md.193)

Her ne kadar konumuz sadece birleşme, devralma ve bölünme ile sınırlı olsa da söz konusu ortak hükümler hem birleşme hem bölünme hem de tür değiştirmeyi de içine alan tüm yeniden yapılandırma modellerinde uygulama alanı bulacak düzenlemelerdir. Hem ortaklara hem de alacaklılara bazı talep ve dava hakları verilerek korumaya sağlanmaya çalışılmıştır.

Yeni düzenlemeye göre birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık payının ve ortaklık hakkının gereğince korunmaması veya ayrılma karşılığının (ayrılma akçesi) uygun belirlenmemiş olması durumunda her ortak birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararının Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden uygun bir denkleştirme akçesi belirlenmesini talep edebilir. Böyle bir durumda değişim oranında ortaklık paylarının gerçek değerinin 1/10'unu aşamayacağını belirten 140. maddenin 2. fıkrası uygulanmaz (md. 191/1). Davanın giderleri devralan şirkete aittir (md. 191/2). Ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez (md. 191/4).

Burada 191. maddenin 2. fıkrası ilginçtir. Düzenlemeye göre davacı ile aynı durumda bulunmaları halinde mahkeme kararı, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğurmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda ilk defa lehe sonuçlanan bir mahkeme kararının aynı konuda olan diğer kişilere de yansıtan bir dava türü ortaya çıkmaktadır. Bu dava türü gerekçede "grup davası" olarak nitelendirilmiştir. Bu isimlendirme burada teknik anlamda bir grup davası olmadığı zira burada kesin hükmün nispi etkisine ilişkin kurala (HMK 303) bir istisna getirildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir²².

Birleşme ve Bölünmenin İptali ve Eksikliklerinin Sonuçları (md. 192)

Yeni Ticaret Kanunu'nun 192. maddesinde birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin 134 ila 190. maddelerinin ihlali halinde, ilgili karara olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirtmiş bulunan ortaklara, kararın Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde iptal davası açma hakkı tanınmıştır. İlanın gerekmediği hallerde ise süre tescil tarihinden başlayacaktır (md. 192/1).

Her ne kadar iptal davası açmak için öngörülen iki aylık hak düşürücü srenin ilanın gerekmediği hallerde tescil tarihinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmışsa da gerek birleşme bakımından 154. maddede gerek tescil edilen tüm hususların ilanı

²² Eleştiri için bkz. **Kendigelen**, a.g.e., s. 142. Yazara göre bu madde ile dava hakkı sadece ortaklara tanındığından, örneğin intifa senedi sahiplerinin hükmün lafzı karşısında bu tür bir davayı açmaları mümkün görünmemektedir. Benzer eleştiri için bkz. **Al Kılıç**, a.g.e., s. 204.

emreden 35. maddenin üçüncü fıkrasında ilan zorunluluğu öngörüldüğü için bu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur²³.

Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi halinde de bu dava açılabilir (md. 192/2). Ancak birleşme bölünme işlemlerinde herhangi bir eksiklik varsa mahkeme taraflara bunun giderilmesi için süre verecek ve söz konusu sakatlık verilen sürede giderilemiyorsa mahkeme kararı iptal edecek ve gerekli önlemleri alacaktır (md. 192/3).

Sorumluluk (md. 193)

Sadece ortakları değil, alacaklıları da koruma altına almak amacıyla düzenlenen 193. madde hükmüne göre birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Dolayısıyla yapılan işlemde zarar gören şirket tarafından açılması da mümkündür (md. 193/1). Maddenin ikinci fıkrasında da denetleyicilerin de vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlenmektedir.

İşbu madde de düzenlenen zararın doğrudan uğranılan zararlara ilişkin mi olduğu, yoksa dolaylı bir şekilde zarar gören şirket alacaklılarının da böyle bir talep hakkı olup olmadığı ve bu özel düzenlemenin md. 549 vd. hükümleriyle ne kadar uyumlu olduğu sorunları da tartışmaya açık gözükmektedir²⁴.

Ticari İşletme ile İlgili Birleşme (md. 194)

Her ne kadar işbu madde aynı zamanda tür değiştirmeyi de düzenlemiş olmasına rağmen bizler konumuzun sınırı gereği sadece birinci fıkrasında düzenlenen birleşme ile ilgili hükmüne değineceğiz.

Tasarıyı kalem alan komisyon tarafından gerek görülmediğinden, ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme konusunda mehz İsviçre hukukundan tasarıya herhangi bir hüküm aktarılmamasına rağmen Adalet Komisyonu bu alanda doğacak muhtemel boşluğu önlemek amacıyla konuya ilişkin yeni bir madde kabul etme ihtiyacını duymuş ve son tasarrufların 189 ile 190. maddelerinin bir arada toplanmasından kaynaklanan boşluğa md. 194 hükmünü yerleştirmiştir²⁵.

