

7. OTURUM

TEBLİĞLER

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE
ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ**

Doç. Dr. Rauf KARASU

*** ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAVRAMI VE AYNİ
SERMAYE DEĞERİNİN BELİRLENMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN

*** ÖN ŞİRKET VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK) M. 342'YE GÖRE
FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ANONİM ŞİRKETE AYNİ
SERMAYE OLARAK KONULMASI**

Dr. Seniha DAL

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

Doç. Dr. Rauf KARASU*

ÖZET

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, 340. maddede öngörülen “emredici hükümler ilkesi”dir. Söz konusu hükme göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” 6762 sayılı TTK’ya göre, Kanun’da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK’nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun’da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK’ya göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Emredici Hükümler İlkesi, Emredici Hükümler, Esas Sözleşme, Sözleşme Özgürlüğü

ABSTRACT

Section 340 of the Turkish Commercial Code 6102 is one of the most important innovative sections of the TCC which contains “mandatory provisions principle”. The section provides that “the articles of association may be differentiated from the Act’s provisions on Public Limited Company, provided that the Act itself provides so. Other Acts’ complementary provisions with regard to articles of associations of the Public Limited Company may only have effect with regard to the other Acts provisions.

According to the former TCC 6762, as a rule, all activities which have not been forbidden by the law, may be stated in the articles of association. Since the later provision is considered to be a mandatory one, it may be said that that the new TCC allows mandatory provisions principle, not freedom of contract.

Keywords: *Mandatory Provisions Principle, Mandatory Provisions, Articles of Association, Freedom of Contract*

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, birçok alanda olduğu gibi anonim şirketler alanında da çok köklü yenilikler getirmiştir. Getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, TTK'nın 340. maddesinde öngörülen “emredici hükümler ilkesi”dir. Söz konusu hükme göre, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK'ya göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Yeni TTK, Türk anonim şirketlerinin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimseyerek, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında, kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Şirket esas sözleşmelerinin en önemli fonksiyonlarından biri de, Kanun'un kabul ettiği ideal şirket tipi ile uygulamada bu tipe uymayan şirketler arasında bir köprü kurmaktır. Ancak emredici hükümler ilkesi bu fonksiyonun gerçekleşmesini güçleştirmektedir. Bu nedenle bu çalışmanın en önemli amaçlarından biri, anonim şirketlerle ilgili hükümlerin kural olarak emredici olduğunun kabulüne ilişkin düzenlemenin halka açık ve halka açık olmayan anonim şirketler açısından bir düzenleme olup olmadığını tespit etmektir.

Bu çalışmada emredici hükümler ilkesinin amacı, TTK'da düzenleniş şekli ve ilkeye aykırılığın sonuçları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Ayrıca emredici hükümler ilkesinin halka açık ve kapalı tip anonim şirketler bakımından yerinde olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır¹.

I. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ KAVRAMI VE AMACI

A. Kavram

TTK'nın 340. maddesi ile, anonim şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiştir. Zira bu maddeye göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak sözleşme ile düzenlenebilirken, Yeni TTK'da, anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Bu nedenle TTK'nın 340. maddesinin başlığının “emredici hükümler” değil, “emredici hükümler ilkesi” olması gerekirdi.

¹ Bu Tebliğ, 2009 yılında yayınlanan doçentlik tezimin güncelleştirilmiş özeti niteliğindedir. Bu çalışmada tezin yayınlanmasından sonra konuyla ilgili Türk hukukunda çıkan yeni yayınlar da değerlendirilmiştir.

B. Emredici Hükümler İlkesinin Amacı

1. Anonim Şirket Esas Sözleşmelerine Belli Bir Standart Getirilerek Hukukî Güvenlik ve Öngörülebilirliği Sağlama

Emredici hükümler ilkesinin en önemli amacı, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik², açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak, mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin, alacaklıların ve işçilerin menfaatini korumaktır³. Emredici hükümler ilkesi ile her anonim şirketin iç ve dış ilişkilerine ilişkin hukukî durumu, anlaşılabilir, öngörülebilir ve karşılaştırılabilir olmaktadır. Bu ilke sayesinde, sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin sözleşmesini inceleme ve değerlendirme külfeti ortadan kalkmakta ve bu amaçla harcanan zaman ve masraflardan tasarruf edilmektedir⁴. Özellikle, bir anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, asgarî bazı haklara sahip olacaklarını bilmeleri, bu şirketlere, dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır.

2. Pay Sahiplerinin Korunması

Anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden biri de, pay sahiplerini koruma düşüncesidir. Tekinalp'e göre, iş, rekabet ve tüketici hukuku ve sigorta hukukunun birçok hükmü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz şartları belirleyen hükümleri içeren özel kanunlar hangi düşüncelerle sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarılmışlarsa, genel işlem şartlarının denetlenmesine hangi anlayışlar yol açmışsa ve hangi mülahazalar bazı genel işlem şartlarını geçersiz kılıyorsa, hangi konular yüksek mahkemeleri genel işlem şartlarını sözleşme özgürlüğü ilkesinden istisna eden ilkesel kararlar vermeye götürüyorsa ve son otuz yıllık öğreti hangi mülahazalar dayanıyorsa, aynı düşünceler, endişeler ve mülahazalar küçük pay sahipleri için de geçerlidir⁵. Belirtilen alanlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının en temel amacı, sözleşmelerin zayıf tarafını korumaktır. TTK'da öngörülen emredici hükümler ilkesi de, çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koyarak güçsüz pay sahibinin zarara uğramasını önlemeye yönelik etkili bir araçtır⁶. Bu ilkenin kabulü ile, her şirketin yapısı ve ihtiyacına göre şirket kurucuları ve pay sahipleri tarafından düzenlenmesi gereken iç ilişkiler bile bizzat Kanun tarafından düzenlenecek, dolayısıyla şirket kurucularının ve pay sahiplerinin esas sözleşme düzenleme serbestisi büyük ölçüde sınırlanmış olacaktır.

² Her hak veya hürriyetin kazanılması ve kullanılmasında olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünün de birtakım sınırlamalara tâbi kılınması hukukî güvenlik bakımından kaçınılmazdır.

³ Bkz. **Hirte, Heribert**, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, Kapitalmarkt und sonstige Legimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, New York 1997, s. 61, 64 vd.; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 34.

⁴ **Wiesner**, Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, s. 1841 vd.; **Spindler, Gerald**, Deregulierung des Aktienrechts?, AG 1998, s. 58 vd.

⁵ **Tekinalp, Ünal**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 650.

⁶ **Tekinalp**, Alacakaptan'a Armağan, s. 651.

3. Diğer Menfaat Gruplarının Korunması

Anonim şirketler, sadece pay sahiplerini değil, ileride pay sahibi olabilecek kişileri, şirket çalışanlarını, şirket alacaklılarını da ilgilendirmektedir⁷. Alman hukukunda Hirte⁸ emredici hükümler ilkesinin belirtilen kişilerin menfaatini koruyan sosyal amaçlı bir ilke olduğunu ileri sürmüştür.

Özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketler, ekonomik ve sosyal hayatı küçük çaplı şirketlere oranla daha fazla etkilemekte, dolayısıyla bu şirketlerin menfaatleri kamuyu daha fazla ilgilendirmektedir⁹. Bu nedenle TTK'da bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkeleri, özellikle kamuyu aydınlatma yükümlülüğü gibi birçok konu, pay sahiplerini koruma amacı yanında, yatırımcıları, alacaklıları ve genel olarak kamu menfaatini koruma düşüncesiyle de emredici olarak düzenlenmiştir¹⁰. Pulaşlı, 6102 sayılı TTK'da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen ilke ve yeniliklerin, halka açık ve halka açık olmayan bütün anonim şirketler için emredici olarak düzenlendiğini gözden kaçırarak, 6102 sayılı TTK'da öngörülen kurumsal yönetim ilkeleri için de, "uygula ya da açıkla" ilkesinin geçerli olduğunu iddia etmiştir¹¹. Oysa 6102 sayılı TTK, bağımsız denetleme, eşit işlem ilkesi gibi, SerPK'da mevcut bir çok kurumsal yönetim ilkesini emredici olarak düzenlediği gibi¹², kurumsal yönetim ile doğrudan ilgili olmasına rağmen SerPK'da mevcut bulunmayan bazı temel kurallar da içermektedir. Örneğin, riskin erken saptanması ve yönetimi (TTK m. 378), yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki finansal planlama görevi (TTK m. 375/1-c) ve bilgi toplumu hizmetleri bağlamında internet sitesi, 6102 sayılı TTK'da tüm sermaye şirketleri için öngörülmüştür¹³. 6102 sayılı TTK, kurumsal yönetim kurallarını bir liste hâlinde içermemekte, kurumsal yönetimin ana ilkelerini somutlaştıran, sistem kurucu kurum ve hükümlere yer vermektedir¹⁴.

⁷ Üçüncü kişilerin menfaati, özel hukukta geçerli olan irade özerkliğinin, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün en önemli sınırlarından birini oluşturmaktadır. 6762 sayılı TTK'da da, özellikle şirketin temsili ve sermayenin korunmasına ilişkin hükümler emredici olarak düzenlenmiştir. TTK'da öngörülen "emredici hükümler ilkesi" bu korumayı daha da arttırmıştır.

⁸ Bkz. ZGR, Sonderheft 13, s. 86.

⁹ Bkz. BVerfGE 50, s. 353 vd.

¹⁰ TTK'da kamu menfaatini koruma amacıyla öngörülen hükümlerden biri de, 210. maddenin 4. fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre, "devamlı sayılabilecek şekilde, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya faaliyetlerde bulunduğu tespit edilen sermaye şirketleri hakkında, özel kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bu tür işlem veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir."

¹¹ **Bkz. Pulaşlı, Hasan;** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 364.

¹² Bkz. **Aytaç, Zühtü;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Paysahipliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 65.

¹³ Bkz. **Tekinalp, Ünal;** TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 22.

¹⁴ **Tekinalp,** Alacakaptan'a Armağan, s. 635.; 6102 sayılı TTK'da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen uyulması zorunlu olan belli başlı diğer yenilik ve ilkeler için bkz. **Karasu, Rauf;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 92 vd.

II. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

A. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerinden Sapan Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna **açıkça** izin verilmişse sapabilir.”

TTK'da, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilirken genellikle aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

-Esas sözleşme ile ... karşılaştırılabilir/öngörülebilir¹⁵.

- Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa/aksi öngörülmemişse ...¹⁶

Türk doktrininde Bahtiyar, TTK'nın 340. maddesinde yer alan “*açıkça*” ifadesi nedeniyle, bir emredici hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilir verilmediğinin tespiti konusunda, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, sadece ilgili hükmün lâfzının esas alınacağını, hükmün anlam ve amacının dikkate alınmayacağını ileri sürmüştür¹⁷. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, “*Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” ifadesi sadece hükmün lafzına bakılması gerektiği anlamına gelmeyip, söz konusu iznin hükmün anlam ve amacından da çıkarılması mümkündür¹⁸. TTK'nın 340. maddesinin gerekçesinde, “*Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” ifadesinin sadece hükmün lafzına bakılması gerektiği anlamına gelmediği, hükümdeki “*kanunda açıkça izin verilmişse*” ibaresinin, maddenin lâfzından “*sapabilme*” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla “*sapabilme*” nin haklılık kazandığı varsayımlarını da kapsadığı ifade edilmiştir.

Alman hukukunda hâkim görüş, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilir verilmediğinin tespitinde, söz konusu hükmün kural olarak lâfzına bakılması gerektiğini, ancak gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınabileceğini ileri sürmüştür¹⁹. Örneğin, Alm. POK'nın 271. paragrafının amaçsal yorumundan, tasfiye sonrası kalan şirket öz varlığının devlete veya kamu yararına çalışan bir dernek veya vakfa verilmesini öngören bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna varılmıştır²⁰.

Alman hukukunda savunulan bir başka görüşe göre ise, emredici bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilir verilmediğinin tespiti, sadece hükmün lâfzına ba-

¹⁵ Bkz. TTK m. 366 f. 1; 367 f. 1; 411 f. 1; 480 f. 4; 492 f. 1; 504 f. 1; 521 f. 1; 523 f. 2 (b); 548 f. 1.

¹⁶ Bkz. TTK m. 362 f. 1; 370 f.1; 390 f. 1; 400 f. 1; 409 f. 3; 418 f. 1; 419 f. 1; 421 f. 1; 452 f. 1; 481 f. 1; 485 f.1; 490 f. 1; 507 f. 1; 508 f. 1; 522 f.1; 536 f. 1; 539 f. 3; 543 f. 1, 3.

¹⁷ Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sa. 61, 2005, s. 70 vd.

¹⁸ **Karasu**, Emredici Hükümler İlkesi, s. 47; **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 364.

¹⁹ Bkz. **Hüffer**, AktG, § 23, Rn. 35, **Pentz**, MünKomm, AktG, München 2000, § 23 Rn. 153; **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174; **Huber, Ulrich**, Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, Festschrift für Helmut Coing, Bd. II, München 1982, s. 190 vd.; **Behrends, Okko Hendriks**, Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 579.

²⁰ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 174; **Kraft**, Kölner Komm, AktG, § 271, Rn. 76.

kılarak yapılmalıdır²¹. Buna göre esas sözleşmede yer alan bir düzenleme, Kanun hükmünün amaçsal yorumundan çıkarılan anlamına uygun olsa bile, hükmün lâfzına aykırı ise, izinsiz bir sapmanın olduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, TTK'nın 340. maddesinde yer alan "açıkça" ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas alınmalıdır²². Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz" ifadesine rağmen, aynı maddenin 3. fıkrasında TCK hükümlerinin amaçsal olarak yorumlanmasına izin verilmiştir²³. Kanaatimizce TCK'nın 2. maddesinde geçen "açıkça" ifadesi gibi TTK'nın 340. maddesinde yer alan "açıkça" ifadesinden de, amaçsal yorum yapılamayacağı sonucu çıkarılamaz. Ancak, yapılan yorum sonucunda sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği kabul edilmelidir²⁴. Bu nedenle anonim şirketlerle ilgili bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olunmalı, özellikle kıyas²⁵ anlamına gelecek yorumlardan kaçınılmalıdır.

Anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin esas sözleşme ile düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespiti açısından TTK'nın 531. maddesi ile 425. maddeleri örnek olarak incelenebilir.

TTK m. 531:

Bu hükme göre, sermayenin "en az" onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerine haklı sebeplerin varlığında, şirketin feshini talep etme hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için öngörülen esas sermayenin "en az" onda birine ya da yirmide birine sahip olma şartı, esas sözleşme ile ne ağırlaştırılabilir ne de hafifletilebilir. TTK'nın 531. maddesinde yer alan "en az" ifadesiyle bu oranın asgarî bir oran olduğu, dolayısıyla azlık oranının düşürülmesine izin verilmediği açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu hükmün amaçsal yorumundan da farklı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Zira Kanun koyucu sadece genel kurulu toplantıya çağrı hakkında (TTK m. 411/I) azlık oranlarının düşürülmesine açıkça izin verirken, haklı nedenle fesih hakkı ve diğer azlık haklarında

²¹ Bkz. **Bendfeld, Heiner**, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 1999, s. 103 vd.; **Eckardt, Ulrich**, in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, AktG, Band I, München 1984, § 23, Rn. 108.

²² Bkz. **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 102; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23, Rn. 170, 174.; Aynı yönde bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s. 364.

²³ Söz konusu hükümde, ceza normlarının sadece kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanmasına izin verilmemiştir. 765 sayılı Mülga TCK'nın 1. maddesinde de "Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez" şeklinde bir ifade kullanılmış olmasına rağmen, ceza hukuku kaynaklarının yorumunda kanun koyucunun amacını belirlemek için yorum yapılabileceği savunulmuştur. Bkz. Yrg. 2. CD, T. 20.02.1992, E. 1085, K. 2028 (<http://www.kazanci.com.tr>).

²⁴ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174.

²⁵ Kıyas, kanunlarda düzenlenen belli bir hukukî durum ve ilişki için konulmuş hükümlerden yararlanarak, o durum ve ilişkiye benzeyen fakat yasalarda düzenlenmemiş bir durum ve ilişkiyi çözümlene yöntemidir. Bkz. Yrg. 7. CD, T 07.04.1999, E. 2285, K. 3278.

böyle bir izni vermemiştir. Bu nedenle TTK'nın 411. maddesi, azlık oranının indirilebilmesi konusunda bir istisna oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapmaya izin verilip verilmediğinin tespiti konusunda yapılacak değerlendirmelerde kıyas anlamına gelecek yorumlardan kaçınılması gerektiğinden, genel kurulu toplantıya çağrı hakkı konusundaki istisnai hükmün kıyasen haklı nedenle fesih hakkına uygulanarak genelleştirilmesi mümkün değildir. 6762 sayılı TTK'da hiç tanınmamış olan bu hakkın, 6102 sayılı TTK'da esas sermayenin "en az onda birini temsil eden pay sahiplerine" tanınmış olması tâbii karşılanmalıdır. Dikkate alınması gereken bir husus da, azlık haklarına ilişkin hükümlerin amacı, sadece azlığı korumak değil, aynı zamanda azlık ve çoğunluk arasındaki çıkar çatışmalarını dengelemektir. Türk hukukunda Moroğlu²⁶, haklı nedenlerle fesih davası açma hakkını haiz olan azınlık oranının anasözleşme ile düşürülebilmesine kapının açık bırakılmasının sakıncalı olacağını ileri sürmüştür. Pulaşlı²⁷ ise, azınlık hakları ile ilgili Kanunda öngörülen oranların hafifletilip hafifletilemeyeceğine ilişkin yaptığı genel değerlendirmede, Kanunda tanınmış olan azınlık haklarının emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle bu hakların esas sözleşmeye konulacak hükümlerle hafifletilmesinin mümkün olmadığını, bunun tek istisnasının, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması hakkında (TTK m. 411/1) tanındığını, ancak bu maddedeki istisnanın diğer hükümlere yorum yoluyla uygulanmasının olanaklı olmadığını ifade etmiştir. Ancak yazar 531. maddede öngörülen orana ilişkin yaptığı değerlendirmede yukarıdaki değerlendirmesiyle çelişen bir görüşü benimsemiştir. Yazar, 531. maddede öngörülen oranın pay sahiplerinin lehine olarak esas sözleşme ile indirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak esas sözleşme ile bu oranların hafifletilmesine engel bir yasal hükmün olmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca 531. maddenin kaynağının İsviçre BK'nun 736. maddesi olduğunu ve İsviçre hukukunda bu oranların esas sözleşme ile hafifletilebileceği görüşünün hakim olduğunu belirtmektedir²⁸. Yazarın bu görüşüne katılma olanağı yoktur. Zira TTK'nın 531. maddesinin kaynağı olan İsviçre hukukunda, söz konusu oranların esas sözleşme ile düşürülmesinin mümkün olduğunu savunan yazarlar bulunmakla birlikte, İsviçre anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin geçerli olmadığını unutulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, yasaklanmayan her konuda esas sözleşme ile düzenleme yapma özgürlüğünün bulunduğunu savunmak, emredici hükümler ilkesi ile bağdaşmaz. Bilakis esas sözleşmenin Kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme öngörebilmesi için, Kanunun buna açıkça izin vermiş olmasını arayacağız.