İşbu hükmün birinci fıkrasına göre bir ticari işletme, bir ticaret şirketi tarafından devralınması suretiyle ticaret şirketi ile birleşebilir. Bu durumda devralan şirketin türüne göre birleşmeye ilişkin bazı hükümler kıyasen uygulanacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeni Ticaret Kanunu ile birleşmenin ana yapısında ve kurgusunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte birleşme ve devralma konuları çok daha detaylı ve uygulamadaki problemleri dikkate alarak dikkatlice hazırlanmış düzenlemeler içermektedir. Günün ihtiyaçlarına uygun olarak bölünme kavramı da ayrıntılı bir şekilde ilk defa maddi hukuk bakımından incelenmiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırılmasıyla birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan, işbu unsurların birleşmenin gerçekleşmesini zorlaştıran veya imkansızlaştıran birer unsur olmalarını engelleyen ve birleşme ve bölünmeye taraf olanların herbirinin menfaatlerini sağlamaya yönelik bir denge sağlama çalıştığı söylenebilir.

²³ Kendigelen, a.g.e., s. 143.

²⁴ Kendigelen, a.g.e., s. 144.

²⁵ Kendigelen, a.g.e., s. 145.

BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SORUMLULUKLARININ SINIRLANDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak bu sorumluluğun sınırlandırılması konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu çalışmanın amacı, söz konusu müteselsil sorumluluğun şartlarının ve bu sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Kelimeler: Ticaret şirketleri, anonim şirket, bölünme, alacaklı, müteselsil sorumluluk

ABSTRACT

In so far as a creditor of the company to which the obligation has been transferred in accordance with the draft terms of division has not obtained satisfaction, the recipient companies shall be jointly and severally liable for that obligation (Art. 176 of TCC No. 6102). But this liability is not limited. The subject of this study is explaining the said article and determining whether it is possible to limit the liability.

Keywords: *Company, joint stock company, demerger, division, creditor, joint and several liability*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) birleşme, bölünme ve tür değiştirme ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere birleşmeden farklı olarak bölünme, bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılarak bölünmeye katılan şirket veya şirketlere intikal etmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Malvarlığının bölümlere ayrılarak intikalinin alacaklılar açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek olması bölünmede alacaklıların, diğer yeniden yapılanma modellerine nazaran daha etkili bir şekilde korunmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim TTK m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve TTK m. 168/f. 3'de de tam bölünmede, bölünme planı/sözleşmesinde herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeyen katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir hükme yer veril-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

memiştir. Bu nedenle ilk bakışta alacaklılar açısından elverişli görünen bu hükümler, müteselsil sorumluluğa başvurulmasının gerekli olması halinde müteselsilen sorumlu şirketler, bu şirketlerin pay sahipleri ve alacaklıları açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu bağlamda özellikle sorumluluğun zaman veya miktar itibarıyla sınırlandırılmamış olması, 82/891/EEC sayılı Yönergeyi¹ uyarlayan ülkelerde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buradan hareketle aşağıda alacaklıların, pay sahiplerinin ve şirketlerin menfaatleri arasındaki denge dikkate alınarak bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluklarının sınırlandırılması konusu değerlendirilecektir.

I. BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN İKİNCİ DERECEDEDEN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

Kaynak Birleşme Kanunu² m. 47'den³ alınan TTK m. 176'da;

“ (1) Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci dereceden sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci dereceden sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

(2) İkinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için alacağın teminat altına alınmamış ve birinci dereceden sorumlu şirketin,

a) İflas etmiş,

b) Konkordato süresi almış,

c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,

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

e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması gerekir” hükümlerine yer verilmiştir⁴.

Bu maddede bölünmeye özgü ifa tehlikelerinin telafi edilmesi amacıyla, devralan şirket tarafından ifa edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin

¹ 82/891/EEC sayılı Yönerge (Official Journal L 378, 31.12.1982, s. 0047-0057) aşağıda *Bölünme Yönergesi* olarak anılacaktır.

² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (*Fusionsgesetz, FusG*), SR 221. 301. Bu Kanun Birleşme Kanunu olarak anılacaktır.

³ Birleşme Kanunu'nun 47. maddesine, bu Kanuna ilişkin Öntasarı'nın (Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997, *V-FusG*) 59. maddesinde yer verilmişti. Öntasarı'daki bu düzenleme gereksiz olduğu, yapısal olarak uygun düşmediği ve sınırsız bir şekilde öngörülmüş olan sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir (*Meier-Schatz*, C.: *Fusionsgesetz*, Zürich 2000, s. 26). Bununla birlikte bu hüküm Birleşme Kanunu m. 47'de aynen korunmuş ve Birleşme Kanunu'nun Gereğesinde söz konusu eleştirilere herhangi bir yanıt verilmemiştir.