Diğer taraftan TTK'nın 531. maddesinin lâfzî yorumundan, öngörülen oranın esas sözleşme ile artırılabilceği sonucu çıkmaktadır. Zira kullanılan "en az" ibaresi asgarî oranı belirttiğine göre, bu oranın artırılmasına izin verildiği sonucuna varılabilir. Kanaatimizce lâfzî yorumdan çıkan bu anlam tereddüt uyandıracak niteliktedir. TTK'nın 531. maddesinde düzenlenen hak, bir azlık hakkı olup bu hakların azlığa tanınmasının en önemli amacı, çoğunluk gücü karşısında azlık pay sahiplerinin durumunu güçlendirmektir. Bu nedenle azlık haklarının çoğunluk kararıyla sınırlandırılması veya kullanılmasının güçleştirilmesine izin vermek bu hakların amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle TTK'nın 531. maddesinde öngörülen oranların artırılmasına izin verilmediği sonucuna varılmalıdır.

²⁶ Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 4. Bası 2006, s. 279.

²⁷ Bkz. Pulaşlı, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 372.

²⁸ Bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 373.

TTK m. 425:

TTK'nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiye temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. *Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.*

Söz konusu hükümde sadece temsilcinin pay sahibi olmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu öngörüldüğünden, örneğin temsilcinin sadece 3. dereceye kadar aile bireyleri arasından seçilme zorunluluğunu getiren bir esas sözleşme hükmü ile temsilci olarak ancak mesleği gereği sır saklamakla yükümlü bir kişinin seçilebileceğini öngören bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu, 6762 sayılı TTK'ya göre savunulabilirken, 6102 sayılı TTK'ya göre savunulamaz. Zira 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir.

Ancak seçilecek temsilcinin pay sahipleri, pay sahiplerinin aile bireyleri veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişilerden biri olmasını şart koşan esas sözleşme hükümleri 6102 sayılı TTK'ya göre de geçerli kabul edilmelidir. Bu konuda kanun hükmünün lafzından sapma izni çıkmasa da, ilgili hükmün amacından ve menfaatler dengesinden, sapmaya izin verildiği sonucuna varılabilir. Zira söz konusu esas sözleşme hükmünde, pay sahibine bir başka pay sahibini temsilci olarak seçme hakkı verildiği gibi, pay sahibi olmayan aile bireyleri veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişileri de seçme imkânı tanınmaktadır. Dolayısıyla bir taraftan pay sahiplerine yeterli ölçüde bir seçme özgürlüğü tanınmak suretiyle onların bu konudaki menfaati korunurken, diğer taraftan da böyle bir düzenleme ile aile şirketlerine ilişkin bilgi ve sırların üçüncü kişilere ifşa edilmesi tehlikesi büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır.

Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre²⁹, esas sözleşmede yer alan bir konu hakkında Kanunda herhangi bir hüküm yoksa, Kanunun konu hakkında susmuş olmasından, bu konuda öngörülen sözleşme hükmünün Kanun hükmünden sapma anlamına geldiği sonucuna varılabilir ve söz konusu sözleşme hükmü geçersiz kabul edilebilir. Türk hukukunda Pulaşlı³⁰ bu görüşü savunmaktadır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun hükümlerinden sapma, açıkça izin verilmiş olma şartına bağlandığından, böyle bir sapma da mantıklı olarak yine ancak somut bir hükme dayanabilir³¹. Dolayısıyla Kanunda açıkça düzenlenmemiş bir konuda kural olarak sapma da söz konusu olamaz. Aksinin kabulü halinde, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü gereğinden fazla sınırlanmış olur. Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesi, esas sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmamaktadır, sadece belli konularda öngörülen Kanun hükümlerinin esas sözleşme hükümleri karşısındaki önceliğini garanti altına almaktadır. Eğer bir konu hakkında Kanun'da herhangi bir hüküm yoksa, bu durumun konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği anlamına mı geldiği, yoksa ortada gerçekten bir kanun boşluğu mu bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Yapılan değerlendirmede kanun koyucunun konu hakkında bilinçli olarak

²⁹ Bkz. **Mertens**, KölnerKomm., AktG, Vorbem. § 76, Rn. 11; Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. § 23, N. 35.

³⁰ **Pulaşlı, Hasan**; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 364.

³¹ Bkz. **Gessler, Ernst**, Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, s. 69, 73; **Luther**, FG Hengeler, s. 171; **May, Peter**, Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991, s. 66; **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Rn. 168.

düzenleme yapmadığı sonucuna varılması hâlinde, bu konuda öngörülen esas sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir. Örneğin TTK'da azlığın haklı nedenle fesih davasını hangi sürede açacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu dava için bilinçli olarak bir süre öngörmemiştir. Bu nedenle dava hakkı kural olarak bir süreye tabi tutulamaz. Özellikle haklı sebeplere ilişkin delillerin temin edilmesi ve değerlendirilmesi için gerekli olan süreden daha az bir sürenin öngörülmesi mümkün değildir. Ancak dava açmaya yetkili olanlar, haklı sebebin öğrenilmesinden itibaren uzun bir süre sessiz kalmış ve bu davranışları ile artık dava hakkından feragat ettikleri izlenimi yaratmışlarsa, açılan dava dürüstlük kurallarına aykırı bulunup reddedilebilir³².

Buna karşılık Kanun'da düzenleme olmaması, konunun kanun koyucu tarafından unutulduğu veya bilişsiz olarak bir düzenleme yapılmadığı anlamına geliyorsa, bu durumda konunun esas sözleşme hükümleriyle düzenlenmesi mümkündür³³. Örneğin, TTK'nın 493. maddesinin 1. fıkrasına göre, “şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değerleriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.” Buna göre, esas sözleşmede gerçek değerden daha az bir değer için esas alınacağına ilişkin bir hüküm öngörülmesi mümkün değildir. Buna karşılık gerçek değer tespitine ilişkin bir metodun esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Zira metod konusunda Kanun'da herhangi bir hükmün olmaması, konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla gerçek değer tespitine ilişkin bir metodun esas sözleşme ile öngörülmesi, Kanun hükümünden sapmamakta, bilakis onu tamamlamaktadır. Ancak objektif esaslara dayanmayan bir metod benimsenemez.

Yine TTK'da yönetim kurulu sözcülüğü düzenlenmediği halde, esas sözleşme ile bu konuda bir düzenleme yapılabilir. Söz konusu düzenleme kanun hükümlerinden sapmamakta, kanun hükümlerini tamamlamaktadır.

TTK'nın 340. maddesi, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya ancak esas sözleşme yoluyla izin verdiği için, bu konuların esas sözleşme dışında iç yönetimlik veya genel kurul kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Emredici hükümler ilkesi uyarınca, kural olarak bütün anonim şirket hükümleri emredici olduğundan, dolayısıyla esas sözleşme ile aksinin kararlaştırılması kural olarak mümkün olmadığından, değişik maddelerde ayrıca belli konuların esas sözleşmeyle Kanundaki düzenleme şekline farklı olarak düzenlenemeyeceğinin açıkça ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. Yani esas sözleşme ile anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılmayacağına açıkça ifade edilmesi yerine, esas sözleşmenin anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinden sapabileceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şekline farklı olarak düzenlenemeyeceği, “*aksine anlaşma yapılamaz*”, “*aksine anlaşma geçersizdir*”, “*sınırlandırılamaz*” gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bazı maddelerin esas sözleşme veya genel kurul kararıyla aksinin kararlaştırılmayacağı vurgulanırken bazı maddelerde ise böyle bir ifadeye yer verilmemesi, bu maddelerin emredici olmadığı intibasını uyandırabilir. Örneğin, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK'nın 437. maddesinin 6. fıkrasında “*Bilgi alma ve inceleme hakkı esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz*” ifadelerine yer verilirken, pay sahiplerinin genel kurula katılma haklarını düzenleyen

³² Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 834.

³³ Bkz. Gessler, FS für Luther, s. 69, 73; May, s. 67.

TTK'nın 425. maddesinde bu tür bir ifade bulunmamaktadır. Ancak emredici hükümler ilkesi uyarınca genel kurula katılma hakkının da, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi esas sözleşme ile sınırlandırılması mümkün değildir. Bu nedenle değişik maddelerde belli konuların esas sözleşmeyle Kanundaki düzenleme şeklinden farklı olarak düzenlene-meyeceği ifadesine yer verilmemelidir.

B. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerini Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği

Alm. POK'nın aksine³⁴ TTK'da anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerini tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinde sadece özel kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanunlara özgülenmiş olarak hüküm doğurdıklarından bahsedilmiştir³⁵.

Emredici hükümler ilkesi, esas sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırladığından, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlerine aykırı esas sözleşme hükümleri ile bu hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri ayrımının çok iyi tespit edilerek tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri ile, kanun hükümlerinden sapmayan, sadece kanun hükümlerini somutlaştıran veya kanun boşluklarını dolduran³⁶ sözleşme hükümleri kastedilmektedir³⁷. Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri ile tamamlayıcı yedek hukuk kuralları birbirine karıştırılmamalıdır. Tamamlayıcı yedek hukuk kuralları taraflarca geçerli biçimde aksi kararlaştırılabilen ve ancak tarafların aksine bir anlaşma yapmaması hâlinde uygulama alanı bulabilen kanun hükümleridir. Bu hükümler, tarafların yaptıkları bir sözleşmede düzenlemedikleri bir hususu tamamlayıcı, yani sözleşmedeki bir boşluğu doldurucu rol oynarlar. Buna karşılık burada inceleme konusu olan "*kanun hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri*" esas sözleşmelerdeki boşlukları değil, kanun hükümlerinde yer alan boşlukları doldurmakta veya mevcut bir kanun hükmünü somutlaştırmaktadır.

Kanaatimizce açık bir düzenleme olmasa da, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir. Zira TTK'nın 340. maddesi, sadece anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Dolayısıyla, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. 340. maddenin gerekçesinde yer alan bazı ifadeler³⁸ de vardığımız bu sonucu doğrulamaktadır.

³⁴ Alm. POK'nın 23. paragrafının 5. fıkrasına göre, "*...Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketici bir biçimde (tahdidi) düzenlemiş olsun.*"

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda II. C.

³⁶ Boşluk türleri ve doldurulma yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama**, AÜHFĐ, Yıl 2001, C. 50, Sa. 1, s. 91 vd.

³⁷ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 186.

³⁸ "*340. madde, bu kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde ka-*

TTK'nın bazı hükümlerinde, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülebileceği açıkça belirtilmiştir. Belirli pay gruplarına ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması (m. 360, f. 1), yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesine ilişkin hükümler (m. 392 f. 6), tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin düzenlenmesine açıkça izin veren başlıca hükümlerdir.

Alman hukukunda bazı yazarlar, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin sadece yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, Kanunun açıkça izin verdiği hâllerde geçerli olduğunu ileri sürmüştür³⁹. Kanaatimizce bu görüş Alman POK'nın 23. maddesinin 5. fıkrası ve TTK'nın 340. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden, ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabildiği hâlde, söz konusu hükümlerin esas sözleşme ile tamamlanması için açık bir izne gerek bulunmamaktadır⁴⁰. Bir sözleşme hükmü, kanun hükmünü, onun anlamına uygun bir şekilde daha ayrıntılı bir şekilde düzenliyor veya somutlaştırıyorsa, TTK'nın 340. maddesine aykırılıktan bahsedilemez⁴¹. TTK'da esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa, bu boşluğun esas sözleşme ile anonim şirketler hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde doldurulmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Buna karşılık esas sözleşme ile düzenlenen konuda, TTK'da tahdidi bir hüküm bulunuyorsa, esas sözleşme hükmü geçersiz sayılmalıdır.

Bu değerlendirmelere göre, esas sözleşme ile örneğin, yönetim kurulu üyeleri için Kanunda belirtilen şartlar dışında başka kişisel şartların aranması, danışma kurullarının oluşturulması, yönetim kurulu sözcülüğünün öngörülmesi⁴², eşitliğe uymak şartıyla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesi⁴³, TTK'nın 447. maddesinde sayılan sebeplere benzer başka butlan nedenlerinin öngörülmesi, mümkündür.

Alman hukukunda Hirte tarafından savunulan bir görüşe göre⁴⁴, şirket pay sahipleri, alacaklıları ve işçilerin haklarını genişleten tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri her zaman geçerli kabul edilmelidir. Yazar bu sonuca emredici hükümler ilkesinin belirtilen kişilerin menfaatini koruyan sosyal amaçlı bir ilke olduğundan hareketle varmıştır. Kanaatimizce bu görüş doğru değildir. Zira emredici hükümler ilkesi sadece sosyal amaçları olan bir ilke değil, aynı zamanda sermaye piyasasının işleyişini sağlamayı da amaçlamaktadır⁴⁵. Ayrıca emredici hükümler ilkesinin çeşitli menfaat grupları arasındaki çıkar çatışmalarını da dengelemeye hizmet ettiği unutulmamalıdır.

nunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir."

³⁹ Bkz. **Mertens**, Kölner Komm, AktG, Vorbem., § 76, 12.

⁴⁰ Bkz. **May**, s. 67 vd.

⁴¹ Bkz. **Friedewald**, s. 119.

⁴² **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Luther**, FG Hengeler, s. 177.

⁴³ Bkz. **Kraft**, Kölner Komm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Pentz**, MünKomm, AktG, München 2000, § 23, Rn. 161.

⁴⁴ Bkz. ZGR, Sonderheft 13, s. 86.

⁴⁵ Bkz. **Bendfeld**, s. 64.

C. Diğer Kanunların Öngörülmesine İzin Verdiği Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar”.

TTK'nın 340. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, sadece TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri kural olarak emredici sayılmıştır. TTK'nın anonim şirketler dışındaki hükümleri ve anonim şirketler ile ilgili olmakla birlikte diğer kanunlarda yer alan hükümler, 340. maddenin kapsamı dışındadır. TTK'nın anonim şirketlere ilişkin olmayan hükümlerinin emredici olup olmadığı ve bu hükümlerden esas sözleşme ile sapmanın geçerli sayılıp sayılmadığı, genel yorum kuralları çerçevesinde belirlenmelidir⁴⁶.

TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesi ile SerPK, BankK gibi özel kanunlara sadece kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak istenmiştir⁴⁷. Ancak “özel hüküm genel hükümden önce uygulanır” temel ilkesi dikkate alındığında, TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira söz konusu ilke uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı ve somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun uygulamada öncelik taşıması gerekir⁴⁸. Nitekim TTK'nın 330. maddesinde de, TTK hükümlerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, bu kanunların TTK hükümlerinden farklı olan hükümlerinin geçerli olduğu ve öncelikle uygulanacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Dikkate alınması gereken bir husus da, TTK'nın 340. maddesinin TBMM'ne sunulmasından önceki hâlinde yer alan “bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur” şeklindeki üçüncü cümlesinin TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmasıdır. Söz konusu cümlelerin doktrinde yapılan eleştiriler doğrultusunda⁵⁰ kaldırılmış olması ve TTK'nın 330. maddesinde yer alan “Özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kısım hükümleri uygulanır” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, TTK'nın, eski tarihli özel kanunları kaldırmayı değil, tam tersine bu kanunların yürürlüğünü muhafaza etmesini amaçladığı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, özel kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, TTK'nın kabulünden sonra da, geçerliliğini koruyacağı gibi, bu kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi hâlinde de, özel kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir⁵¹. Örneğin SerPK'nın 13. maddesinin

⁴⁶ Bkz. **Röhrich**, GrossKomm, AktG, § 23, Rn. 172.

⁴⁷ Söz konusu hükmün gerekçesinde, bu hükmün amacı, anonim şirketlere ilişkin çoğu kez gereksiz, sistem bozucu ve yorum güçlüğü yaratıcı maddî hukuk kuralları içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak olarak ifade edilmiştir. Bkz. TTK 340. maddesinin gerekçesi.

⁴⁸ Bkz. **Manavgat, Çağlar**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, Sa. 1, s. 527; **Moroğlu, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 146 vd.

⁴⁹ Bkz. **Manavgat**, s. 526; **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 147; **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 370.

⁵⁰ Bkz. **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 147.

⁵¹ Örneğin TTK'nın 434. maddesinin 2. fıkrasında, her payın en az bir oy hakkının olduğu emredici bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, SerPK'nın 14/A maddesi, halka açık anonim şirketlere oydan yoksun pay çıkarma hakkı tanımıştır. Bu durumda SerPK özel kanun olduğundan, halka açık anonim şirketlerde oydan yoksun pay çıkarma hakkı bakımından TTK hükümleri değil, SerPK hükümleri öncelikle uygulanacaktır.

6. fıkrasına göre, "Tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir. Bu takdirde Türk Ticaret Kanununun 423 ve 424'üncü maddeleri uygulanmaz.

Kanaatimizce, TTK'nın 340. maddesinin TBMM'ne sunulmasından önceki hâlinde yer alan "bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu Kanun hükümleri üstün tutulur" şeklindeki üçüncü cümlesinin TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmasından sonra, "...diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar" şeklindeki ikinci cümlelerin de hiç bir anlamı kalmamıştır. Zira özel kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi hâlinde bile, özel kanun hükümleri öncelikle uygulanacağına göre, bu kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri evleviyetle geçerli olacaktır. Örneğin Bankacılık Kanununa göre bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamaz. Bu Kanunda genel müdür için öngörülen şartlar, yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de aranır. Murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımaları zorunludur. Yine BankK'nın 24. maddesine göre, bankalarda, icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecek en az 2 üyeden oluşan bir denetim komitesinin kurulması gerekmektedir.

TTK'nın 330. maddesi ve özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel hukuk kuralına rağmen, TTK'nın birçok maddesinde ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı tutulmuş olması⁵² gereksizdir. Bu durum özel kanunlara atıfların yapılmadığı maddelerde özel kanunların uygulama alanı bulmayacağı yorumlarının yapılmasına da yol açmaktadır. Örneğin, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin olarak TTK'nın 460. maddesinin 7. fıkrasında SerPK hükümleri saklı tutulduğu hâlde, esas sermaye sistemine ilişkin olarak 459. maddede SerPK hükümleri saklı tutulmamıştır. Oysa halka arz bakımından her iki sistemde de, SerPK hükümleri ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış SPK tebliğleri uygulama alanı bulacaktır⁵³. Yine yukarıda belirtildiği üzere, TTK'nın 434. maddesinin 2. fıkrasında, her payın en az bir oy hakkının olduğu emredici bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, SerPK'nın 14/A maddesi, halka açık anonim şirketlere oydan yoksun pay çıkarma hakkı tanımıştır. Bu durumda SerPK özel kanun olduğundan, SerPK saklı tutulmamış olsa bile, halka açık anonim şirketlerde oydan yoksun pay çıkarma hakkı bakımından TTK hükümleri değil, SerPK hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Belirtilen nedenlerle TTK'da özel kanun hükümlerinin sadece genel bir maddede (m. 330) saklı tutulması, bunun haricinde münferit hükümlerde özel kanun hükümlerine yapılan göndermelerin kaldırılması yerinde olacaktır⁵⁴.

D. Emredici Hükümler İlkesine Aykırılığın Sonuçları

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir. Bu nedenle konuyu genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirmek gerekir. Yani, bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK'nın emredici bir hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddî hukuk normunu ihlâl etmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda TTK'nın 340. maddesi değil, 445. ve 447. maddeleri esas alınmalıdır. Yani bazı Alman yazarlarca iddia edildiğinin aksine, anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılık butlan sonucunu doğurmaz, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya

⁵² Bu konudaki örnek hükümler için bkz. TTK m. 332; 344; 387; 414; 460; 528.

⁵³ **Manavgat**, s. 547.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. **Aytaç, Zühtü**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Payscaleliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 64.

yokluk söz konusu olabilir. Dikkate alınması gereken bir husus da, TTK'nın kabul ettiği emredici hükümler ilkesi nedeniyle, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olmasıdır. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlana yol açtığını savunmak, butlan hâllerinin kural olduğunu kabullenmek anlamını taşır. Oysa butlan sebeplerinin düzenlendiği TTK'nın 447. maddesinden de anlaşıldığı üzere, esas sözleşme hükümlerinin veya genel kurul kararlarının butlan sonucunu doğurması istisnadır. Söz konusu maddede konusu itibarıyla bâtil olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülüştür. Bunun dışındaki bâtil genel kurul kararlarının tespitinde, *butlanın ikincilliği ilkesi* uygulanmalıdır. Her ne kadar TTK'nın 447. maddesinde yer alan "*özelliğe*" ifadesinden, sayılan butlan nedenlerinin temel nedenler olduğu, bu nedenlere benzer diğer nedenlerin de butlan nedeni olabileceği sonucuna varılsa da, 445. maddede sayılan iptal nedenleri daha genel olduğundan, butlan yaptırımını istisnaî bir yaptırım olarak kabul edilmelidir.

Anonim şirket ilişkileri bakımından büyük bir önem arz eden hukukî güvenliğin sağlanması⁵⁵ ve gereksinimi de, iptaledilebilirlik hâlinin kural, butlanın ise istisna olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır⁵⁶. Genel kurul kararlarının alınmasından yıllar sonra bile butlanın ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde, pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Zira yıllar sonra da olsa bir genel kurul kararının butlanının mahkemece tespiti, o kararı baştan itibaren geçersiz kılmakta ve kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır⁵⁷.

Bütün emredici hükümlere aykırılığın butlan sonucunu doğurmadığı, bizzat TTK'nın 446. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinden de anlaşılmaktadır. Genel kurulun davetine, genel kurul toplantısına katılma ve gündemin ilânına ilişkin hükümler, TTK'nın 410. ve devamı maddelerinde emredici olarak düzenlenmesine rağmen, TTK'nın 446. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde⁵⁸ söz konusu hükümlere aykırılıklar iptal nedeni olarak sayılmıştır.

Sonuç olarak TTK'nın 340. maddesi, sadece TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak aksinin kararlaştırılmayacağını öngördüğünden, söz konusu hükümlere aykırı düzenlemelerin ne tür sonuçlar doğuracağı, genel hükümsüzlük kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararlarının hangi emredici hükmü ihlâl ettiğine bakmak gerekir. Emredici hükümlere aykırılık, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya yokluk şeklinde ortaya çıkabilir. 447. maddede sayılan ihlâl hâlleri ve bunlara benzer diğer nedenler butlan sonucunu doğurur. Bu maddede sayılanlar dışındaki emredici hükümlere aykırılık ise iptaledilebilirlik veya yoklukla hükümsüz sayılmalıdır⁵⁹. Ancak bir esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı, TTK'da yer alan herhangi bir emredici hükmü değil de, emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa, söz konusu esas sözleşme veya genel kurul kararları bâtil sayılmalıdır. Zira emredici hü-

⁵⁵ Hukukî güvenlik endişesi, iptal davasının kısa bir hak düşürücü süreye bağlanmasını gerektirmiştir.

⁵⁶ Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 63 vd.

⁵⁷ Bkz. TTK'nın 447. maddesinin gerekçesi.

⁵⁸ "*Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın; çağrının usulü dairesinde yapılmadığını; gündemin gereği gibi ilân edilmediğini; genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin toplantıya katıldığını ve bunun karara etkili olduğunu iddia eden, yönetim kurulu ve kararların yerine getirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna sebep olacağı bunların her biri iptal davası açabilir.*"

⁵⁹ Aynı yönde **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 376 vd.

kümler ilkesi, anonim şirketlere hakim olan temel bir ilke olduğundan, emredici hükümler ilkesinin sürekli olarak kaldırılması, anonim şirketin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmaz, dolayısıyla butlan nedenlerinin sayıldığı TTK'nın 447. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine aykırı olur.

TTK'da öngörülen butlan ve iptal nedenleri genel kurul kararlarına ilişkin olmakla birlikte, söz konusu nedenler ilk esas sözleşme hükümleri için de geçerli olmalıdır. Zira emredici hükümlere aykırılığın sonuçları konusunda, ilk esas sözleşmede bulunan hükümler ile genel kurul kararıyla esas sözleşmeye giren hükümler arasında bir ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Kanuna aykırı esas sözleşme hükümlerinin sonucu, bu hükümlerin kabul edildiği zamana bağlı olmamalıdır⁶⁰.

Emredici hükümlere aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılan bir esas sözleşme, ticaret siciline tescil edilmemelidir. Emredici hükümlere aykırılık, sözleşmenin zorunlu unsurlarına ilişkin ise, esas sözleşme tamamen hükümsüz sayılır. Diğer unsurlara ilişkin olan aykırılıklar ise, sadece ilgili hükümlerin hükümsüzlüğünü doğurur.

III. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN YERİNDELİĞİ

A. Emredici Hükümler İlkesinin Halka Açık Anonim Şirketler Açısından Yerindeliliği

Halka açık anonim şirketler çok sayıda pay sahibinden oluşmakta ve bu pay sahiplerinin büyük çoğunluğu şirket yönetiminde yer almayı ve yönetime aktif olarak etki etmeyi düşünmemektedir. Bu pay sahiplerinin en önemli amacı, şirkete getirdikleri birikimlerini en iyi getiri sağlayacak şekilde değerlendirmektir. Bu kişiler çoğu zaman daha fazla kâr elde etme karşılığında, oy kullanma hakkından vazgeçmeyi kabul etmektedirler. Özellikle borsaya kayıtlı şirketlerin hisselerini satın alanlar, şirketin esas sözleşmesini inceleme yerine, hisse senedinin borsadaki güncel değerini veya dağıtılacak kâr miktarını dikkate almaktadır⁶¹. Bu nedenle borsaya kayıtlı şirketlerin esas sözleşmelerinde sürpriz hükümlerin yer almaması büyük bir önem taşımaktadır. Emredici hükümler ilkesi, esas sözleşmelere belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamakta ve bu yolla mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin menfaatini korumaktadır. Bu ilke sayesinde sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin sözleşmesini inceleme külfeti ortadan kalkmış olmaktadır. Bir anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, bu şirketin organizasyon yapısını, organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini ve karar alma süreçlerini ve pay sahiplerinin asgarî hangi haklara sahip olduklarını önceden bilmeleri, bu şirketlere dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır.

Anonim şirketlerde, pay sahipleri ve yatırımcılar dışında, şirketin faaliyetlerinden etkilenen ve şirketle bir menfaat ilişkisi içinde bulunan işçiler, alacaklılar, müşteriler gibi çok çeşitli menfaat sahipleri⁶² bulunmaktadır. Özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketler büyük sermayeye sahip oldukları için, bu şirketlerin menfaatleri, kamuyu daha fazla ilgilendirmektedir. Emredici hükümler ilkesi şirketle ilişki içinde bulunan söz konusu menfaat sahiplerini de korumaya hizmet etmektedir⁶³.

⁶⁰ Bkz. **Huber**, FS Coing, Bd. II, s. 184; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 203; Aksi düşünce için bkz. **Gessler**, ZGR 1980, s. 442 vd.

⁶¹ **Kayar, İsmail**, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'da Kâr Dağıtımı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'ın Anısına Armağan, s. 455 vd.

⁶² Menfaat sahipleri kavramı için bkz. **Tekinalp, Ünal**, Erişim Hakkı, Batider, C. XXIII, 2006, s. 4 vd.

⁶³ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de, menfaat grupları arasında mümkün olduğunca dengeli bir politika izlenmesi ve her bir hakkın birbirinden bağımsız olarak korunmasının hedeflenmesi gerektiği bir tavsiye olarak belirtilmiştir. Bkz. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, 3. Bölüm, 1. 2.

Alman hukukunda bazı yazarlar, mevcut pay sahiplerine veya potansiyel pay sahiplerine anonim şirketler hakkında, özellikle bu şirketlerdeki yatırımları hakkında yeterli bilgilerin verilmesi hâlinde, emredici hükümler ilkesine gerek olmadığını savunmaktadır.⁶⁴

SerPK'da sürekli ve özel durumlarda kamuyu aydınlatma ilkesinin benimsenmesi ve TTK'nın 1524. maddesinin tüm sermaye şirketleri için bir internet sitesi oluşturma ve bu sitede şirkete ait tüm önemli bilgilerin yer alması zorunluluğunu getirmesi ile, pay sahipleri ve diğer piyasa aktörleri sermaye şirketlerinin malî durumu hakkında bilgi sahibi olma imkânına kavuşmuştur. Ancak bu yolla sağlanan koruma yeterli değildir. Zira borsaya kayıtlı anonim şirketlerde küçük pay sahiplerinin, şirket hakkında bilgi edinme ve bu bilgiler ışığında genel kurulda oy kullanma isteği bulunmamaktadır. Ayrıca pay sahipleri ve yatırımcıların borsaya kayıtlı şirketler hakkında bazı bilgilere sahip olma imkânı bulunsa da, bu bilgilerin değerlendirilmesi kolay değildir. Piyasa aktörlerinin işletmeler tarafından kamuya bildirilen finansal bilgilerden tam olarak yararlanabilmesi için, işletmenin malî durumunun bu bilgilerden kolayca anlaşılabilmesi ve ilgili kişilerin ihtiyaçlarıyla örtüşmesi gerekir. Ancak uygulamada kamuya sunulan finansal bilgiler, gerek kapsam ve gerekse içerik bakımından kullanıcıların yoğun bir bilgi yükü ile karşılaşmalarına neden olduğundan, bilgi düzeyi düşük olan yatırımcılar ile temel düzeyde bilgi sahibi olan yatırımcıların, ihtiyaç duydukları bilgileri seçmede zorlandığı görülmektedir.⁶⁵ Ayrıca bir işletmenin malî durumu hakkında gerçek bir değerlendirme yapabilmek, ancak işletmeye ait finansal bilgilerin geçmiş bilgiler ve diğer işletmelere ait bilgiler ile karşılaştırılması ile mümkündür ki⁶⁶, küçük veya ortalama düzeydeki bir yatırımcının tek başına böyle bir karşılaştırma yaparak şirketin malî durumunu değerlendirmesi kolay değildir. Bu kişilerin kamuya sunulan finansal bilgiler aracılığıyla şirket hakkında doğru bir kanaate varması kural olarak ancak bir uzman yardımıyla mümkündür.⁶⁷ Bu konuda bir uzmandan yararlanmak da küçük ve orta düzeydeki yatırımcılar için ek masraf demektir. Bu nedenle bu yatırımcıların anonim şirketler tarafından kamuya sunulan finansal bilgilerden tam olarak yararlandığı söylenemez.

Ayrıca küçük tasarruf sahipleri, finansal bilgilerden yararlanmış olsalar bile, bu durum onları belirsizliklerden ve risklerden tam olarak korumamaktadır. Zira kamunun aydınlatılması ilkesinin amacı, yatırım risklerini ortadan kaldırmak veya yatırımcıyı belirsizliklerden ve riskten korumak değil, muhtemel risklere karşı bilinçlendirmektir.⁶⁸ Oysa emredici hükümler ilkesi uyarınca, anonim şirket esas sözleşmeleri küçük yatırımcıları koruyan hükümler içermek zorundadır ve bu hükümlerin şirkete sonradan giren küçük pay sahiplerinin aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Bu şekilde hem bireysel yatırımcılar korunmuş olmakta hem de sermaye piyasasının etkin bir şekilde işleyişi sağlanmaktadır. Emredici hükümler ilkesi, anonim şirket esas sözleşmelerine asgari bir standart getirdiğinden, sermaye piyasası aktörleri girmek istedikleri şirketlerin esas sözleşmeleri ve şirkete ait diğer belgeleri inceleme külfetinden kurtulmakta ve dolayısıyla şirkete ait bilgilerin elde edilmesi ye değerlendirilmesi için gerekli olan masraflardan ve zamandan tasarruf etmektedirler.⁶⁹

⁶⁴ Bkz. **Spindler**, AG 1998, s. 53, 65.

⁶⁵ **Möllers, Thomas M. J.**, Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht, ZGR 1997, s. 347.

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan, Sabih**, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, s. 46.

⁶⁷ Bkz. **Pahlı**, s. 181.

⁶⁸ Bkz. **Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, s. 86; **Yanlı**, Kamunun Aydınlatılması, s. 105; **Karasioğlu, Fehmi**, Kamunun Aydınlatılması Açısından Finansal Bilgi Kaynakları Ve Bağımsız Denetim Fonksiyonu (http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=485).

⁶⁹ Bkz. **Hommelhoff, Peter**, Satzungsstränge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, Festschrift für Ulmer, Berlin 2003, s. 267, 270; **Pleßke**, s. 133.

Sonuç olarak emredici hükümler ilkesinin halka açık anonim şirketler açısından yerinde bir ilke olduğu söylenebilir.

B. Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Açısından Yerindeligi

6102 sayılı TTK, anonim şirketlerin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimsemiş olduğundan, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, emredici hükümler ilkesi, kimliği ve kişiliği önem taşımayan, şirketi yönetme amacıyla değil, kâr amacıyla hareket eden çok sayıda pay sahibinin bulunduğu halka açık anonim şirket modeli için savunulabilir. Buna karşılık kapalı tip anonim şirketler açısından emredici hükümler ilkesi gerekli değildir.

Emredici hükümler ilkesini halka açık şirketler için haklı kılan gerekçeler, kapalı tip anonim şirketler için geçerli değildir. Borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir. Zira bu kişiler borsaya kayıtlı şirketlere ortak olmak isteyen kişilere nazaran, sadece şirket kârına değil, şirketin yönetimine de ilgi duyarlar. Bu nedenle bu kişilerin bir şirkete pay sahibi olmadan önce, bu şirkete pay sahiplerinin hangi hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu ve şirket organlarının hangi yetkileri olduğunu öğrenmek amacıyla şirket esas sözleşmesini incelemeleri beklenebilir. Bu açıdan kapalı tip anonim şirkete ortak olmak isteyen bir kişi ile bir limited şirkete ortak olmak isteyen kişi arasında kural olarak herhangi bir fark bulunmamaktadır⁷⁰. Uygulamada da borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir.

Kapalı tip anonim şirketlere ortak olmak isteyen kişiler için, azlığın korunmasına ilişkin hükümler, “eşit işlem ilkesi” ve “ortakların sadakat yükümlülüğü” yeterli bir güvence sağlamaktadır⁷¹. Özellikle 6102 sayılı TTK’nın kabulüyle kurumsal yönetim ilkeleri kural olarak kapalı tip anonim şirketler için de uygulanacağından, emredici hükümler ilkesine olan ihtiyaç azalacaktır.

Kapalı tip anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin sağlayacağı daha fazla bir güvence uğruna sözleşme özgürlüğünden vazgeçmek, bu şirketlerin pay sahipleri tarafından pek tercih edilmemektedir⁷². Zira kapalı tip anonim şirket pay sahipleri, kural olarak şirket yönetiminde aktif bir rol oynamak isterler ve şirketin yabancılaşmasını arzu etmezler⁷³. Oysa emredici hükümler ilkesi, şirket yönetiminde yer almayan pay sahiplerinin yönetimi etkileme imkânını büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Ayrıca emredici hükümler ilkesi, kapalı tip anonim şirketlerin kişisel niteliklerini korumasını zorlaştırmaktadır. Anonim şirketlerde, şirket paylarının rakip işletmelere yakın olan veya milliyeti, siyasî, dini, manevî düşünceleri açısından hoş karşılamadıkları kişilerin eline geçmesi, dolayısıyla şirketin yabancılaşma tehlikesi bulunmaktadır. Söz konusu yabancılaşmaya karşı alınacak önlemler, emredici hükümler ilkesi nedeniyle sınırlı düzeyde kalmaktadır. Yine pay senedi çıkarılması zorunluluğu, internet sitesi oluşturma yükümlülüğü ve bağımsız denetime tâbi tutulma gibi, kapalı tip anonim şirketler

⁷⁰ Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷¹ Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷² Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷³ Halka açık anonim şirket tipinde ise, çok sayıda pay sahibinin var olduğu ve bu kişilerin genel kurula katılma ve oy kullanma gibi idarî hakları değil, elde edecekleri kâr ve hisselerinin değer artışına önem verdikleri bilinen bir gerçektir. Bu şirketlerde yönetim kurulu, kural olarak profesyonel üçüncü kişilerden seçilmektedir.

açısından emredici olarak düzenlenmemesi gereken birçok konunun emredici hükümlerle düzenlenmiş olması, anonim şirket türünü küçük ve orta ölçekli işletmeler için cazip olmaktan çıkaracaktır.

Emredici hükümler ilkesi, dayanağını Anayasa'nın 48. maddesinden alan sözleşme özgürlüğünü⁷⁴ kapalı tip anonim şirketler açısından gereğinden fazla sınırlamaktadır ve bu anlamda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 13. maddeye ilave edilen "ölçülülük ilkesi"ne göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulacak amaç sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu amaç sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir. Gereklik ilkesine göre, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirebilecek aynı derecede etkili çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayan araç tercih edilmek zorundadır. Aile şirketlerinde emredici hükümler ilkesini kabul etmek ile sadece bazı konuları emredici olarak düzenlemek aynı amacı sağlamaya yönelik iki önlemdir; ancak, ikinci önlem, esas sözleşme özgürlüğünü daha az sınırlandırmaktadır. İkinci önlemin seçilmesi halinde, esas sözleşme özgürlüğünün sağladığı menfaatler ile emredici hükümler ilkesinin sağladığı menfaatler arasında bir denge kurulmuş olacaktır.