⁴ Bölünme Yönergesi'nde, bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin olarak önerilen koruma modelleri için bkz. *Çoştan*, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara 2009, s. 242 vd. Kaynak Birleşme Kanunu m. 47'nin (TTK m. 177), Bölünme Yönergesi'ne uygunluğu hakkında bkz. *Çoştan*, H.: Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010, s. 192 vd. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 241.

ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvurunun şartları hükme bağlanmıştır⁵.

B- Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Korunan Alacaklılar

TTK m. 176'nın lafzına ve Gerekçedeki açıklamaya⁶ göre müteselsil sorumluluğun uygulama alanı, *bölünme yoluyla devredilip ifa edilmeyen yükümlülükler* ile sınırlandırılmıştır. Bir başka ifadeyle ikinci derecede sorumluluk, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülükleri ile devralan şirketin bölünme öncesinde doğmuş eski yükümlülükleri için geçerli değildir.

Kısmen bölünen şirketin bölünme planı veya sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülüklerinin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmış olması isabetli değildir. Zira kısmi bölünmede malvarlığı bölümlerinin devredilmiş olması, kısmen bölünen şirkette kalan borçların ifası için başvurulabilecek malvarlığını azaltmaktadır⁷. "Bölünme planı veya sözleşmesi ile tahsis edilmiş yükümlülükler" ifadesinin lafzi yorumu, kısmi bölünmede devreden şirkette kalan yükümlülükleri kapsamamakla birlikte, amaçsal yorum yöntemi ile bu yükümlülükler de hükmün uygulama alanı içinde değerlendirilmelidir⁸. Bölünme nedeniyle kısmen bölünen şirketin malvarlığında meydana gelen azalma, devredilmeyen borçların alacaklılarını olumsuz etkilediği için farklı bir çözümün kabul edilmesi mümkün değildir⁹. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketler, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmemiş yükümlülükleri için de ikinci dereceden müteselsilen sorumlu olmalıdır¹⁰.

TTK m. 176'da (FusG m. 47) *devralan şirketin bölünmeden önce doğan eski borçları da* ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Öğretide bu hususta yeni alacaklıların eklenmesi ve devralanan malvarlığı bölümünün pasif değerlerinin aktiflerden fazla olmasının devralan şirketin malvarlığını olumsuz etkileyebileceği¹¹, dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklıları için risk teşkil edeceği

⁵ Kaynak FusG m. 47'nin gerekçesi için bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertargung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 (BotschftFusG), 4442 ve 4443; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997 (BgltrchtV-FusG), s. 52; Ehrat, F./Colombini, M.: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005], m. 47 N. 1.

⁶ Gerekçede de "...Bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen ortaklığın bazı borçları, bölünmeye katılan ortaklıklardan birine devredilmiş ise yani o borç devralan ortaklık tarafından ödenecekse, fakat ödenmemişse bölünmeye katılan ortaklıklar bu ödenmeyen borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar..." açıklamasına yer verilmiştir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Gereke ve Madde Gerekeçleri, TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 96 (Gereke), s. 130).

⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 10.

⁸ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone, H./Gersbach, A./Kessler, F./Dietrich, M./Berlinger, K.: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 658; Glanzmann, L.: Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006, N. 589.

⁹ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658.

¹⁰ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658; Beretta, P.: Strukturanpassungen/Fusion-Spaltung-Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006, s. 288. Bu yorum Bölünme Yönergesi'ne de uygundur (Çoştan, Alacaklıların Korunması, s. 245-246).

¹¹ Malacrida, R.: Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123, s. 53; BotschftFusG, 4441.

dile getirilmektedir¹². Ancak bu riskin devralan şirkette yapılması gereken aynı sermaye denetimi vasıtasıyla ve devralan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun sınırlandırılması vasıtasıyla önlenmesi mümkündür¹³. Dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklılarının bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla korunmasına gerek olmamalıdır. Devralan şirketin bölünmenin ilânından önce doğan yükümlülüklerinin müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması, alacaklıların korunmasında aşırılığa kaçılmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan bölünmeye katılan şirketlerin bölünen şirket dışındaki şirketlerin eski borçlarından da ikinci dereceden müteselsil sorumlu tutulması, bölünmenin tercih edilen bir yeniden yapılanma modeli olarak uygulamada işlerliğine engel teşkil edebilecektir. Bölünen şirketin alacaklılarının kural olarak daha fazla korunmaya muhtaç olduğu kabul edilmelidir¹⁴.

C- Birinci ve İkinci Dereceden Sorumlu Şirketler

TTK m. 176'ya göre bölünme planı/sözleşmesi ile yükümlülüğün devredildiği şirket *birinci dereceden* sorumlu şirkettir.