Alman hukukunda bazı yazarlar aile şirketlerinin anonim şirket yerine limited şirket türünü seçerek emredici hükümler ilkesine tâbi olmaktan kurtulacağını, dolayısıyla alternatif bir şirket türünü seçme imkânının olduğu yerde, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasından söz edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁷⁵. Ancak yeni kurulacak şirketlerin anonim şirket yerine limited şirketleri tercih etmeleri mümkün olmakla birlikte, TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan anonim şirketler emredici hükümler ilkesine tâbi olmak zorundadır. Bu şirketlerden limited şirkete dönüşmeleri de beklenemez. Zira bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi piyasada olumsuz bir imaj ve bazı soru işaretlerinin oluşmasına da neden olabilir. Ayrıca bir şirketin başka bir şirkete dönüşmesi, birçok işlemin yapılmasını gerektirmekte ve şirketin ek masraflar yapmasına yol açmaktadır. Yine bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi, anonim şirketlerin aile şirketlerine sağladığı birçok avantajın⁷⁶ da kaybedilmesi demektir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin bu tür şirketler açısından ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı ve sözleşme özgürlüğünü sınırladığı sonucuna varılabilir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle kapalı tip anonim şirketlerde, emredici hükümler ilkesinin kabulü yerine, sadece ihtiyaç duyulan bazı konuların emredici olarak düzenlenmesi yeterlidir.

SONUÇ

6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK'ya göre, ano-

⁷⁴ Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde BK'nın 19/1. maddesine göre, bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

⁷⁵ Bkz. **Hommelhoff**, ZGR Sonderheft 12, s. 69 vd.; **Bendfeld**, s. 49.

⁷⁶ Aile pay sahiplerinin şirket üzerindeki etkisinin devamını sağlama, organizasyon yapısı, hisselerin halka arz edilebilmesi, piyasadaki olumlu imajı gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu, Rauf**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2009, s. 112 vd.

nim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

TTK'nın 340. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesinden, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzının dikkate alınması gerektiği sonucuna varılamaz. Söz konusu iznin hükmün anlam ve amacından da çıkarılması mümkündür. Ancak yapılan yorum sonucunda, sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği kabul edilmelidir.

Alm. POK'nın aksine, TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümleri tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak açık bir düzenleme olmasa da, emredici hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir.

TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, “Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” Söz konusu hüküm gereksiz bir hüküm olup madde metninden çıkarılmalıdır. Zira Türk hukukunda özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel kuralı uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı, somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun, uygulamada öncelik taşıması tabiidir. Nitekim TTK'nın 330. maddesinde de, TTK hükümlerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, bu kanunlarda TTK hükümlerinden farklı hükümlerin geçerli olduğu ve öncelikle uygulanacağı kabul edilmiştir.

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir. Bu nedenle konuyu genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirmek gerekir. Yani, bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK'nın emredici bir hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddi hukuk normunu ihlâl etmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda TTK'nın 340. maddesi değil, 445. ve 447. maddeleri esas alınmalıdır.

6102 sayılı TTK, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Kanaatimizce, emredici hükümler ilkesi, halka açık şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler, özellikle aile tipi kapalı anonim şirketler açısından yerinde değildir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler için geçerli olmaması gerekir. Bu ilke geçerli olacaksa da, bu şirketler için TTK'da öngörülen mevcut yedek hükümlere ek bazı yedek hükümler de eklenmelidir.

Madde Metnine İlişkin Değişiklik Önerimiz:

2. Emredici Hükümler İlkesi

M. 340- (1) Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. **Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketici (tahdidi) bir biçimde düzenlemiş olsun.**

Emredici Hükümler İlkesi Bağlamındaki Diğer Önerilerimiz

Emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şeklinden farklı olarak düzenlenemeyeceği, “aksine anlaşma yapılamaz”, “aksine anlaşma geçersizdir”, “sınırlanmaz” gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Bu ifadelere yer verilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih** : Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976
- Aytaç, Zühtü** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Payscaleliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 61 vd.
- Bahtiyar, Mehmet** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 47 vd. (TBB Dergisi, 2005)
- Behrends, Okko Hendriks** : Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 578 vd.
- Bendfeld, Heiner** : Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, 1999
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat** : Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004
- Friedewald, Rolf** : Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990
- Gessler, Ernst** : Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, s. 69 vd. (FS für Martin Luther)
- Gessler, Ernst** : Wichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 1980, s. 427 vd. (ZGR 1980)
- Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/ Eckardt, Ulrich/ Kropf, Bruno** : AktG, Band I, §§ 1-75, München 1984 (Yazar adı, Gessler/Hefermehl, AktG)
- Grosskommentar zum Aktiengesetz** : 6. Lieferung, Berlin, New York 1996 (Yazar adı Grosskomm)
- Hirte, Heribert** : Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, Kapitalmarkt und sonstige Legimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, New York 1997, s. 61 vd.
- Hommelhoff, Peter** : Satzungsstränge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, Festschrift für Ulmer, Berlin 2003, s. 267 vd. (FS für Ulmer)
- Huber, Ulrich** : Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, Festschrift für Helmut Coing II, München 1982, s. 167 vd.
- Hüffer, Uwe** : Aktiengesetz, 7. Aufl., München 2006

- Karasioglu, Fehmi** : Kamunun Aydınlatılması Açısından Finansal Bilgi Kaynakları ve Bağımsız Denetim Fonksiyonu (http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=485)
- Karasu, Rauf** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009
- Kayar, İsmail** : Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'da Kâr Dağıtımı, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 455 vd.
- Kırca, Çiğdem** : Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD, Yıl 2001, C. 50, Sa. 1, s. 91 vd.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz** : Band 1 (1988), Band 2 (1985) Band 5 (1985), Köln (Yazar Adı, Kölner Komm)
- Luther, Martin** : § 23 Abs. 5 AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in: Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin, Heidelberg, New York, 1972, s. 167 vd.
- Manavgat, Çağlar** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üni. Huk. Fak. Derg., 2005, C. II, Sa. 1, s. 523 vd.
- May, Peter** : Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991
- Moroğlu, Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006 (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı)
- Möllers, Thomas** : Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht, Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigen Recht-, ZGR 1997, s. 334 vd.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz** : München 2000 (Yazar Adı, MünKomm, AktG)
- Pulaşlı, Hasan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012
- Spindler, Gerald** : Deregulierung des Aktienrechts?, AG 1998, s. 53 vd.
- Tekinalp, Ünal** : Erişim Hakkı, Batider, 2006, C. XXIII, Sa. 4, s. 4 vd. (Batider, 2006, Sa. 4)
- Tekinalp, Ünal** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 635 vd. (Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II)
- Tekinalp, Ünal** : TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını
- Wiesner, Peter** : Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, s. 1841 vd.
- Yanlı, Veliye** : Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005 (Kamunun Aydınlatılması)

ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAVRAMI VE AYNI SERMAYE DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN*

ÖZET

Tebliğin konusu, anonim şirketlerde sermaye kavramı ve aynı sermaye değerinin belirlenmesidir. 6102 sayılı TTK ile 6762 sayılı TTK hükümleri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Tebliğin başlıca alt başlıkları; sermaye kavramı, sermaye olabilecek unsurlar, sermaye borcunu ifa, aynı sermaye değerinin belirlenmesi, sermayenin çeşitli kurumlar bakımından önemi, kanuna karşı hile ve sorumluluk.

Anahtar Kelime: Anonim şirket, sermaye, aynı sermaye

ABSTRACT

The subject of this Communique is the concept of "Capital" in incorporations and the determination of capital in kind. The provisions of TCC No: 6102 and 6762 have been comparatively analysed. The principal subsections of the Communique are the concept of Capital, the elements that can be Capital, the fulfilment of capital contribution, determination of capital in kind value, the importance of capital in terms of various aspects, fraud against law.

Keywords: Incorporation, Capital In Kind

I- Sermaye Kavramı

Sermaye, şirket kavramının zorunlu unsurlarındandır. Sermaye konulmadan şirket kurulması mümkün değildir. Şirketin kuruluşu sırasında taahhüt edilen sermaye, ortaya çıkan tüzel kişiliğin ilk malvarlığını oluşturacaktır. Ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler arasında sermaye unsuru düzenlendiği gibi (TK m. 127-132), her şirket tipine ilişkin olarak ilgili şirketin özellikleri çerçevesinde özel düzenlemelere de yer verilmiştir (TK m. 213/e, 246, 305/2, 307, 323, 332, 342-347, 456-475, 480-483, 550-552, 562, 564, 576, 578, 580, 583, 590-592). Ticaret şirketlerinden kolektif ve komandit şirket şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirkettir (TK m. 124/2). Bu ayırım uyarınca, her şirket tipine ilişkin düzenlemelerde birbirine paralel hükümler bulunduğu gibi, tamamen farklı hükümlere de rastlanmaktadır. Örneğin, sermaye olarak getirilebilecek değerler bakımından paralel nitelikte hükümler mevcuttur. Anonim ve limited şirketlerde asgari bir sermaye miktarı taah-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

hüdü kuruluş bakımından zorunlu iken (TK m. 332, 580)¹, diğer şirket türlerinde asgari bir sermaye sınırı aranmamaktadır. Aşağıda yapılacak incelemede, anonim şirketler bakımından sermaye ile ilgili özel düzenlemelerin yanısıra, ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerin anonim şirkete ne ölçüde uygulanacağı da incelenecektir.

II- Sermaye Olabilecek Değerler

Kanun'da aksi yönde bir düzenleme bulunmaması şartıyla, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurları (TK m. 127) ;

- para, alacak,
- kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar,
- fikrî mülkiyet hakları, elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
- taşınurlar ve taşınmazlar, bunlar üzerindeki faydalanma ve kullanma hakları,
- kişisel emek, ticari itibar,
- ticari işletmeler,
- maden ruhsatnameleri gibi ekonomik karşılığı olan diğer haklar,
- devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen diğer her türlü unsurur.

Hükümün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yapılan sayım sınırlı sayıda değildir. Örneğin, hükümde özel olarak belirtilmese de, hizmet edimlerinin aksi yönde özel hüküm olmadığı sürece ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesi mümkündür (BK m. 428, 429, TK m. 127/j).

Elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin sermaye olabilmesi için, haklı olarak kullanılıyor ve devredilebilir olmaları gerekir (TK m. 127/h). Teknolojideki gelişmeler ile birlikte hayatımıza giren bu unsurlarla ilgili yeterli kapsamda hukuki düzenlemeler henüz mevcut değildir. Gerek devirleri gerek devir taahhütleri uygulamada sorunlara sebep olabilmektedir. Bir ticaret şirketinde sermaye olarak taahhüt edilmeleri durumunda, tereddütlerin bertaraf edilebilmesi için kanun koyucu söz konusu şartları aramıştır. Ancak, bu şartların varlığını aramak da beraberinde çözümü gereken bir çok soruyu ortaya çıkaracaktır. Örneğin, söz konusu değerlerin haklı olarak kullanılıyor olmasını kim, hangi kriterlere göre değerlendirecektir?

Tüm ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümün yanısıra, bazı şirketler için sermaye olarak getirilebilecek unsurlara sınırlama getirilmiştir. Anonim şirketlerde aynı sermaye, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil malvarlığı unsurlarıdır. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olamazlar (TK m. 342). Limited şirketler bakımından da bu hüküm geçerlidir (TK m. 578).

Ticaret şirketlerine ilişkin genel hüküm ile anonim ve limited şirketler için getirilen sınırlama karşılaştırıldığında, ortaya çıkan durum şu şekildedir;

- Hizmet edimleri ve kişisel emek TK m. 127'nin aksine anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.
- Ticari itibar, sermaye şirketi özelliği ile bağdaşmadığı için, anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.

¹ Tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş sermayeyi ifade eden esas sermaye 50.000 (ellibin) TL'den az olamaz. Sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık olmayan anonim şirketlerde ise, başlangıç sermayesi (kayıtlı sermaye sistemine ilk geçildiğinde sahip olunması gereken sermaye) en az 100.000 (yüzbin) TL olmalıdır (TK m. 332).

- Diğer ticaret şirketlerinde alacaklar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın sermaye olarak getirilebilir. Ancak, anonim ve limited şirketlerde, vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

- Üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurları anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.

Vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin sınırlama, sermayenin ifasında gecikmelerin önüne geçmeyi temin amaçlıdır. Alacağın vadesi ne kadar uzunsa, sermayenin şirkete girişi de o kadar ötelenektir. Alacak vadesi geldiğinde şirkete ödenecektir. Ortağın temerrüt faizi ödeme ve gecikme sebebiyle uğranılan zararı tazmin borcunun doğması için, alacağın aksi kararlaştırılmış olmadıkça vade gününden itibaren 1 ay içinde tahsil edilememiş olması gerekir. Vadenin gelmesinden ve sonraki 1 aylık sürenin dolmasından önce, ortaktan herhangi bir talepte bulunma imkanı olmayacaktır. Vadesi gelmeyen alacağın sermaye olması engellenerek, sermayenin ödenmesi için beklenen süre, şirketin tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren sadece 1 ay ile sınırlandırılmıştır (TK m. 130/2).

Ancak, vadesi gelmeyen alacaklara ilişkin sınırlama, beraberinde bir takım sakıncaları da getirmektedir; örneğin, vadeli para alacağını içeren kıymetli evrakın sermaye olarak konulması mümkün olmayacak, portföyünde tahvil vs. alacaklılık hakkı veren menkul kıymetler bulunduran şirketlerin birleşme ve bölünmelerinde de sorun yaşanabilecektir². Vadesi gelmemiş dahi olsa, alacakların nakden değerlendirilmeleri ve devredilebilmeleri mümkün olduğundan, sermaye olarak kabul edilmelerinin engellenmemesi gerektiği, biçilecek değer bakımından tedbir alınmasının daha doğru olacağı doktrinde savunulmuştur³. Nitekim bu yönde tedbir mahiyetinde bir hüküm zaten mevcuttur; "...Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır..." (TK m. 343).

III- Sermaye Borcunu İfa

Sermayenin anonim şirketler bakımından taşıdığı önem sebebiyle, taahhütlerin şirkete getirilme zamanı özel olarak düzenlenmiştir. Düzenlemede değişik ihtimaller de dikkate alınmıştır.

TK, eTK'dan farklı olarak halka açık olmayan AŞ'lere de kayıtlı sermaye sistemini benimseme imkanı tanımıştır. Esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemi arasındaki farklılıklardan birisi de, sermaye borcunu ifa zamanı ile ilgilidir. Kayıtlı sermaye sisteminde, sisteme giriş anında sermayenin tamamının ödenmiş olması gerekir (HAOŞ 5/2). Dolayısıyla, kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini kabul edecek şirketlerde başlangıç sermayesinin, kuruluştan sonra bu sisteme geçilmesi durumunda ise çıkarılmış sermayenin tamamı ödenmiş olmalıdır. Kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmesinden sonra YK kararıyla sermaye artırılmasında artan kısmın ödenme zamanı ise, esas sermaye sistemine ilişkin TK m. 459 hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilerek düzenlenmiştir.

² **Moroğlu**, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 144.

³ **Kendigelen**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, Ekim 2011, s. 197. Benzer yönde **Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, Kasım-Aralık 2005, s.72.

Esas sermaye sisteminin benimsenmesi halinde sermaye borcunun ifa zamanı; Sermaye olarak para getirilmesi taahhüt edilmişse (TK m. 344, 346, 459) ;
 aaa- payın itibari değerinin en az %25'i sicile tescilden önce,
 bbb- itibari değerini geri kalan kısmı tescili izleyen yirmidört ay içinde,
 ccc- itibari değeri aşan tutarın (çıkartılma primlerinin) tamamı sicile tescilden önce ödenmelidir.

ddd- Halka arz edileceği sözleşmede taahhüt edilen paylar bakımından ise, ticaret siciline tescilden önce herhangi bir ödeme yapılmaz. Bu paylar, tescilden itibaren en geç 2 ay içinde halka arz edilmelidir. İtibari değer ile çıkartılma primlerinin, SPK m. 4 çerçevesinde satış sürecinin sonunda, satıştan elde edilen gelirden şirkete ödenmesi gerekir. Halka arz prosedürü neticesinde satılmayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arz edilmeyen payların bedellerinin ise %25'i 2 aylık sürenin bitiminden itibaren 3 gün içinde şirkete ödenmelidir.

Şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra sermaye borcu şirket tüzel kişiliğine ödenecektir. Sermaye borcunun alacaklısı tüzel kişiliktir. Şirketin tescilinden önce ödenecek nakdi sermaye borçları ise, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi bir bankada, kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba yatırılacaktır (TK m. 345/I). Hesapta biriken tutar sadece şirket tarafından kullanılabilir, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kurucular tarafından çekilmesi, harcanması mümkün olmayacaktır.

TK m. 459, kuruluşun sonra yapılacak sermaye artırımlarında taahhütlerin ödenmesi ile ilgili olarak TK m. 344 ve 345'in kıyasen uygulanacağını hükme bağlamıştır. Yapılan bu atıf dolayısıyla, sermaye artırımı kararının sicile tescili tarihinden önce ödenmesi gereken itibari değerinin en az %25'inin Bankacılık Kanunu'na tabi bir bankada şirket adına açılacak özel bir hesaba yatırılması gerekir. Sermaye artırımı genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemezse, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınan izin geçersiz hale gelir (TK m. 456/3). TK m. 345/2 uyarınca banka hesabına yatırılan tutarlar, sicil müdürünün yazısının sunulması üzerine banka tarafından sahiplerine iade edilir.

Para dışında kalan diğer sermaye taahhütleri bakımından (TK m. 128) ⁴;

aaa- Taşınmaz mülkiyeti ya da üzerinde mevcut veya tesis edilecek bir sınırlı aynı hakkın sermaye olarak taahhüt edilmesi ihtimalinde, borçlanma işleminin geçerliliği için bu taahhüdün esas sözleşmede yer alması yeterlidir. Resmî şekil⁵ aranmaz. Ancak, taşınmazın aynı sermaye olarak geçerliliği için, tapuya şerh⁶ verilmiş olması şarttır⁷.

⁴ eTK'da AŞ'nin kuruluşu sırasında yapılan aynı sermaye taahhütlerinin ifası ile ilgili olarak m. 285 hükmü mevcuttur. Bu hükme göre, söz konusu taahhüt, şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceğinin, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynı haklar bakımından ise bu hakların şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması anlamına gelecektir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan 2003/3 sayılı Tebliğ'de ise, aynı sermaye taahhüt edilmesi durumunda, bu taahhüdün şirketin kuruluşunun tescili tarihinden itibaren yerine getirileceği, özel sicile kayıtlı mal ve haklar bakımından da kuruluşun tescilinden itibaren ilgili sicilde şirket adına tescil edilecekleri kabul edilmişti (m. 3/A-a-ee).

⁵ MK m. 706/1 taşınmaz mülkiyetinin devri amacını taşıyan sözleşmelerin geçerliliğini resmî şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlamıştır.

⁶ Tapu kütüğüne şerh verilebilecek hususlar için bkz. MK m. 1009-1011.

⁷ TK m. 128/2 sadece taşınmazlar bakımından değil, tüm aynı sermaye taahhütlerinin geçerliliği için şartta bağlamaktadır. Taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerler varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınmazlar da güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye olarak kabul edilirler.

Şirketin taşınmazın maliki ya da sınırlı aynı hakkın sahibi olabilmesi için, tapu siciline tescil şarttır. TK m. 128/5;

“... şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir.”

ifadesine yer vermiştir. MK m. 705 ise taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını şu şekilde düzenlemektedir;

“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.”

Tescilsiz iktisaplar için getirilen m. 705/son cümlesi ile m. 128/5 arasındaki ifade benzerliği, ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak getirilmesinde de tescilsiz iktisabın kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir. Kanaatimce, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması ile ilgili temel kuralın aksini öngörmek isteyen kanun koyucunun, istisnai düzenlemeyi açıkça öngörmesi gerekirdi. Bu yönde açık bir hüküm olmadıkça, TK m. 128/5’deki ifade tescilsiz iktisabın varlığını kabul için yeterli değildir.

Şirket adına tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi için, MK m. 1013/1’in aksine, sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin tapu memuruna yönelteceği bir talebe ihtiyaç yoktur. Şirketin tescili ile eşzamanlı olarak, ticaret sicil müdürü tapu siciline resen bir bildirim⁸ yapar (TK m.128/VI, SAİT m. 4/5). Tapu sicili resen işlem yapılabilmesine imkan tanınan bir sicil değildir. Bu sebeple tapu memuru tapuda şirket adına tescil yapamayacak, ticaret sicil müdürünün bildirimini aldığı anda tapu siciline şirketin kuruluş işleminin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh koyacaktır. Tapuda şirket adına tescil işlemi ise, tüzel kişilik kazanan anonim şirketin temsilcilerinin talebi üzerine, gerekli harç ve giderler öndendikten sonra yapılacaktır (TK m.128/VI, SAİT m. 6/1, MK m. 1013/2).

Tapu memuru, ticaret sicil müdürünün bildirimini aldıktan sonra, tapuda kayıtlı eski hak sahibinin kurulan şirket aleyhine sonuç doğuracak taleplerine dayanarak işlem yapamaz (SAİT m. 6/2). Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları MK m. 731 vd’nda, kandan doğan kısıtlamalar, sözleşmeden doğan önalım hakkı, alım ve geri alım hakları, komşu hakkı, başkasının arazisine girme hakkı, kamu hukuku kısıtlamaları olarak düzenlenmiştir⁹. MK m. 1010 da tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkindir¹⁰; “Aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir:

1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları,

2. Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre,

3. Aile yurdu kurulması, altmirsacı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler.

Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”

⁸ Ticaret sicil müdürlüğü yapacağı bildirimde, bildirim konu olan işlemi açıkça belirterek, mülkiyet değişikliğine konu olan mal ve hakların ilgili sicildeki kayıtlarına ilişkin bilgileri, mahkemece atanan bilirkişi tarafından tespit edilmiş değerini, şirketin kuruluşunun tescil edildiğini, şirketin unvanını, adresini, ticaret sicil numarasını, ortaklık yapısını, şirketi temsile yetkili olanların ad, soyad ve T.C. kimlik numaralarını belirtmek, şirket sözleşmesi ile değerlemeye ilişkin raporların birer örneğini bildirimde eklemek zorundadır (SAİT m. 5)

⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 419-464

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, s. 183-185; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, 2. Cilt, 2007, s. 657-661.

MK m. 1010'da sayılan hususların taşınmaz malikinın tasarruf yetkisi üzerindeki etkileri aynı değildir. İflas kararı, konkordato ile verilen süre, aile yurdu kurulmasına ilişkin mahkeme iznini içeren senedin tapuya şerhi halinde, taşınmazın maliki taşınmaz üzerinde tasarruf edemezken, haciz ve alt mirasçı atanması halinde malikin tasarrufta bulunma imkanı devam etmekte, ancak üçüncü kişilerin iyiniyeti tapuya şerh ile kaldırılmaktadır. SAİT m. 6/2 ise, TK'da öngörülmemen ve MK m. 1010'da da yer almayan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasını tebliğ hükmü ile düzenlemektedir. TK m. 128/2 özel sicillere yapılacak olan kayıdın iyiniyeti kaldıracağını hükme bağlamış, taşınmaz malikinın tasarruf yetkisinin ortadan kalktığına ilişkin bir hüküm getirmemiştir. SAİT m. 6/2 ise tapuda şirket aleyhine sonuç doğuracak işlem yapılamayacağını belirtmiştir. MK m. 1010'da sayılan haller her ne kadar sınırlı sayıda olmasa da, hükümdede açıkça ifade edildiği üzere, kanunen öngörülen diğer işlemler m. 1010'da sayılanlara ilave tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak kabul edilebilir.

Kanaatimce TK m. 128/2'nin sistemine en uygun düşen ve olması gereken düzenleme, 21.07.1971 tarih ve 1447 numaralı Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 7 hükmüne paralel bir hükümdür. M. 7 hükmüne göre; "Tescili müteakip Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicili memurunun derhal yapacağı bildiri üzerine, bu kanuna istinaden tesis edilen rehin, ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği gayrimenkul işletme sahibine ait ise bu gayrimenkulün tapu kütüğündeki sayfasındaki beyanlar hanesine markalar, lisanslar ve ihtira beratları gibi sınai haklar için Sanayi Bakanlığınca tutulan sicile, maden siciline, motorlu araçlar için nakil vasıtaları siciline, ticari işletme rehni veren müessesenin varsa şubelerinin bulunduğu yer sicillerine derhal kaydedilir." Aynı sermaye taahhüdü durumunda da ticaret sicil müdürünün tescil üzerine derhal ilgili diğer sicillere yapacağı bildirim üzerine, şirket adına sicilde tescil işleminin gerçekleştirilmesi TK m. 128'in amacına ve lafzına en uygun çözüm olacaktır. Ticaret sicil müdürünün şirketin tescili üzerine yapacağı bildirim, tapuya yöneltilen tescil talebi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TK m. 128/6 "Mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ... ticaret sicili müdürü tarafından ilgili sicile resen ve hemen yapılır." ifadesine yer vermiştir. Aynı şekilde m. 128'in gerekçesinde de, "Aynı sermaye olarak konulmuş bulunan taşınmazlar ve diğer haklar maddenin ikinci fıkrası gereğince zaten tapu sicili ile diğer sicillere şerh verilmiş veya kayıt edilmiş olduklarından sicil müdürünün bunların şirket adına tescili talebi üzerine tapu memuru ile diğer sicillerin yetkilileri tescil işlemini hemen yapar. Bu hüküm ile, özellikle Anadolu'da sermaye olarak konulmuş taşınmazların şirket adına yıllarca tescillerinin yapılmamasından doğan ihtilaf ve sorunların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak şirketin tescil talebi de saklı tutularak amaca ulaşabilme araçları pekiştirilmiştir." açıklaması bulunmaktadır. Bu çözümün kabulü halinde tapu harçlarının ve masraflarının Uygulama Kanunu m. 16'da olduğu gibi, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca şirketten alınması gerekecektir.

TK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 16, TK'nın yürürlüğe girmesinden önce sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazlar bakımından tescili talep edebilecek kişilerin sayısını arttırmıştır. "Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce bazı taşınmazlar bir şirkete sermaye olarak konulmuş, ancak bunların tapu siciline tescillerinin şirket adına yapılmamış olması hâlinde, şirket alacaklıları, ortakları veya pay sahipleri tescil isteminde bulunabilecekleri gibi, tescilin, ticaret sicili müdürlerince yaptırılması talimatını Sanayi ve Ticaret Bakanlığı da verebilir. Tescil harcı ile diğer harç ve masraflar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde şirketten alınır."

bbb- Taşınırlara ilişkin sermaye taahhütleri, esas sözleşmede yer almalarının yanı sıra, şirketin tescilinden önce güvenilir bir kişiye tevdi edilmiş olmaları şartıyla aynı sermaye taahhüdü olarak kabul edilirler. Şirket, tescil ve ilan edildiği andan itibaren bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kazanacak ve malik sıfatıyla tasarruf edebilecektir.

Bu düzenlemede varlığı aranan güvenilir kişi kimdir? Taşınır sermayenin tevdi edildiği kişinin güvenilir olup olmadığını kim değerlendirecektir? Bankaya tevdi edilebilen taşınır bakımından bu hükmün uygulaması kolay olacaktır. Ancak diğer taşınır bakımından uygulama Kanun'daki boşluğu dolduracaktır. Bu konuda ilk akla gelen çözüm, kurucuların birlikte güvenilir kişinin kim olacağını belirlemeleridir. Ancak anlaşamamaları durumunda, mahkemeye müracaatla tevdi mahalli tayin edilmesi istenebilecek midir? Bu soruya verilecek cevaba, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kurucular arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar da etkili olacaktır.

ccc- Fikri mülkiyet hakları, maden hakları, hava taşıt araçları ve gemilere ilişkin sermaye taahhütleri, esas sözleşmede yer almaları ve ilgili özel sicile kaydedilmeleri şartıyla sermaye taahhüdü olarak kabul edileceklerdir. Bu değerler üzerinde şirketin malik sıfatını kazanma anı ise her biri bakımından farklılık taşır. Şöyle ki;

Ortak marka ve garanti markası dışında kalan fikri mülkiyet hakları ile hava taşıt araçlarının devri yazılılık şekline tabidir. Özel sicillere tescil, hakkın 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından aranır¹¹.

Geminin ya da gemi payının devri için, yazılı anlaşma ve imzaların noterden tasdiki ya da Gemi Sicil Müdürlüğü'nde bu anlaşmanın yapılması şartlarının yanısıra zilyetliğin nakli de gerekir.

Şirket esas sözleşmesi, aranan şekil şartlarını yerine getirecek, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren şirket bu haklar ve hava taşıt aracı ile gemi üzerinde malik sıfatını kazanacaktır. Tescil ise, elde edilen hakların 3. kişilere karşı ileri sürülebilirliğini temin edecektir. (556 sayılı KHK m. 16, 551 sayılı KHK m. 86, 92, 554 sayılı KHK m. 39, 2920 sayılı TSHK m. 66, TK m. 1001, 1007)

Maden hakkının devri maden siciline kayıt ile tamamlanmaktadır (3213 sayılı Maden Kanunu m. 5). Maden hakkının sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde, ticaret sicil müdürünün bildirim ve anonim şirket yetkililerinin talebi üzerine¹² yapılan tescil ile şirket bu hakka sahip olacaktır (SAİT m. 6/1).

ddd- Bir ticari işletmenin de şirkete sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilebilecektir. Ticari işletmenin devrine ilişkin TK m. 11/3, ticari işletmenin içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün olarak devredilebileceğini, hukuki işlemlere konu yapılabileceğini düzenlemiştir. Hükme göre, sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, şirket esas sözleşmesi, m. 11/3'de aranan yazılı şeklin yerini alacaktır. Ticaret sicili resen tescil yapılmasına izin veren bir sicil olduğundan, şirketin ticaret siciline tescili üzerine ilgili ticaret sicil müdürlüğüne yapılacak bildirim üzerine, ticari işletmenin sicil kaydında şirket adına tescil işlemi gerçekleştirilecektir.

Ticari işletmenin sermaye olarak taahhüt edilmesi ve yukarıda açıklanan surette kurulan şirket adına resen tescil edilmesi üzerine, ticari işletmeye dahil taşınmazlar ve diğer malvarlığı unsurları başkaca bir işleme gerek kalmaksızın şirkete ait olacaktır. Nitekim TK m. 11/3 ticari işletmenin devrinde tescilsiz iktisabı kabul etmektedir. Bu durum, doğrudan taşınmazın sermaye olarak taahhüt edilmesine ilişkin yukarıda açıklanan sistem ile çelişmektedir. Ticaret şirketlerinde taşınmazın aynı sermaye olarak

¹¹ Fikri mülkiyet haklarının devri hususunda detaylı açıklama için bkz. **Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2011, s. 118, 351-354; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Haziran 2002, s. 217, 218, 431-433, 565, 566, 644; **Bilgili, Fatih**, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, 412 vd.

¹² Bkz. taşınmazlar ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar.

kabulü için tapuda şerh edilmiş olması şarttır. Şerhin varlığına rağmen kabul edilmeyen tescilsiz iktisaba, ticari işletmenin devrinde izin verilmiştir¹³. Taşınmazın sermaye olarak taahhüdünde, ticaret sicil müdürünün bildirimine üzerine dahi doğrudan şirket adına tescil yapılması engellenmiştir. Ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi yolu ile, taşınmazın sermaye olarak konulmasındaki tapuya tescil şartı aşılabacaktır. Ayrıca, ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi durumunda, ticaret siciline tescilden önceki aşamada işletmeye dahil taşınmazların tapudaki kayıtlarına şerh konulmasının zorunlu olup olmadığı da tartışma konusudur.

Kanaatimce TK m. 128/2 ile m. 11/3 uyumlaştırılmalıdır. Bu noktada ne yönde düzenleme yapılacağı tercih meselesidir. Ancak tescilsiz iktisap kabul edilmek isteniyorsa, ticari işletmenin devrinin yanısıra, ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak getirilmesi bakımından da benzer çözüm benimsenmelidir. Ancak gözden kaçırılması gereken husus, tescilsiz iktisabın varlığına rağmen, tapuda iyiniyetle mülkiyeti kazanan kişinin kazanımının korunacağıdır. Kanaatimce, hem ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak konulmasında hem ticari işletmenin devri yolu ile işletmeye dahil taşınmazın devrinde, tescilsiz iktisap yerine, ticaret sicil müdürünün bildirimine üzerine tapu memurunun re'sen tescil yapmasına izin vermek, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır.

IV- Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi

Anonim şirkette para dışında bir malvarlığı değerinin sermaye olarak getirilmesi veya kuruluş sırasında bir işletme veya ayın devralınması durumunda, mahkemeye atanacak bilirkişi tarafından değer biçilmesi zorunludur (TK m. 343). Bu hüküm, şirket malvarlığının, dolayısıyla da üçüncü kişilerin ve diğer pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilmiş, tedbir niteliğinde bir hükümdür. Değer biçecek olan bilirkişi, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanır¹⁴. Bu düzenleme eTK'nın ani kuruluşla ilişkin hükümleri ile paralel niteliktedir. Ancak, aşağıda değinilecek olan hususlarda TK daha detaylı düzenlemeler getirmiştir.

Bilirkişi raporunda, sadece biçilen değeri belirtmekle yetinmeyecektir. Raporunda yer alması kanunen zorunlu hususlar aşağıda belirtilenlerdir.

- İlk olarak değerlemede kullanılan yöntem belirtilmelidir. Sadece yöntemin ifadesi yeterli değildir. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında, herkes için en adil ve uygun yöntem olması da gerekir. Yöntem seçiminde bu husus dikkate alınarak, en uygun yöntemin kullanıldığına ilişkin açıklamalar değerlendirme raporunda yer almalıdır.

¹³ Tekinalp, ticari işletme ile ilgili bu düzenlemenin Türk eşya hukukunun tescilli iktisap ilkesine önemli ve kapsamlı bir istisna grubu eklediğini, bu açılımın ticari işletme rehni ile hukukumuzda meydana gelen önemli bir değişikliği ve gelişimi tamamladığını hem de ticari işletmeyi işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Tekinalp**, Ünal, *Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*, BATIDER, Haziran 2008, C. XXIV, S. 3, s. 12, 13. Tescilsiz iktisabın eleştirisi için bkz. **Karahan**, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Eylül 2012, s. 36, 37.

¹⁴ Şirket merkezinin bulunacağı yer mahkemesinin yetkisini mutlak kabul etmenin, özellikle değer biçilecek olan taşınmaz vb. malvarlığı unsurlarının şirketin merkezinin bulunacağı yerden uzakta olması durumunda uygulama bakımından sıkıntılara ve değer biçilmesinde aksaklıklara sebep olacağı hususunda bkz. Kendigelen, s. 197, 198. Değer biçilecek olan unsurların mekan olarak uzakta olması ihtimalinde değerlendirmenin sıhhatini sağlamak bakımından akla gelen çözüm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 197'de düzenlenen İstinabe kurumuna müracaat edilmesidir.

- Şirketin kuruluşunda alacak sermaye olarak taahhüt edilmişse, bu alacağın gerçek ve geçerli olup olmadığına, tahsil kabiliyetinin bulunup bulunmadığına¹⁵, üzerinde haciz olup olmadığına ve vadesinin gelip gelmediğine ilişkin tespitler ve tam değerleri değerlendirme raporunda bulunmalıdır.

- Her bir aynı sermaye için ayrı ayrı olmak üzere, bu varlıklar karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ve TL karşılıklarına ilişkin hesaplama da değerlendirme raporuna yazılır.

Belirtilen bu hususlara ilişkin açıklamalar, tatmin edici gerekçeler içermeli ve hesap verme ilkesinin icaplarına uygun olmalıdır.

Değerleme raporuna, kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir (TK m. 343). İtiraz üzerine mahkemece ne tür bir yol izleneceği hükümde açıklanmamıştır. Mahkemece bilirkişiden itiraz edilen konularda ek rapor istenebileceği ya da yeni bir bilirkişi atanabileceği düşünülebilir. Buna karşın, itiraz için kanunda bir süre öngörülmemiş olması, uygulama bakımından çözümü zor problemlere sebep olacaktır. En geç mahkemece raporun onaylanmasından¹⁶ önce itirazın yapılması gerektiği hükümden anlaşılmaktadır. Zira, mahkemenin onayladığı rapor kesindir (TK m. 343/son).¹⁷ Mahkemenin raporu onaylamak için ne kadar bekleyeceği ya da onaydan önce raporun kimlere tebliğ edileceği açıklanmamıştır. Rapor itiraz hakkı olan kişilere tebliğ edilecektir. Ancak, itirazın menfaatinin ispat eden herkes tarafından yapılabilecek olması çözümü imkansızlaştırır. Kanaatimce TK m. 343/son cümlesinin madde metninden çıkarılması doğabilecek sorunları da bertaraf edecektir. Zira, eTK'da da bilirkişi tarafından değer biçilmesi aranmakla birlikte, mahkemenin alınan bilirkişi raporunu onaylaması aranmıyor ve bu farklılık korunması gereken bir menfaati de zedelemiyordu.

V- Malvarlığının¹⁸ Korunması İlkesi Bakımından Sermaye

Anonim şirketin sermaye şirketi olması ve üçüncü kişilere karşı yalnız şirket tüzel kişiliğinin, kendi malvarlığı ile sorumlu olması sebebiyle, malvarlığının korunması ilkesi gündeme gelmiştir. Bu ilke kapsamında getirilen tedbirlerden bazıları, sermayenin gerçekliği ve korunması ile ilgilidir;

- Üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olması yasağı (m. 342/1),

¹⁵ Bilirkişinin alacağın tahsil edilebilirliği konusunda görüş bildirmesinin hayatın olağan akışına ters olduğu, açıklayacağı görüşün ilerde sorumluluğuna da yol açabilecek olması sebebiyle görüş açıklanmasının imkansız görüldüğü eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, s. 198.