Birinci dereceden sorumlu şirket dışında bölünmeye katılan diğer şirketler *ikinci dereceden* sorumludur. Daha açık bir ifadeyle tam bölünmede, yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketler ikinci dereceden sorumludur. Kısmi bölünmede ise ikinci dereceden sorumlu şirketler, kısmen bölünen şirket ile yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketlerdir.

TTK m. 176'da borcu devralan şirket dışındaki şirketlerin müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla borcu devralan şirket ile diğer şirketler arasında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunmamakta, ikinci dereceden müteselsilen sorumlu tutulan şirketlerin bu sorumluluğu feri borç niteliği taşımaktadır¹⁵.

D- İkinci Dereceden Müteselsil Sorumlu Şirketlere Başvuru

a- Kapsam

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilânından önce doğmuş olmalıdır¹⁶. Alacaklıların talebinin sözleşmeden veya kanundan

¹² *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 7.

¹³ *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 236.

¹⁴ *Stratz*, R.: Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/Hörtnagl/Stratz*, München 2006], m. 22 N. 24; *Hommelhof*, P./*Schwab*, M.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: *Lutter/Winter*, C.I, Köln 2004], m. 133 N. 144. Karşı görüş ise alacaklıların korunmasında yaratılan bu tür bir farklılığın devralan şirketin eski alacaklılarının teminat vasıtasıyla korunuyor olması ve bölünmenin kendileri için nispeten daha az tehlike arz etmesi ile açıklanamayacağı yönündedir (*Meier-Schatz*, C.: *Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999*, s. 555). Birleşme Kanunu m. 47/f. 1'in (TTK m. 176) asıl amacının ikinci dereceden sorumluluğun devredilen alacaklar ile sınırlandırılması olmadığı, birinci ve ikinci dereceden sorumlu şirketlerin belirlenmesi olduğu görüşü için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 6.

¹⁵ Hem birinci dereceden sorumlu şirketi hem de diğer ikinci dereceden sorumlu şirketleri kapsaması bakımından müteselsil sorumluluk iki yönlüdür (*Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 14).

TTK m. 176'da müteselsil borç ve müşterek borcun birbirine karıştırıldığı görüşü için bkz. *Moroğlu*, E.: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı*, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 96.

¹⁶ *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 660.

doğmuş olması ya da aynı nitelik taşıması fark yaratmamaktadır¹⁷. Bu alacakların TTK m. 175 (FusG 46) uyarınca bildirilmiş olması da gerekli değildir¹⁸. Bir başka ifadeyle alacaklıların bildirimde bulunmamış olması, asli borçlunun değişmesine onay verdikleri anlamını taşımamaktadır¹⁹.

TTK m. 176/f. 2'deki (FusG m. 47/f. 2) şartların gerçekleşmesi ile birlikte alacaklı borcun tümünü veya bir kısmını (BK²⁰ m. 162/f. 1), ikinci dereceden sorumlu şirketlerin herhangi birisinden talep edebilecektir²¹.

b- Başvuru Şartları

İkinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulabilmesi için, birinci dereceden sorumlu şirket tarafından ifa edilmeyen yükümlülük, TTK m. 175 uyarınca teminat altına alınmamış olmalı ve birinci dereceden sorumlu şirket fiilen takip edilememeli veya takip önemli derecede güçlük arz etmelidir. Teminat altına alınmamış olan alaktan²² dolayı ikinci dereceden sorumlu şirketlerin takip edilebilmeleri için birinci dereceden sorumlu şirketin,

- a) İflas etmiş,
- b) Konkordato süresi almış,
- c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
- d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya
- e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple takibi önemli derecede güçleşmiş

olması gerekmektedir (TTK m. 176/f. 2; FusG m. 47/f. 2)²³.

Teselsül birinci dereceden sorumlu şirket muaccel hale gelmiş alacağı ödemediği için temerrüde düşürüldüğü anda doğacağı için, zamanaşımını kesen fiiller de bu andan itibaren BK m. 155/f. 1 (OR m. 136/f. 1) uyarınca diğer müteselsil sorumlu şirketler bakımından etkisini gösterecektir²⁴.

¹⁷ *Jugeli, G.*: Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006, s. 112 vd..

Hemen belirtelim ki rekabet yasağı gibi yapmama yükümleri bakımından müteselsil sorumluluğun kapsamının sınırlandırılması gerekmektedir. Bu hususta yapmama yükümlünün konusu olan kaynakların bölünmeye katılan şirketlerden hangisine tahsis edildiği sorusu belirleyici olmalı ve yapmama yükümlünü ihlâl edebilecek konumda olmayan şirketlerden ifa talep edilmemelidir (*Jugeli, s. 116*). Bir taraftan alacaklının ifa menfaatinin korunması, diğer taraftan alacaklının korunmasında aşırılığın önlenmesi amaçları bu tür bir istisnayı zorunlu kılmaktadır (*Jugeli, s. 117*).

¹⁸ *Beretta, s. 288*.