¹⁶ Mahkemenin nihai olarak yapacağı işlem olarak bahsedilen onay kurumunun Türk usul hukukunda yer almadığı, mahkemenin de değerlendirme imkanına sahip olmadığı bir alanda onay işlemi yapması ile sorumlular arasında girip girmediği sorusunun gündeme geldiği, eleştirileri için bkz. **Kendigelen**, s. 198.

¹⁷ Tekinalp, bilirkişi raporuna tescil ve ilana kadar itiraz edilebileceğini belirtmiştir. **Tekinalp**, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 97. Ancak, kurucular beyanında yer alacak bilgiler (m. 349) dikkate alındığında, bilirkişi raporunun tescil ve ilandan önce, kurucular beyanı düzenlenmeden önce mahkemece onaylanması gerekmektedir.

¹⁸ Sermayenin korunması ilkesi dar anlamda şirkete getirilen sermaye tutarının iadesine, eksilmesine engel olurken, geniş anlamda şirketin malvarlığının korunması olarak anlaşılmaktadır. Tekinalp, eTK ve TK'da yer alan düzenlemeleri de dikkate alarak, ilkenin sermayenin ve malvarlığının korunması amacını taşıyan düzenlemelerin tamamını kapsar şekilde anlaşılmasının daha doğru olacağı düşüncesindedir. **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi (Sermayenin Korunması İlkesi), Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, C II, s. 1689, 1692.

- Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilememesi (m. 342/1),
- Taşınmazların tapuya şerh verilmesi, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin özel sicillerine kaydedilmeleri ve taşınırın da güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri şartıyla aynı sermaye kabul edilmeleri (m. 128),
- Aynı sermayeye değer biçilmesi ile ilgili tedbirler (m. 343),
- Nakdi sermaye taahhütlerinin getirilme zamanları (m.344),
- Şirketin kuruluşundan önce ödenecek sermayenin şirket adına açılacak bir banka hesabına sadece şirket tarafından kullanılabilir şekilde yatırılması şartı (m. 345),
- Şirketin tek pay sahibi olacak şekilde kendi paylarını iktisap etmesi yasağı (TK m. 338/III),
- Tescilden önce ödenmesi gereken asgari sermaye tutarlarının ödendiğinin ticaret siciline yöneltilen bir banka mektubu ile ispatlanması zorunluluğu (TK m. 345),
- İtibari değer altında pay çıkarılmaması (TK m. 347).

Sermayenin korunması hükümlerine aykırı¹⁹ genel kurul ve yönetim kurulu kararları batıldır (TK m. 391/b, 447/c). Ancak, kurucular, kuruluşu katılanlar tarafından bu ilkenin ihlali halinde yaptırımın ne olacağı düzenlenmemiştir. Tekinalp, aykırılığın ticaret sicil müdürlüğünün incelemesi sırasında tespit edilmesi durumunda sicile tescilin reddedilmesi gerektiğini, tespit edilememesi durumunda ise, aykırılığın bazı durumlarda tescil ile onarılabileceğini belirtmiştir. Yazar'a göre bazı aykırılıklar da kuruluş ve sermaye artırımı işlemlerine karşı açılacak fesih davalarına konu olabilecektir²⁰. Kanaatimce, her aykırılıkta ilgili hüküm kapsamında değerlendirme yapılarak neticeye ulaşılmalıdır.

VI- Esas Sözleşmenin Zorunlu İçeriği Bakımından Sermaye

Anonim şirketin sermayesi, getirilen aynı sermayenin ne olduğu, biçilen değer, bunlara karşılık verilecek payların miktarı esas sözleşmeye yazılması zorunlu içerik arasında sayılmaktadır (TK m. 339/c, e). Bu düzenleme emredici midir? TK'da yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümler emredici olup, ancak açıkça izin verilmiş ise esas sözleşmede bu hükümlere aykırı düzenleme getirilebileceği hükme bağlanmıştır (m. 340)²¹. Esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen m. 339'un ifadesi de bu düzenlemenin emredici olduğu yönündedir. Hükümün gerekçesinde ise, esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriğinin düzenlendiği²², bu hükme uyulmamışsa sicil müdürünün esas sözleş-

¹⁹ TK m. 391/b ve 447/c'de malvarlığının korunması ilkesine aykırılık yerine sermayenin korunması ilkesine/hükümlerine aykırılık ifadesi tercih edilmiştir. Bu tercih ve TK m. 391'in gerekçesi dikkate alındığında, butlan yaptırımının malvarlığının tamamını değil, sermayeyi korumaya özgülendiği anlaşılmaktadır.

²⁰ **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1697

²¹ Bu düzenleme ile anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesinin benimsendiği yorumu, emredici hükümler ilkesinin amaçları ile ilkeye aykırılığın sonuçları, bu ilkenin kapalı tip anonim şirketler bakımından gerekli olmadığı görüşü için bkz. **Karasu**, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 43-45, 59 vd., 113-115.

²² M. 339/2'de asgari zorunlu içeriğin düzenlendiği belirtilmesine karşın, sayılan tüm hususların esas sözleşmede bulunmasının mecburi olmadığı, sayılanlardan bir kısmının esas sözleşmenin ancak şarta bağlı zorunlu içeriği olarak kabul edilebileceği eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, s. 195. Karasu ise, m. 339 hükümünün emredici olduğu, aykırılık halinde sicil müdürünün tescil başvurusunu reddetmesi gerektiğini, her nasılsa tescil edilmişse, butlan ve yokluğun talep edi-

meyi tamamlanması veya düzeltilmesi için geri çevireceği belirtilmiştir. Yine gerekçede 'kanunda açıkça izin verilmişse' ifadesinin, hükümden açıkça anlaşılmayan hal-lerde amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçe-lere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla hüküm-den 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsadığı, kanuni boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. M. 354'ün gerekçesinde ise, bu hükmün aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gereken asgari kayıtları da gösterdiği, m. 354'ün bu açıdan m. 339'dan ayrıldığı, m. 339'un hem as-gari içeriğe ilişkin olanları hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hü-kümleri gösterdiği ifade edilmiştir. Her iki madde karşılaştırıldığında, ayni sermaye ile ilgili olarak farklılık taşıyan nokta; esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen m. 339 hük-münde sayılan, 'paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar, değerleri, bun-lar karşılığında verilecek olan payların miktarı, devralınacak işletme veya ayının bel-deli' unsurlarının m. 354'de sayılmamış olmasıdır. Kanaatimce, bu bilgiler her ne ka-dar m. 354'de sayılmamış da olsa, malvarlığının korunması ve kamuyu aydınlatma ilkeleri bakımından taşıdıkları önem sebebiyle esas sözleşmenin asgari içeriğinden kabul edilmelidirler. M. 354'de sayılmamış olmaları, madde metninde de ifade edildiği üzere, sadece TK m. 36/1 hükmünün bu kayıtlar için uygulanmaması neticesini doğur-malıdır. Dolayısıyla bu bilgiler sicile tescil ile birlikte üçüncü kişiler için hüküm do-ğurmaya başlamayacak, üçüncü kişiler bu hususları bilmediklerini iddia edebileceklerdir.

VII- Kurucular ve Yönetim Kurulu Beyanları Bakımından Sermaye

Esas sözleşmenin hazırlanmasından ayrı olarak, anonim şirketin kuruluş işle-m-leri ile ilgili bir beyanın kurucular tarafından hazırlanması da zorunludur (m. 349). Bu beyanın dürüst bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz hazırlanması gerektiği özel olarak ifade edilmiştir. Verilen bilgilerin doğru olmaması durumunda, bu düzenleme olmasaydı da beyanı imzalayan kurucuların sorumluluğu gündeme gelecekti. Ancak beyanda bazı bilgilerin eksik verilmesi durumu için aynı şeyi söylemek her zaman mümkün değildir. Kurucular beyanında yer alacak bilgiler arasında, konulan ayni ser-mayeye verilecek karşılığın uygunluğuna, bu tür sermayenin gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar da yer almaktadır.

Kurucular beyanının amacı; "... kamuyu aydınlatarak malvarlığının korunma-sını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaş-tırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır. Bu sebeple beyan, bilgiyi ve hesabı dürüst bir şekilde verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır"²³. Bu amaç dikkate alındığında, kurucular, maddede sayılan hususlardan başka açıklığa kavuşturulmasını istedikleri hususlara, özellikle de sonradan gündeme gelecek sorum-luluk davalarını düşünerek, yer verebilirler. Nitekim gerekçede de amaca hizmet etme-yen beyanın sicil müdürü tarafından reddedilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Kuruluş sırasında düzenlenen kurucular beyanının yerini, şirketin kuruluşundan sonra yapılan sermaye arttırmalarında yönetim kurulunun beyanı almaktadır (m. 457). Bu beyanda yer verilecek bilgiler arasında da, ayni sermaye konuluyor veya bir ayın devralınıyorsa bunlara verilecek karşılığın uygun olduğu bilgisi, yukarıda değinilen m. 349'da yer alan hususlara ilişkin açıklamalar, devralınan ayni sermaye, ayının türü, değerlendirilmenin yöntemi, isabeti ve haklılığı, bir borcun takası söz konusu ise, bu

lemeyeceği, şartların mevcudiyeti halinde m. 353 uyarınca şirketin feshinin gündeme geleceği görüşündedir. **Karasu**, s. 29.

²³ Bkz. TK m. 349'un gerekçesi.

borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği, kanuni ve idari gerekliliklerin yerine getirildiği hususları sayılmıştır. Bu açıklamalar da belge ve gereçleri olmalıdır.

VIII- Tescil ve İlan Aşaması Bakımından Sermaye

Her ne kadar şirketin tüzel kişilik kazanması bakımından ticaret siciline tescil yeterli (m. 355) olsa da, esas sözleşmenin tamamının TTSG'nde ilanı, mahkemece atanan bilirkişinin düzenlediği değerlendirme raporunun ticaret sicil müdürlüğüne tevdi edilmesi²⁴ zorunludur (m. 354). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin neticesi ne olacaktır? Ticaret sicil müdürü tüzel kişilerin tescilinde şirket sözleşmesini incelemekle görevlidir (TK m. 32/2). Esas sözleşmenin ticaret sicil müdürüne verilmemesi durumunda, sicil müdürü tescil talebini reddedecektir. Bilirkişinin düzenlediği değerlendirme raporunun incelenmesi ile ilgili bir hüküm ise bulunmamaktadır. Ticaret sicil müdürünün tescil için aranan kanuni şartların varlığını incelemekle yükümlü olması (m. 32/1) ve değerlendirme raporunun tevdi edilmesi yükümlülüğünün 'Şirketin tescil ve ilanı' başlıklı m. 354'de düzenlenmesi karşısında, değerlendirme raporunun tevdi edilmediği hallerde de tescilin sicil müdürü tarafından reddedilmesi gerektiği söylenebilir. Değerleme raporu tevdi edilmemesine rağmen her nasılsa tescil gerçekleşmişse, şirketin feshi davasını düzenleyen m. 353 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Ancak, değerlendirme raporu mevcut ve usulüne uygun olmasına karşın herhangi bir sebeple tevdi edilmemişse, fesih kararı vermek yerine m. 353/2'deki imkan kullanılarak eksikliğin tamamlanması için mahkemece şirkete süre verilmesi tercih edilmelidir.

Sermaye taahhüdünün tescil ve ilan aşamasına bir diğer etkisi, SAİT m. 4/6 hükmünde görülmektedir. Şirket sözleşmesinde aynı sermaye olarak konulan mal ve haklar ile ilgili sicillere şerh konulmak suretiyle durumun açıklanmasına rağmen, şirketin ticaret siciline tesciline kadar geçen kuruluş sürecinde söz konusu mal ve hakların başkasına devredilmesi veya üzerinde aynı bir sınırlama tesis edilmesi durumunda, ilgili sicili tutan kurum durumu derhal ticaret sicil müdürlüğüne bildirecektir. Bildirimi alan ticaret sicil müdürlüğü, bu durumu gerekçe göstererek şirketin ticaret siciline tescili talebini reddedecektir. Bu düzenleme, sermayeyi korumaya odaklanmakla birlikte, yerindeliği ve TK'ya uygunluğu tartışılabilir. Nitekim, TK tapuya şerhin ve ilgili diğer sicillere yapılacak kaydın iyiniyeti kaldıracağını hükme bağlamıştır (TK m. 128/2). SAİT m. 4/6 ile getirilen bu hüküm, ön şirkete ilişkin tartışmaların devam ettiği süreçte, sermaye olarak taahhüt edilen bu taşınmaz ile ilgili bir çok sorunun çözümünü ön şirket ile bağlantılı olarak uygulamaya bırakmaktadır.

Ticaret sicil müdürü şirketin tescilinin akabinde, ilgili diğer sicillere re'sen bildirimde bulunacaktır (TK m. 128/6, SAİT m. 4/5). Örneğin, taşınmazın mülkiyetinin sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde, tapu siciline resen bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirimde yer alması gereken bilgiler SAİT m. 5'de, bildirimi alan ilgili sicili tutan kurum tarafından yapılması gereken işlemler ise m. 6'da düzenlenmiştir.

XI- Kanuna Karşı Hile

Anonim şirketlerde sermayenin taşıdığı önem sebebiyle, kuruluş sırasında aynı sermayeye ya da devralınacak işletme ve ayınlara değer biçilmesi bakımından detaylı düzenlemeler getirilmiş, mahkemece bilirkişi atanarak değer belirlenmesi kabul edilmiştir. Ancak, kuruluş sırasındaki bu prosedürden, alınan tedbirlerden kaçmak düşüncesi ile, şirket malvarlığına dahil edilmek istenen işletme ya da ayın, kuruluşun tamamlanmasından sonra da şirket tarafından devralınabilir. Kuruluştaki ilgili hükümlerin bu yolla dolandırılmasını engellemek düşüncesi ile, kuruluştan sonra gerçekleştirilen devralma ve kiralama işlemleri de belirli şartların varlığı halinde kuruluştakine benzer prosedüre tabi tutulmuştur.

²⁴ TK m. 354/3 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki metninde, değerlendirme raporunun da TTSG'nde ilanı zorunluluğu düzenlenmiştir.

İşlemin söz konusu prosedüre tabi olması için getirilen ilk şart, süre ile ilgilidir. Şirketin tescilinden itibaren iki yıl²⁵ içinde bir işletme veya aynı şirket tarafından devralınıyor veya kiralanıyor olmalıdır. İkinci şart ise, sermayenin 1/10'unu aşan bir bedel karşılığında devralma veya kiralamanın yapılmasıdır (TK m. 356/1). Bu şartları taşımasına karşın, şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen aynı ve işletmeler hakkında aşağıda açıklanacak prosedür uygulanmayacaktır (TK m. 356/5).

Süre ve bedel bakımından söz konusu şartları taşıyan bir sözleşme yapılmak istendiğinde, öncelikle yönetim kurulunun şirketin merkezinin²⁶ bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi'ne müracaatı ve bu müracaat üzerine mahkemeye bir bilirkişi atanması gerekmektedir. Bilirkişi, devralınacak ya da kiralanacak işletme ve aylara değer biçer (TK m. 356/2). Daha sonra, sözleşme, şirket genel kurulunca onaylanır. Onayın akabinde hem sözleşme hem genel kurulun onay kararı ticaret siciline tescil edilir. Onay ve tescil işlemi sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Ayrıca, onay ve tescilinden önce sözleşmelerin ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf da geçersizdir (TK m. 356/1, 4). Değerin mahkemeye atanacak bilirkişi tarafından belirlenmiş olmasının işlemin geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bir açıklama hükmünde yer almamaktadır. Ancak, hükmün kanunun dolanılmasını engelleme maksadıyla getirilmesi karşısında, mahkemeye hiç müracaat edilmemesi ya da müracaat edilerek bilirkişi incelemesi yapılmasına karşın, bilirkişinin tespit ettiği değer çok üstünde bir bedelle sözleşmenin kurulması ihtimallerinde, genel kurulca işlem onaylanmış olsa dahi sözleşmenin geçerli olmayacağı kabul edilmelidir.

X- Sorumluluk

eTK'da kuruluştan doğan sorumluluk halleri, kuruluşla ilişkin Birinci Kısım'da ayrı bir başlık altında düzenlenmişti. Sorumluluk halleri ise; vesikaların doğru olması, esas sermaye hakkında yanlış beyanlar, ayın nevinden sermayeye değer biçilmesinde hile, ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin ihmali olarak belirlenmişti. TK ise, kuruluş bakımından sorumluluğa ilişkin ayrı düzenleme yapmamıştır. Anonim şirketler bakımından sorumluluk hallerini bu şirket tipine ilişkin düzenlemelerin sonunda, Onbirinci Bölüm'de hukuki sorumluluk, Onikinci Bölüm'de cezai sorumluluk olmak üzere topluca düzenlemiştir. Düzenlenen hukuki sorumluluk halleri; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanlar ve sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliğinin binmesine rağmen onay verilmesi, aynı sermaye ile devralınacak işletme ve aylara değer biçilmesinde yolsuzluk, SPK hükümlerine aykırı olarak haktan para toplamak, kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleridir. Aşağıda incelenecek olan sorumluluk sebepleri, konumuz itibarıyla sermaye ve özellikle de değer biçilmesi ile ilgili olanlardır.

- Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TK m. 549)

²⁵ 6762 sayılı TK m. 311 hükmünde de bulunan 2 yıllık sürenin yeterli olmadığı, ilk yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin dikkate alınmasının daha doğru olacağı görüşü için bkz. **Yavuz**, Cevdet, *Anonim Ortaklıklarda Kuruluşta Sonra Devir Alma*, İÜHF, 1984/I-4, s. 400.

²⁶ M. 356/2 hükmünde 'şirketin bulunduğu yer' ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, bu ifadede şirket merkezinin bulunduğu yer anlaşılmalıdır.

Kuruluş ile ilgili belgelerin ve beyanların yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur. Hükümün kapsamı eTK m. 305'den daha geniştir. Zira eTK m. 305, belgelerin hakikat hilafına düzenlenmiş olması ihtimalini hükme bağlıyordu.