¹⁹ *Beretta, s. 289*.

²⁰ 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S.27836) hükümlerine atf yapılmıştır.

²¹ *Ehrat/Colombini, m. 47 N. 14; Affentranger, M.*: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 47 N. 1.

²² Kısmi teminatın varlığı halinde, teminata bağlanmamış kısım için bu hükme başvurulabilecektir (*von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658–dn. 348*).

²³ Birleşme Kanunu'nun sınır aşan bölünmelere ilişkin hükmünün TTK'ya aktarılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. *Kendigelen, A.*: Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 40.

²⁴ *Beretta, s. 289*.

c- Rücu

TTK m. 176'da müteselsilen sorumlu şirketler arasındaki rücu ilişkisi, düzenlenmemiştir²⁵.

Borcu ifa eden ikinci dereceden sorumlu şirket, yerine getirdiği edimin tümünü birinci dereceden sorumlu şirkete rücu edebilecek, birinci dereceden sorumlu şirkete karşı takip yapılamaması veya yapılan takibin sonuçsuz kalması halinde ise rücu talebi ikinci dereceden sorumlu şirketlere yöneltilebilecektir²⁶.

Borcu ödeyen ikinci dereceden sorumlu şirketin diğer ikinci dereceden sorumlu şirketlere ne şekilde rücu edeceği bölünme planı/sözleşmesinde düzenlenmemiş ise, rücu TTK m. 168/f. 1'e (FusG m. 38/f. 1) kıyasen bölünme çerçevesinde tahsis gerçekleşen net malvarlığına göre gerçekleştirilmelidir. Bu durumda BK m. 167/f. 1'in (OR m. 148/f.1) müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya ödenen miktardan birbine eşit paylardan birini üzerine almak zorunda olduğu yolundaki hükmün bölünmede uygulanmayacağı açıktır²⁷.

E- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 176 uyarınca ikinci dereceden müteselsil sorumluluk zaman ve miktar itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Sınırlandırmanın gerekli olup olmadığı ve hangi yöntemler ile sınırlama yapılabileceği değerlendirilmelidir.

a- Sınırlandırmanın Gerekliliği

Bölünen şirketin alacaklıları açısından bakıldığında sorumluluğun sınırlandırılmasının isabetli olmayacağı açıktır. Ancak sorumluluğun sınırlandırılması meselesinde bölünen şirketin alacaklılarının menfaatleri ile bölünmeye katılan şirketlerin menfaatleri arasında denge sağlanması zorunludur.

TTK m. 176'da öngörülen sorumluluğun sınırlandırılmaması, bölünmeye katılan şirketlerin mali durumunu ve bölünmeye katılan şirketlere yatırım yapmayı düşünen yatırımcıların kararlarını olumsuz etkileyebilecektir. Şöyle ki bölünmeye katılmış olan şirketlerden birisine yatırımda bulunan yatırımcı, bu yatırımı ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin bir kısım pasiflerini ve bunlara bağlı riskleri de üstlenecektir²⁸. Bir başka ifadeyle hangi riskleri göze aldığı bilmesi gereken yatırımcının göstermesi gereken özen yükümü bölünmeye katılan diğer tüm şirketleri de kapsayacak²⁹, aksine bir tutum yatırımcının özensiz hareket etmiş olmasına yol açabilecektir³⁰. Çevre sorumluluğu ve ürün sorumluluğu gibi bilâncoda yansıtılmayan risklerden doğan sorumlulukların da gerçekleşmesinin olasılık dahilinde olduğu dikkate alındığında, yatırımcının neredeyse hiç bir şekilde ilgilenmediği şirketler hakkında göstermesi gereken özen yükümünün zaman ve masraf kaybına yol açacağı da ortadadır³¹. Sonuç olarak

²⁵ Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3 ve f. 7'de, ikinci dereceden sorumlu şirketlerin bu sorumluluklarının kendilerine intikal eden net malvarlıkları ile sınırlandırılmasına izin verilmiştir.

²⁶ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁸ Binder, A.: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005, s. 11.

²⁹ Binder, s. 11.

³⁰ Binder, s. 11.

³¹ Binder, s. 11.

bölünmenin yatırımcılar üzerindeki etkileri, şirketlerin bölünme yerine başka yapılanma modellerini tercih etmesine yol açabilecektir³².

Diğer taraftan sorumluluğun sınırlandırılmamış olması bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları ve pay sahipleri açısından da olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

b- Sınırlama Yöntemleri

ba- Zaman İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da (FusG m. 47) müteselsil sorumluluk zamanaşımına tabi kılınmamıştır. Bu nedenle ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının kural olarak Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir³³. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bu durum birçok olumsuz sonuca yol açabilecektir.

i- Amaçsal İndirgeme Yolu ile Sorumluluğun Sınırlandırılması Görüşü

Öğretide TTK m. 176'nın kaynağı olan FusG m. 47'nin lafzının, kanunun genel amacı dikkate alınarak amaçsal indirgemeye tabi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmektedir³⁴. İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun amaçsal indirgeme yoluyla zamanaşımına tabi kılınmasını savunan *Binder*, konuyla ilgili görüşlerini Alman hukukunda bölünmede müteselsil sorumluluğun zamanaşımına tabi tutulmuş olmasını, Bölünme Yönergesi'ne uygun sayan görüşlere³⁵ dayandırmaktadır³⁶. Yazar karşılaştırmalı hukukun da amaçsal indirgemenin gerekliliğine işaret ettiğini ifade etmektedir³⁷.

³² *Binder*, s. 12.

³³ *Binder*, s. 10.

³⁴ *Binder*, s. 33.

³⁵ Alman hukukunda Bölünme Yönergesi'nin müteselsil sorumluluğun miktar itibariyle sınırlandırılmasına izin verdiği, bu nedenle zaman itibariyle sınırlamanın da Yönergeye uygun olacağı görüşü savunulmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8; *Hörtnagl*, R.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/ Hörtnagl/ Stratz*, München 2006], m. 133 N. 1). Sorumluluğun devredilen net aktif miktarı ile sınırlandırılmasına izin veren Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3, açıklayıcı hüküm olarak nitelendirilmekte ve bölünmeyi düzenleyen hükümlerin geneli itibariyle uygun bir alacaklı korunmasının sağlandığı hallerde, miktar dışındaki sınırlamaların da Yönergeye aykırı düşmeyeceği ileri sürülmektedir (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8). Dolayısıyla uzun vadeli yükümlülüklere karşılık teminat istenebileceği için müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8).

Müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye uygun olmadığı yönünde bkz. *Maier-Reimer*, G.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: *Semler/Stengel*, München 2003], m. 133 N. 8.

³⁶ Bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğunun sınırlandırılmasında, Alman hukukunun örnek gösterilmesi bize göre isabetli değildir. Zira Türk ve İsviçre hukuklarında bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, Alman hukukunda ise bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s.128; *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 241 vd.

³⁷ *Binder*, s. 36.

Binder ayrıca amaçsal indirgemede gerek içerik gerekse sistematik bakımdan FusG m. 75³⁸ ve OR m. 181'in (karş. BK m. 202)³⁹ kıyasa elverişli hükümler olduğunu, kıyasa uygun hükümler arasında yer alan OR m. 591'in (karş. TTK m. 264) ise içerik itibariyle tam bir uygunluk arz etmediğini, belirtmektedir⁴⁰. İsviçre hukukunda şirket borçlarından dolayı ortakların kişisel sorumluluğunu ayrılma ve fesih hallerinde 5 yıl (OR m. 591) ve yeniden yapılanmada ise 3 yıl (FusG m. 26/f. 2) ile sınırlandıran kanun koyucunun iradesinin yeniden yapılanmada müteselsil sorumluluğun 3 yıl ile sınırlı olması yönünde olduğu da dile getirilmektedir⁴¹. Öğretide diğer yazarlar da FusG m. 47'nin (TTK m. 176) amaçsal yorumunun, müteselsil sorumluluğun FusG m. 48'de (TTK m. 158, 177) olduğu gibi 3 yıl süreyle sınırlandırılmasına imkan verdiği görüşündedir⁴².

ii- Değerlendirme

Bölünme Yönergesi'nde müteselsil sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması düzenlenmemiştir. Bu nedenle sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının isabetli olmadığı düşünülebilir. Ancak TTK m. 158 ile 177'de⁴³ ve BK m. 202'de sorumluluk zamanaşımı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması, Türk hukuk sistemine uygun düşmektedir. Bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, mehz İsviçre hukukunda da savunulduğu üzere, amaçsal indirgeme yolu ile sınırlandırılmalıdır.

Amaçsal indirgeme yoluyla ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması için kıyasa elverişli hükümler belirlenmelidir. Ticari işletme veya malvarlığının devrinde devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımını hükme bağlayan BK m. 202 kanımızca kıyasa elverişli değildir. Zira TTK m. 176'da düzenlenen devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu değil, bölünmeye katılan şirketlerin ferî sorumluluğudur. TTK m. 177 ve 158'de de bölünmeden önce şahsen sorumlu olanların sorumluluklarının ferî borç şeklinde düzenlendiği dikkate alındığında, kıyasa elverişli hükmün TTK m. 177'nin atfıyla m. 158 olduğu kabul edilmelidir.