'Kuruluş Belgeleri' başlıklı TK m. 336'da bu belgelerin esas sözleşme, kurucular beyanı, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan kuruluşla ilgili sözleşmeler olduğu belirtilmiştir. Buradaki sayım sınırlıdır. Ancak, TK m. 549'da düzenlenen kuruluş ile ilgili belgeler m. 336'da sayılan kuruluş belgeleri ile sınırlı değildir. TK m. 549 ifadesi de bu hususu desteklemektedir. TK m. 336, ticaret sicil müdürlüğü ve anonim şirket tarafından 5 yıl boyunca saklama yükümlülüğünü düzenleme amacı taşır.

eTK m. 305, belgelerin gerçeğe aykırı düzenlenmesinden doğan zarardan kurucularla bu belgelerin tanzimine iştirak edenleri müteselsilen sorumlu tutmuştu. TK m. 549 ise, belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ve kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanları sorumlu tutmuştur. TK m. 553/1 kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde sorumlu olduklarını düzenlemektedir. TK m. 553 de, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan kanuna, esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklardan sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır. Bu sorumsuzluk hali, gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek de geçersiz kılınamayacaktır. Dolayısıyla, tüm kurucuların bu sorumluluk sebebine dayalı olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacak, sadece belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ve kusurları mevcutsa bunlara katılanlar sorumlu olacaklardır.

Sorumluluğun niteliği bakımından da TK m. 557 eTK'dan farklı bir düzenleme getirmiştir. Hüküm müteselsil sorumluluğu kaldırmamaktadır. Ancak, sorumlulardan her biri kusur oranına ve durumun gereklerine göre zararın kendisine şahsen yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte sorumlu olacaktır²⁷.

- Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve sermaye taahhüt edenlerin ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TK m. 550)

Sermayenin tamamının taahhüt edilmemesine veya kanun ve esas sözleşmeye uygun olarak ödenmemesine karşın, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ve kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkilileri söz konusu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılığı ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. eTK m. 306'dan farklı olarak, 'bu fiilde kendilerine iştirak edenler' ifadesine yer verilmemiştir. Ancak, hükümde eTK'dan farklı olarak doğrudan kuruculardan bahsedilmemiş olması, 'taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler' şeklinde geniş kapsamlı bir ifadenin benimsenmiş olması karşısında, sorumlu olan kişiler açısından bir farklılık meydana gelmeyecektir.

M. 550/1'de dikkat çeken bir diğer husus, 'kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkilileri' ifadesidir. eTK'nın aksine, TK'da ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kuruluştan doğan sorumluluğu düzenlenmemiştir. Buna karşın, hukuki sorumluluğa

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Kendigelen**, s. 405-408; **Pulaşlı**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 933 vd.

ilişkin diğer hükümlerden farklı olarak m. 550/1'de şirket yetkililerinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Bu hüküm, ilk yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin taahhüt edildiği ve ödendiği belirtilen sermaye tutarları ile ilgili bilgi ve beyanların gerçekliğini inceleme yükümlülüklerine ve sorumluluklarına işaret etmektedir.

Sermaye taahhüt eden kişinin taahhüt ettiği tutarı ödeme gücünün bulunmadığını bilmesine karşın onay verenler de, bu taahhüdün ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar (TK m. 550/2). Bu sorumluluk hali, eTK'da yer almamaktadır. Sermayenin korunmasına hizmet eden önemli bir tedbirdir.

- Değer biçilmesinde yolsuzluk (TK m. 551)

Ayni sermayeye, devralınacak işletme ve aynılara emsaline göre yüksek fiyat biçen, işletme ve aynının niteliğini veya durumunu farklı gösteren ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, doğan zarardan sorumludurlar. TK m. 550/1 için yukarıda bahsedildiği gibi, bu hükümde de eTK m. 307'den farklı olarak fiile iştirak edenlerden bahsedilmemiş olması, sorumlu tutulacakların kapsamında bir daralmaya sebep olmayacaktır. Hükmün kapsamı da, sorumlu olunan haller açısından bakıldığında eTK m. 307'den daha geniştir. eTK'da sadece değer biçilmesinde hile kullanılmasından bahsedilmişken, TK m. 551'de 'başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar' ifadesi mevcuttur.

ÖN ŞİRKET VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN*

ÖZET

Bu makalede 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu' da getirilmek istenen ön şirket konusu, Alman ve İsviçre Hukukları ile karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Kanunu, Ön Şirket, Ön Kuruluş Ortaklığı, Sermaye Şirketleri, Şahıs Şirketleri, Tüzel Kişi, Alman Hukuku, İsviçre Hukuku, Sorumluluk.

ABSTRACT

In this article the subject of front company is explained under the New Turkish Commercial Code numbered 6102 as compared with German and Swiss Law.

Keywords: Commercial Code, Front Company, Pre-Organization Partnership, Corporations, Partnership Company, legal entity, German Law, Swiss Law, Liability.

A. Genel Olarak

Tüzel kişiliğe sahip olan ticaret şirketlerinin kuruluşlarında farklı aşamalar söz konusu olmaktadır. Özellikle kuruluş aşamaları kanunda düzenlenmemiş olan Alman Hukukunda bunlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu kapsamda her safhada ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yanında, ortakların birbirleri arasındaki ilişkiler, hak ehliyeti ve sorumluluk gibi hususlar doktrin ve mahkeme kararlarında önemli ölçüde yer bulmuştur.

Alman Hukuku'nda genel kabul gören anlayışa göre, tescile gelinceye kadar farklı aşamaların geçilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla kişinin bir araya gelerek bir sermaye şirketi kurmak için ciddi bir şekilde görüşmeler yaptığı ön kuruluş (Vorgründungsstadium) safhasıdır. İkincisi ise, şirket esas sözleşmesinin imzalanmasından ticaret siciline tesciline kadar olan süreci kapsayan kuruluş (Gründungsstadium) aşamasıdır. Son olarak imzalanmış olan şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle beraber şirketin kuruluşu tamamlanmış olmaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

B. 6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu Döneminde Ön Şirket

I. Ön Kuruluş Ortaklığı

“Ön Kuruluş Ortaklığı” Türk Hukukun’da pek bilinen ve uygulaması olan bir kavram değildir. Ancak son zamanlarda yapılan bazı çalışmalarda Alman ve İsviçre Hukukun’daki görüşler kaynak gösterilerek *Kuruluş Ortaklığı*¹ ya da *Ön Ortaklık*² adı altında açıklanmaya çalışılmıştır.

Ön kuruluş ortaklığı, ticaret şirketlerinin kuruluşu aşamasında, ana sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin imzalanmasından önce ortaya çıkabilecek bir olgudur. Bu safhada birden fazla kişi bir araya gelerek belirli bir ortaklık kurmak amacıyla görüşmeler yapmaktadırlar. Bunlar genelde hazırlık görüşmeleri niteliğindedir.

Kuruluş ortaklığının amacı, kurulması öngörülen ticaret şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesidir³. Burada kuruluştan kasıt, kurulması hedeflenen şirketin kanuni şartlara uygun olarak sözleşmesinin yapılmasıdır. Şirket sözleşmesinin hazırlanarak kurucu adayları tarafından imzalanmasından sonra ön kuruluş ortaklığı BK m. 535/I b.1 gereğince amacı gerçekleşmiş olduğundan sona erecektir; eğer ortaklar bu aşamada öngörülen ticaret ortaklığını kurmaktan vazgeçerlerse, ön kuruluş ortaklığı bu sefer ortakların anlaşmaları ile sona ermiş olacaktır⁴.

Ön kuruluş aşamasında açıklığa kavuşturulması gereken husus, taraflar arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesi ve ortaklık kurma düşüncesiyle bir araya gelen kişilerin esas sözleşmeyi imzalama yükümü altında olup olmadığıdır.

Doktrinde bu aşamada taraflar arasında bir adi şirket oluştuğu görüşü hakimdir⁵. Ancak bu ilişkinin aynı zamanda BK m. 22/I anlamında bir ön sözleşme sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. *Barlas*⁶’a göre ön ortaklığın mutlaka bir ön akit temelinde dayanması gerektiği iddia edilemez. Müstakbel kurucular yaptıkları sözleşmede ileride oluşturulacak şirketin türünü, yapılanma biçimini ve konusunu şimdiden tespit etmişler, ortaklığa getirilecek katılma paylarını belirlemişler, ancak diğer bazı yan noktalar açık bırakmış ve şirket ana sözleşmesinin akdedilmesini ileri bir tarihe ertelemişlerse ortada bir ön ortaklık ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir; fakat bu aynı zamanda bir ön akit teşkil etmektedir.⁶ Eğer kurucular arasındaki ilişki bu özellikleri taşıyor ve fakat yeterince belirgin bir taahhüt durumundaysa, kuruluş ortaklığının yine mevcut olduğu, ancak bir ön akitten bahsedilemeyeceği belirtilmektedir⁷.

Arslanlı ve *Domanıç* ise, esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalanmasından önceki aşamada taraflar arasında ortaya çıkan irade uyuşmasının adi ortaklık niteliğinde bir ön sözleşme olduğunu, şekil ve içerik yönünden esas sözleşmede aranan şekil ve unsurlara bağlı olduğunu ifade etmiştir⁸.

*Bahtiyar*⁹’a göre de yine aynı şekilde ana sözleşme öncesi aşamada taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi ancak bir ön sözleşme yapılmış olması halinde mümkündür; kurucu adayları arasındaki ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi ve aynı zamanda ana sözleşmeyi imzalama yükümlülüğü doğuracak bir ön sözleşmenin geçerli

¹ Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 135 vd.; Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara 2008, s. 142 vd.

² Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi*, İstanbul 2001, s. 33 vd.

³ Barlas, Adi Ortaklık, s. 136; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁴ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁵ Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 26; Tekil, Fahiman, *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1996, s. 54; Teoman, Ömer; Yaşayan *Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5*, Ankara 1995, s. 61 vd.; Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁷ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁸ Arslanlı, s. 26; Domanıç, Hayri; *Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet*, İstanbul 1964, s. 4-5.

olması için BK m. 22/II anlamında ana sözleşmenin şekline uygun bir ön sözleşmenin yapılması gerekir⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.3.1990 tarihli ve E. 1990/1595, K. 1990/3298 sayılı kararında bu konuda şöyle denmektedir, "...Esas mukavelenin tanzim ve imzasına tekaddüm eden safhada anonim şirketin kurulması hususunda taraflar arasında hasıl olan anlaşma da adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olarak vasıflandırılır. Bu durumda kurucular arasındaki ilişki, öğretide de baskın görüş olarak kabul edildiği gibi adi ortaklık niteliğindedir..."¹⁰ Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.6.1974 tarihli ve E. 1971/T-702, K. 1974/401 sayılı kararında, "...Limited şirketin kuruluşu tahakkuk etmediğine göre, ön anlaşma bir adi ortaklık niteliğinde kabul olunarak taraflar arasındaki ilişkinin adi ortaklık hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir..."¹¹ denilerek, ana sözleşmenin düzenlenmesinden ve imzalanmasından önceki aşamada, taraflar arasında yapılan anlaşmanın adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olduğu kabul edilmiştir.

Esas sözleşme öncesi kurucu adayları arasında bir ön kuruluş ortaklığının oluşması mümkün, ama sık rastlanan bir durum değildir. Kanaatimizce, esas sözleşmenin kurucu adayları arasında imzalanmasından önce ön kuruluş ortaklığından söz edebilmek için bir ön sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Bu ön sözleşmenin geçerliliği ise BK m. 22 anlamında esas sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlıdır. Aksi takdirde ne bir ön sözleşmeden ne de bir adi ortaklıktan bahsedilebilir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme görüşmeleri olarak kabul edilmesi gerekir¹². Bu durumda tarafların sözleşme öncesi güven ilişkisi ölçüsünde culpa in contrahendo'ya dayalı sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Ön sözleşme temelinde kurulmuş olan bir ön kuruluş ortaklığında taraflar, asıl sözleşmenin yapılmasını (öngörülen şirket sözleşmesi- ana sözleşme) birbirlerinden talep edebileceklerdir. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda, taraflar işin mahiyeti gereği aynen ifaya, yani bir ortaklık kurmaya zorlanamayacağına göre, sözleşmeyi ihlal edenden ancak tazminat istenebilecektir¹³.

Ön kuruluş ortaklığının söz konusu olduğu durumlarda bunun bir adi şirket olduğu kabul edildiğine göre, ön kuruluş ortaklığına, tarafların imzalamış oldukları sözleşmede yaralan hükümler ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır¹⁴.

II. Ön Şirket

Türk Hukukunda 6762 sayılı Ticaret Kanunu döneminde Alman Hukukun' da olduğu gibi bir "Ön Şirket" olgusu kabul edilmiş değildir. Şirket sözleşmesinin imzalanmasından sonraki tescil öncesi dönem, doktrinde ve yargı kararlarında şimdiye kadar önemli bir yer tutmamıştır. Zira şirket sözleşmesinin akdedilmesi ile tescil arasındaki süre, Alman Hukuku'nda olduğunun aksine, oldukça kısa sürdüğü için, ön şirket kaynaklı sorunlar ortaya çıkmamıştır. Türk hukukunda yukarıda kısaca belirtilen "ön kuruluş" ve "kuruluş" ayırımı yapılmamıştır. Ancak yine de teorik de olsa böyle bir dönemde ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yapılarak bunun bir adi şirket olduğu ve aralarındaki ilişkilerde bu şirkete ait hükümlerin uygulanması gerek-

⁹ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36; Aynı yönde Kırcı, İsmail, Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C.XIX, S. 4, s. 99.

¹⁰ YKD 1990, C. XVI, S. 10, s. 1491 vd.

¹¹ Yalman, Macit/Taylan, Erbay, Adi Ortaklık,, Ankara 1974, s. 53.

¹² Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36, Karş. Barlas, Adi Ortaklık, s. 136.

¹³ Aynı yönde Barlas, Adi Ortaklık, s. 138 ve orada dipnot 79'da belirtilen yazarlar.

¹⁴ Barlas, Adi Ortaklık, s. 140; Şener, Adi Ortaklık, s. 142.

tiği savunulmaktadır¹⁵. Yargıtay'ın da görüşü aynı yöndedir¹⁶. Daha yenilerde doktrinde bazı yazarlar özellikle Alman ve İsviçre Hukuku'nun da etkisiyle söz konusu "ön kuruluş" ve "kuruluş" ayırımlarını yapmaya başlamışlardır.

Doktrindeki yazarlar uygulanacak hukuk açısından karma bir yapı savunmaktadır, buna göre, şirket sözleşmesinin imzalanması ile tüzel kişilik hedeflendiğine göre, kurucular arasındaki iç ilişkide şirket sözleşmesi ile o şirket tipi için kanunda öngörülen düzenlemelerin, dış ilişkide ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁷.

C. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Ön Şirket

6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununda ise, ön şirketin varlığına işaret edilmektedir. TK m. 335 hükmünde, "*Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur*" denilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, TK m.355/I hükmünün saklı tutulduğu belirtilmiştir. TK m. 355/I' de ise, şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı hüküm altına alınmaktadır. Böylece şirketin ortaklar arasında kurulması ile tüzel kişilik kazanması işlemlerinin ayrı, farklı işlemler olduğu vurgulanmaktadır. TK 335. maddenin gerekçesinde de, ön-anonim şirket ile anonim şirketin farklı olduğu, bunların ayrışmasının organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemli olduğu belirtilmektedir.

Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde bir anlamda ön şirketin varlığı kendiliğinden anlaşılmış olmaktadır. TK m. 335'in gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bu madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır¹⁸.

Ayrıca madde gerekçesinin devamında şu ifadelerle de yer verilmiştir:

"Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır".

Türk Hukukunda şimdiye kadar ki hâkim görüş ön şirketin bir adi şirket olduğu yönünde olduğuna göre, gerekçede belirtilen hakim görüşün Alman hukuku olduğu kanısındayız. Mevzu diğer ifadelerle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun özellikle Alman Hukukunda ön şirket konusunda savunulan ilkeleri benimsediği anla-

¹⁵ Arslanlı, s. 75- 76; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, N. 70; Arslanlı/Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989, sh. 158.

¹⁶ Yargıtay HGK, 08.05.1991, E. 11- 164, K. 249, Karar için bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 143 ve dipnot 258' de verilen kaynaklar.

¹⁷ Barlas, Adi Ortaklık, s. 143; Şener, Adi Ortaklık, s. 145; Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 317; Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 49.

¹⁸ Gerekçe, m. 335, s. 93.

şılmaktadır¹⁹. Zira özellikle Alman hukukunda ön şirket kavramı ekseninde kuruluş aşamalarına çok ayrıntılı bir şekilde yer verilmiş, kavramların mahiyet ve nitelikleri konusunda tatmin edici açıklamalar ve tartışmalar yapılmıştır. Böylece Alman hukukunda sözü edilen kuruluş aşamalarına ilişkin muazzam bir birikim ortaya çıkmıştır.

6762 sayılı Ticaret Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre hukukunda ise kuruluş aşamalarına çok az yer verilmiş²⁰, hatta bazı eserlerde hiç değinilmemiştir²¹. Bu sebeplerden ötürü 6102 sayılı Ticaret Kanunun’ da öngörülen ön şirketin incelenmesi, daha çok Alman Hukukunda geçerli olan doktrin ve Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda yapılacaktır.

D. ÖN ŞİRKET İHTİYACININ ORTAYA ÇIKMASI

Ön şirket Almanya’da bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ön Şirket ihtiyacını doğuran iki neden bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi, Almanya’da anonim ve limited şirketlerin ticaret siciline tescil işlemlerinin bizde olduğu gibi ticaret sicil müdürlüğü tarafından değil, “sicil mahkemeleri” tarafından yapılmasıdır.

İkinci olarak ise, şirketlerin faaliyet alanları ile ilgili olarak mesleki kurum ve kuruluşlardan alınması gerekli izinlerin beklenmesi, bunlar tamamlanmadan tescil işlemlerinin yapılamamasıdır. Sözü edilen izinler ve Mahkeme sürecinin Almanya’da yaklaşık altı ay ile bir yıl arasında sürmekte olduğu belirtilmektedir. Bu durumda şirketlerin tescil işlemleri yapılmaya kadar, faaliyet alanları ile ilgili olarak birçok iş ve işlemler yapması kaçınılmaz hale gelmektedir. Böylece bu zaman zarfında ortaya çıkan hukuki yapı ve bu yapının üçüncü şahıslarla ilişkisi “ön şirket” olgusu ile açıklanmaktadır.

Türk hukukunda ise, ticaret şirketlerinin kuruluş işlemleri oldukça kısa sürmektedir. Esas sözleşmenin hazırlanması ve imzaların notere onaylatılarak sicile tescil ettirilmesi işlemlerinin birkaç gün içinde halledilebilecek olması, ön ortaklık olgusunun Alman hukukunda olduğu kadar önem arz etmeyeceği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

E. KURULUŞ AŞAMALARI

I. Ön Kuruluş Aşaması (Vorgründungsstadium)

1) Ön Kuruluş Ortaklığı (Vorgründungsgesellschaft)

Bu aşama, kurulmak istenen şirketin esas sözleşmesinin henüz taraflar arasında imzalanmamış olduğu planlama dönemini kapsamaktadır²². Bir anonim şirket kurmak isteyen kişiler bir araya gelerek kurmak istedikleri şirket hakkında çeşitli görüşmeler yapmaktadırlar. Bu kapsamda taraflar, şirketin yapısı, faaliyet konusu, kurulma zamanı ve yeri, konulacak sermayenin türü ile üstlenilecek diğer yükümlülükler gibi temel konularda anlaşmaya varmaktadırlar. Zira şirketin kuruluş aşamasında esas sözleşmenin içeriği hazırlanırken bunlar artık görüşme ve tartışma konusu yapılmamaktadır.