³⁸ Bu maddede malvarlığı devrinde devredilen borçlardan dolayı devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

³⁹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya ticari işletmenin devri başlığını taşıyan 181. maddesi (BK m. 202), FusG m. 109 ile değiştirilmiştir. Buna göre malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden, ilâdan itibaren devralan ile birlikte müteselsil sorumluluğunda süre üç yıla çıkarılmıştır. OR m. 181/f. 4'de de ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, derneklerin, vakıfların ve Ticaret Siciline kayıtlı ticarî işletmelerin malvarlıklarının devir alınmasının FusG'ye tabi olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁰ *Binder*, s. 34, 36.

Devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsil sorumluluğunun öngörüldüğü malvarlığı devrinden farklı olarak bölünmede, zamanaşımına yer verilmemiş olması müteselsil sorumluluğun ikinci dereceden olması ile açıklayan görüş için bkz. *Malacrida*, s. 55; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 661. Bize göre bu görüşün kabulü mümkün olmamalıdır. Zira kişisel sorumluluğun devamında (TTK m. 158, m. 177) da esasen tali bir sorumluluk söz konusu olmakla birlikte zamanaşımı öngörülmüştür.

⁴¹ *Binder*, s. 37.

⁴² Kaynak FusG m. 46 ve 47 açısından savunulan bu görüş için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 8; *von Salis*, U.: Fusionsgesetz Teil I-II-III-V, 08/2008, N. 15.21-T. III. Bu çözümün haklı olduğu ancak kanunda dayanağı olmadığı yönünde bkz. *Beretta*, s. 290.

⁴³ TTK m. 264'de de sorumluluk 3 yıl ile sınırlandırılmıştır.

bb- Miktar İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da müteselsil sorumluluk miktar bakımından da sınırlandırılmamıştır.

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun sadece zaman itibariyle sınırlandırılması yeterli değildir. Bölünme Yönergesi'nde⁷⁴ de önerildiği üzere müteselsil sorumluluk, bölünmeye katılan şirketin devraldığı net aktif miktarı dikkate alınarak da sınırlanmalıdır. Böylece bölünmeye katılan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun azami miktarının şirketin bilançosundan anlaşılması sağlanabilecektir.

II. BÖLÜNMENİN DIŞINDA KALAN YÜKÜMLÜLÜKLERDEN DO-LAYI TAM BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SO-RUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

TTK m. 168'e (FusG m. 38) göre:

“ (1) Bölünme sözleşmesinde veya planında tahsisi yapılmayan malvarlığı ko-nuları üzerinde;

a) Tam bölünmede, devralan tüm şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya planına göre kendilerine geçen net aktif malvarlığının⁴⁵ oranına göre, devralan tüm şirketlere paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmî bölünmede söz konusu malvarlığı devreden şirkette kalır.

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

(3) Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar”.

Alacaklıların müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması bakımından TTK m. 168/f. 3 önem arz etmektedir. Kısmi bölünmede bölünen şirketin varlığını sürdürmesi nedeniyle bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülükler bölünen şirkette kalmaktadır. Tam bölünmede ise bölünen şirket sona erdiği için bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülüklerin tahsisinin ne şekilde gerçekleştireceği kanunen düzenlenmiştir⁴⁶.

TTK m. 168/f. 3'ün amacı, kısmi külli halefiyetin yol açabileceği belirsizliklere karşı⁴⁷ alacaklının korunmasıdır⁴⁸. Hükmün uygulanabilmesi için ilk koşul ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesinin yorumu ile de tahsisinin mümkün olmasıdır. Müteselsil sorumluluk bakımından ilgili yükümlülüğün bölünme planı/

⁴⁴ Bölünme Yönergesi'nin 12. maddesinde ise, alacaklının teminat vasıtasıyla korunmasının öngörüldüğü hallerde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun (f. 3), devralınan net aktif malvarlığı ile sınırlandırılmasına imkân tanınmıştır.

⁴⁵ Birleşme Kanunu Tasarısı'ndaki (BBI 2000 4531) net aktif malvarlığı (Nettoaktivvermögen) ifadesi, Birleşme Kanunu'nda özvarlık (Reinvermögen) olarak değiştirilmiştir.

⁴⁶ *Zenhäusern*, U: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 38 N. 9. Kısmi bölünmede ise bölünmeye katılan şirketlerden herhangi birisine tahsis edilmemiş olan yükümlülükler için devreden şirket sorumlu olmaya devam eder (*BotschaftFusG*, 4439).

⁴⁷ *Meier*, A.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004], m. 38 N. 8.

⁴⁸ *Watter*, R./*Rampini*, C.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: *Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker*, Basel 2005], m. 38 N. 20.

sözleşmesi dışında kalmasının unutmadan veya kasıttan kaynaklanması da önemli değildir⁴⁹.

TTK m. 168/f. 3 (FusG m. 38/f. 3), BK m. 162/f. 2 (OR m. 143/f. 2) uyarınca kanundan doğan müteselsil sorumluluğa örnek teşkil etmektedir⁵⁰. Dolayısıyla alacaklı müteselsil borçluların herhangi birisinden alacağını tamamen veya kısmen ifasını talep edebilecektir (BK m. 163/f. 1; OR m. 144/f. 1)⁵¹.

Bölünme planı/sözleşmesinde yer almayan konuların tahsisine ilişkin söz konusu maddenin tamamlayıcı hüküm niteliği taşımasından hareketle⁵² öğretide, bölünme planı veya sözleşmesinde tahsisi yapılmamış yükümlülüklerin, ilgili malvarlığının devredildiği şirkete intikal etmesi veya kısmi bölünmede devralan şirketlerin sorumluluğunu öngören sözleşmesel düzenlemelerin geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵³.

Alacaklıya ödemede bulunan şirketin diğer şirketlere ne şekilde rücu edeceği ise TTK'da düzenlenmemiştir. Bu bağlamda rücu konusunda TTK m. 168/f. 1'in (FusG m. 38/f. 1) kıyasen uygulanması mümkün gözükmektedir⁵⁴.

B- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 168/f. 3'de sorumluluk zamaşımı veya miktar itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Zamaşımı ile sınırlandırılma öngörülmemiş olması isabetlidir. Zira bu durumda müteselsil borçlular, söz konusu yükümlülüğün dolaylı asli borçlu sıfatıyla sorumlu olacaklardır. Bu nedenle menfaatler dengesine uygun olan çözüm sorumluluğun ilgili yükümlülüğün tabi olduğu zamaşımı süresince devam etmesidir.

Ancak TTK m. 168/f. 3 uyarınca tam bölünmede tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğunun miktar itibarıyla sınırlandırılması isabetli gözükmektedir. Şöyle ki söz konusu maddenin 1. fıkrasında tam bölünmede tahsisi yapılmayan malvarlığı konularının devralan şirketlere intikalinin bölünme planı/sözleşmesine göre kendilerine geçen net malvarlığının oranına göre gerçekleşmesi öngörülmüştür. Aynı esasın tahsisi yapılmayan borçlar için de uygulanması mümkündür.

Nitekim Bölünme Yönergesi m. 3/f. 3'de de bölünme sözleşmesinde tahsisi yapılmamış olan yükümlülüklerin bu sözleşmenin yorumu ile de tahsisi mümkün değilse, bölünmeye katılan şirketlerin bu borçtan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olması öngörülmüştür. Üye devletlerin bu sorumluluğu, bölünmeye katılan şirketlere tahsis edilen net malvarlığı ile sınırlandırmasına izin verilmiştir⁵⁵.

⁴⁹ *Zenhäuser*, m. 38 N. 8; *Meier*, m. 38 N. 8.

⁵⁰ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵¹ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵² *Watter/Rampini*, m. 38 N. 4.

⁵³ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 22.

⁵⁴ Dolayısıyla rücu konusunda BK m. 167/f. 1 (OR m. 148/f. 1) uygulanmalıdır (*Watter/Rampini*, m. 38 N. 23).

⁵⁵ Alman hukukunda Umwandlungsgesetz (UmwG) m. 131/f. 3'de; tam bölünmede bir konu sözleşmede devralan şirketlerden hiçbirisine tahsis edilmemiş ise ve sözleşmenin yorumu ile de tahsis mümkün değilse, bu konunun devralan şirketlere devraldıkları aktiflerin devraldıkları pasifleri aşan farkı ile orantılı olarak intikal edeceği ifade edilmiştir. Konunun birden çok şirkete tahsisinin mümkün olmaması halinde ise, tahsisin konunun değerine göre gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA*

- Affentranger, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].
- Beretta, P.** : Strukturanpassungen/Fusion - Spaltung - Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006.
- Binder, A.** : Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes- (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005.
- Çoştan, H.** : Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010.
- Çoştan, H.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009 (Alacaklının Korunması).
- Ehrat, F./**
- Colombini, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/ Daeniker, Basel 2005].
- Glanzmann, L.** : Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006.
- Helvacı, M.** : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004.
- Hommelhof, P./**
- Schwab, M.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: Lutter/Winter, C.I, Köln 2004].
- Hörtnagl, R.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- Jugeli, G.** : Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006.
- Kendigelen, A.** : Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Maier-Reimer, G.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: Semler/Stengel, München 2003].
- Malacrida, R.** : Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123.
- Meier, A.** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004].

* Birden çok eserine atf yapılan yazarların eser adlarına ilişkin kısaltmalar parantez içinde verilmiştir.

- Meier-Schatz, C.** : Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999 (FS-Zäch).
- Meier-Schatz, C.** : Fusionsgesetz, Zürich 2000.
- Moroğlu, E.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- Stratz, R.** : Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- von der Crone, H./Gersbach, A./**
- Kessler, F./Dietrich, M./**
- Berlinger, K.** : Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- Watter, R./**
- Rampini, C.** : Kommentar zu - 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005].
- Zenhäusern, U** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].