Eğer bu dönemde taraflar, bir anonim şirket kurmayı aralarında yapacakları bir ön sözleşmeyle birbirlerine karşı üstlenirlerse, artık planlama ve diğer görüşmelerle

¹⁹ Aynı görüşte Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 441. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 313.

²⁰ Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000, § 66, N. 37.

²¹ Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerische Gesellschaftsrecht, § 16, 8. Aufl. Bern 1998; Aynı Yazarlar, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, § 12, 7. Aufl. Bern 1993.

²² Kießling, Erik, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York, s. 10.

ilgili eşik aşılmış olmaktadır. Bu durumda taraflar, sözleşmede şartları belirlenen şirket kurmak için açıkça yükümlülük altına girmektedirler. Hedeflenen şirketi kurmak isteyen taraflar arasında böyle bir ön sözleşmenin yapılması ile “ön kuruluş şirketi” meydana gelmektedir²³. Ön şirketin amacı ise sözleşmede şartları çerçevesinde şirketin kuruluşunu gerçekleştirilmesidir. Kurucular böylece bu sözleşme ile esas sözleşme hazırlayıp imzalamayı ve belirli bir sermaye payı taahhüdünde bulunmayı kabul etmiş olmaktadır.

Ön sözleşmenin ilerde imzalanacak şirket esas sözleşmesinin içeriğini en azından ana hatlarıyla yansıtmaları gerekir. Böyle bir ön sözleşmenin geçerliliği, ilerde yapılması öngörülen esas sözleşmenin geçerlilik şekline tabi olup noterde yapılması gerekir²⁴. Türk Hukukunda ise TK m. 335/I uyarınca tarafların imzası noterce onaylanması gerekmektedir.

2) Hukuki Niteliği

Hâkim görüşü, taraflar arasında yapılan sözleşmenin borçlar hukuku anlamında bir “ön sözleşme” olduğu ve bu haliyle de bir adi şirket karakteri taşıdığı yönündedir²⁵. Dolayısı ile de ön kuruluş ortaklığı ilişkisine, ön kuruluş ortaklığını meydana getiren sözleşme hükümleri ile adi şirketi düzenleyen hükümler uygulanacaktır.

Ancak bir anonim şirketin kuruluşu aşamasında hukuken sözü edilen şekilde bir “ön sözleşme”nin akdedilmesi zorunlu değildir²⁶. Taraflar bu aşamada bir anonim şirketin kuruluşu konusunda birbirlerine karşı hukuken bağlayıcı olmayan ve herhangi bir şekle de bağlı olmayan açıklamalarda bulunabilirler. Bu durumda taraflar, ön sözleşmenin belli bir şekil şartına tabi olmasından dolayı da bir anonim şirketin kuruluşuna katılma yükümlülüğü altında olmayacaklardır.

Diğer taraftan bu dönemde bir ön sözleşmenin varlığından bağımsız olarak taraflar arasında güvene dayalı özel bir hukuki ilişki söz konusu olduğu için, taraflar birbirlerine karşı azami derecede sorumlu ve özenli davranma yükümlülüğü altındadırlar. Aksi takdirde geçerli bir sözleşmenin varlığında sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat, sözleşmenin bulunmadığı durumda ise “culpa in contrahendo” ilkesine dayalı tazminat talepleri söz konusu olabilecektir²⁷.

Ön kuruluş ortaklığını ön ortaklık ile karıştırmamak gerekir. Ön kuruluş ortaklığı ile ön ortaklık, birbirini takip eden ve hukuken birbirinin yerine geçen oluşumlar değildir. Ön kuruluş ortaklığı tüzel kişiliğin kazanılmasında mutlaka geçilmesi gereken bir ön aşama değildir. Uygulamada ön kuruluş ortaklığının kurulmasına nadiren rastlanmakta, taraflar genellikle ilerde kurmak istedikleri şirketin kuruluşunu gerçekleştirmek için bir yükümlülük altına girmemektedirler.

²³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 9; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; Kappet, Clivia, Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg, s. 8.

²⁴ Kießling, s. 18; Kappet, s. 25; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 13; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 23.

²⁵ BGHZ 91, 148, 151; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 8; Kießling, s. 27; Kappet, s. 24.

²⁶ Michalski/Sixt, Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH, in: FS Boujong, 1996, s. 357; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10.

²⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 12; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 21.

II. Kuruluş Aşaması (Gründungsstadium)

1) Ön Şirket (Vorgesellschaft)

Kurucu adaylarının, kurmayı arzu ettikleri şirketin ana sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte hazırlayıp imzalamaları ile ortaklık kurulmuş olmaktadır. Söz konusu ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar geçen sürede “ön şirket” olarak adlandırılmaktadır. Bu süreçte hem kurucuların birbirleri ile olan ilişkilerinde hem de ortaya çıkan hukuki oluşum ile arasındaki ilişkiler “ön şirket”e ilişkin kurallar uygulama bulacaktır.

Ön şirket, ön kuruluş ortaklığından farklı olarak, anonim şirketin tüzel kişilik kazanması sürecinde kaçınılmaz bir aşama olarak kabul edilmektedir²⁸. Buna göre ön anonim ya da limited şirket kurulmuş, ama henüz ticaret siciline kaydedilmemiş bir şirket olarak görülmektedir²⁹. Alman hukukunda ön şirket konusunda ortaya çıkan gelişmeler öncelikle limited şirketlerle ilgili olup, ortaya çıkan değerlendirmeler ve kabul edilen ilkeler daha sonra anonim şirketler için de uygulanmaya başlanmıştır.

2) Hukuki Niteliği

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre ön şirket, ne adi ortaklık ne kolektif ortaklık ne de dernektir, bilakis kendine özgü (sui generis) bir ortaklıktır³⁰. Bu ortaklığa anonim şirkete ve ana sözleşmeye ait hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Ön ortaklığın bir ortaklık olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı mı veya bir korporasyon mu olduğu konusu Alman hukukunda tartışılmaktadır. Hakim görüşe göre, ortaya çıkan bu oluşum bir elbirliği ortaklığıdır (Gesamthandsgesellschaft)³¹. Söz konusu bu ortaklıkta hak ve fiil ehliyetine sahip hukuk süjesi elbirliği ortaklığıdır. Ortaklığın korporatif yapısının elbirliği ortaklığının yapısına aykırı düşmediği ileri sürülmektedir³².

Alman Federal Mahkemesi ön şirketin hukuki niteliği konusunda önemli kararlar vererek doktrini oldukça etkilemiş, mahkemenin geliştirdiği ilkeler Alman doktrini tarafından da büyük ölçüde benimsenmiştir. Alman Yüksek Mahkemesine göre ön ortaklık, korporasyon olarak yapılandırılmış, tüzel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum, tüzel kişiliğe giden yolda zorunlu bir ön basamak, kendine özgü sınırlı bir görevi olan özel bir hukuki form olarak görmek, bunun sonucu olarak da onu özellikli bir hukuka (sonderrecht) tabi tutmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre ön ortaklık, meydana gelmekte olan bir anonim ortaklıktır³³.

²⁸ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 16.

²⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 22; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 39.

³⁰ BGHZ 21, 242, 246; 80, 212, 214; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 17.

³¹ BGHZ 80, 129, 135; Wiedemann, GesR I, § 3 I 1 a; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 18; Kießling, s. 58 vd.

³² Alman Hukukunda § 54 BGB’ de hak ehliyetine sahip olmayan dernek düzenlenmiştir. Bu durum korporatif yapının el birliği ortaklığına engel teşkil etmeyeceğine bir örnek olarak gösterilmektedir.

³³ BGH 23.10.2006- II ZR 162/05; Bu karar ve kararın incelenmesi konusunda bkz. Pulaşlı, Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’ e Armağan, 2007 İstanbul, s. 467 vd.

3. Hukuk Süjesi Olarak Ön Şirket

Tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen ön şirketin hak ehliyetine sahip olduğu tartışmasız kabul edilmektedir³⁴. Ön şirketin kendine ait malvarlığı³⁵ bulunmakta olup, borçlarından dolayı alacaklılara karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu anlamda ön şirket, henüz ödenmemiş sermaye paylarını talep hakkına da sahiptir. Ön şirket borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler yapabilir, aktif³⁶ ve pasif³⁷ dava ehliyetine sahiptir, banka kendi adına hesap açtırabilir³⁸, bir sermaye şirketinin kurucu ortağı ve bir şahıs şirketinin ortağı olabilir³⁹, bir markanın sahibi olabilir⁴⁰, bono ve çek düzenleyebilir⁴¹, iflas ve acz yeteneğine sahiptir⁴².

Alman hukukunda ön şirket bir ticari işletme işletebilir; bu durumda ön şirketin tacir olma niteliği kabul edilmiştir⁴³. Ticaret siciline kayıt sırasında malvarlığı durumunun tespit edilmesi gerektiği için, ön şirket aynı zamanda defter yükümlülüğü altındadır⁴⁴. Tacir olarak ön şirket ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisine sahiptir.

4. Ön Şirkette İç İlişkiler

a) İç İlişkide Uygulanacak Hukuk

Ön şirkete uygulanacak hukuk açısından alternatifli bir düzen öngörülmüştür. Hukuki nitelik olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı olduğu kabul edilen ön şirkete iç ilişkide, kuruluş hükümlerinden, ana sözleşme hükümlerinden ve tescil edilmiş şirket için geçerli olan anonim şirket ile ilgili düzenlemelerden oluşan özellikli bir hukukun uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁵. Bu kapsamda ortaya çıkan soruna öncelikle kurulması öngörülen şirketin kuruluşla ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Anonim şirketin kuruluşu ile ilgili hükümlerden kasıt özellikle organların seçimi, kuruluş denetimi, şirketin tescili ve sermaye payının getirilmesi ile ilgili olan hükümlerdir.

Bu hükümlerden bir çözüme ulaşamıyorsa, bu durumda ana sözleşmenin ilgili hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Eğer söz konusu ana sözleşme hükümleri de çözüm için yeterli gelmiyorsa, ön şirkete tüzel kişilik kazanmış olan anonim

³⁴ BGHZ 117, 323, 326; GrosskommAktG/Brändle, § 2 Rn. 85; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Röhrich, § 29 Rn. 5; K. Schmidt, GesR, § 27 II 4.

³⁵ BGHZ 117, 323, 326;; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 31; GrosskommAktG/Schmidt, § 41, Rn. 43.

³⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19.

³⁷ BGHZ 79, 239, 241; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 48.

³⁸ BGHZ 45, 338, 347; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52.

³⁹ BGH NJW 1985, 736; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴² GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴³ BGHZ 45, 338, 347; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 45; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁵ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 27.

şirkete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu son durumda, ilgili hükümler ancak ön şirketin yapısına uyduğu ölçüde uygulanabilecek olup, şirketin tescilinden sonra uygulanması gereken hükümler söz konusu olmamalıdır.

b) Ön Şirketin Amacı

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, müteşebbislerin ön şirket altında devamlı surette faaliyet yapmak amacıyla kurulmadığıdır. Alman Hukukunda ön şirketin amacı hakkındaki bir görüş birliği mevcut değildir. Hâkim görüşe göre, ön şirketin amacı, bu safhada şirketin tescil işlemlerinin yapılmasını yürüterek, kuruluşun tamamlanmasını sağlamaktır. Ancak bu aşamada kurucuların mutabakatı ile ön şirketin amacının genişletilerek, kurulması öngörülen şirket altında işletilmesi planlanan bir işletmenin faaliyete geçirilmesi mümkündür⁴⁶. Bu görüş, kuruluş aşamasında işletme faaliyetlerinin yapılmasını, malvarlığının geçici olarak yönetilmesi olarak değerlendirmektedir.

Karşı görüşte olanlar ise, ön şirketin amacının kurulmuş olan bir anonim şirketin amacı ile aynı olduğunu; zira ön şirketin, sadece kuruluşu tamamlamayı hedefleyen, kurucular arasındaki bir iç şirket olmadığını, bilakis kurulmakta olan şirketin anonim şirket hukukuna tabi, ana sözleşme hükümlerine göre yaşayan bir oluşum olarak görmektedir. Bu yazarlar, kurulmakta olan şirketin ticari faaliyetlere başlamasını, ön şirketin amacının genişletilmesi olmadığını savunmaktadırlar. Onlara göre, yönetim kurulunun kurucuların izni olmadan ticari faaliyetlere başlaması, kurulmakta olan şirketin amacının aşılması olmayıp, kurucuların bu tür işlemlerin sonuçlarından ortaya çıkabilecek şahsi sorumluluktan ne şekilde korunabilecekleri ile ilgilidir⁴⁷.

c) Ön Şirketin Organları

Ön şirket, tüzel kişilik kazanan şirket gibi aynı organlara sahiptir. Bunlar, kurucu ortaklar kurulu ve yönetim kurulundan oluşmaktadır. Kurucular ön şirketin temsil organı değildir⁴⁸. Yönetim kurulu ön şirketin yönetim ve temsil organıdır⁴⁹. Yönetim kurulu seçilmiş olmadıkça ön şirket medeni haklarını kullanacak hareket kabiliyetine sahip değildir. Alman hukukunda yönetim kurulunun eksik olduğu durumlarda § 85 AktG'e göre mahkeme tarafından geçici olarak yönetim kurulu atanmaktadır⁵⁰.

Yönetim kurulunun bu aşamada görevleri ön şirketin amacına yani şirketin ticaret siciline tescil edilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılması ile sınırlıdır. Bu kapsamda yönetim kurulu, kuruluş denetimine katılmak, ortaklar tarafından taahhüt edilen sermaye paylarını talep etmek, şirketin tescili için başvuruda bulunmak gibi işler yanında, tescilin yapılarak şirketin kuruluşunun tamamlanabilmesi için gerekli tüm diğer işlemleri yapmak ve önlemleri yapmak yükümü altındadır⁵¹. Yönetim kurulu kurucuların talimatları ile bağlıdır⁵².

⁴⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 25; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 28.

⁴⁷ BGHZ 80, 129, 139; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 51.

⁴⁸ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Farklı görüşte bkz. Kießling, s. 242.

⁴⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn.57.

⁵⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29.

⁵¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 30.

⁵² BGH NZG 2007, 20, 21; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

Yönetim kurulunun yönetimle ilgili yetkileri ana sözleşmeye hüküm konularak veya bütün kurucuların alacağı bir karar ile genişletilebilir⁵³. Alman hukukunda bu durum daha çok kurulmakta olan şirkete bir işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Böylece bir işletmenin ön şirket aşamasında faaliyete başlatılması yönetim kurulunun yetkilerinin genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Yönetim kurulu aynı zamanda ön şirketin kanuni temsilcisidir. Temsil yetkisinin kapsamı konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Daha önceki hâkim görüşe göre temsil yetkisinin kapsamı, yönetim yetkisinin kapsamında olduğu gibi, ön şirketin amacı ile sınırlı olarak sadece kuruluş için gerekli olan işlem ve önlemlerle sınırlı olması gerektiği yönündeydi⁵⁴. Bu gün geçerli hâkim görüşe göre ise, ön şirket yönetim kurulunun temsil yetkisinin şirketin üçüncü şahıslarla olan tüm işlemlerini kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁵. Bu görüşü temsil edenler, ön şirket ile anonim şirketteki hukuk süjesinin aynı olduğunu, tescil ile sadece hukuki formun değiştiğini gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Ancak yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı, iç ilişkide farklı bir şekilde düzenlenebilir. Diğer taraftan bu sınırlamalara uyulmadığı takdirde, yönetim kurulunun tazminat ödemesi söz konusu olabilecektir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun ise, § 93 AktG kapsamında tescil edilmiş olan şirket yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan kurallara tabi olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

Şirketin tescilinden önceki ön şirket aşamasında kurucular, ortaklık haklarını kurucu ortaklardan oluşan genel kurulda gerçekleştireceklerdir. Genel kurulun toplantıya çağırılması ilgili olarak tescil edilmiş olan anonim şirkete ait hükümler uygulama bulacaktır. Kurucular genel kurulunda karar alınabilmesi için basit çoğunluk yeterlidir. Ana sözleşme değişiklikleri, sermaye artırımı ve tür değiştirme gibi bazı önemli değişiklikler için bütün kurucu ortakların oy birliği şartı aranmaktadır⁵⁷.

d) Ön Şirkette Ortaklık Haklarının Devri

Ön şirketin ortakları kuruculardan oluşmaktadır. Ön şirketin ticaret siciline tescil edilinceye kadar ortaklık yapısının korunması gerekmektedir. Ön şirketin ortakları kendi sermaye paylarını devredemeyecekleri gibi şirkete serbest giriş ya da çıkış da mümkün değildir (§ 41 Abs.4)⁵⁸. Bu kuralın aksine işlemler ancak ana sözleşme değişikliği⁵⁹ veya külli halefiyet⁶⁰ yoluyla mümkün olmaktadır. Bir kurucu ortağın ölümü kural olarak ön şirketin sona ermesini sonuçlamadığı için, ön şirketteki ortaklık

⁵³ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

⁵⁴ BGHZ 80, 129, 139; Wiedemann, K-U, Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2032; Zöllner, Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Wiedemann, München 2002, s. 1416.

⁵⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32; Beuthien, Volker, Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565 vd.; Weimar, Robert, Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 72.

⁵⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 36; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32.

⁵⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 38; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 62; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 35.

⁵⁸ Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage 2010, Rn. 30; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 161; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88.

⁵⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 163; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63; Hüffer, AktG, Rn. 30.

⁶⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63.

haklarının miras yolu ile geçişi mümkün olmaktadır⁶¹. Kuruculara ait ön ortaklık haklarının rehin edilmesi veya haczedilmesi de yasaklanmıştır⁶².

5. Ön Şirkette Dış İlişkiler

a) Ön Şirketin Sorumluluğu

Alman hukukunda kuruluş aşamasındaki sorumluluk ilişkileri kanun tarafından düzenlenmediği için, yargı kararları ve doktrin tarafından oluşturulan prensipler uygulama bulmaktadır. Ön şirketteki sorumluluk ilişkileri üç ayrı bölümde incelenmektedir: Bunlar, ön şirketin sorumluluğu, kurucuların şahsi sorumluluğu ve şirket adına hareket edenlerin sorumluluğu.

Ön şirket bir hukuk süjesi olarak tüm haklara sahip olmakta ve yükümlülük altına girebilmektedir. Şirketin borçları hukuki işlemlerden ya da kanundan kaynaklanabilir. Şirket borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı, ödenmiş ve henüz ödenecek olan sermaye paylarından oluşan bütün malvarlığı ile şirketin kendisi sorumludur⁶³. Ön şirketin iflası halinde şirket malvarlığı üzerine iflas masası açılabilir. Şirketin alacaklıları iflas dışında da bir icra emri ile şirket malvarlığını haciz yolu ile takip edebilmektedirler. Hukuki işlemleri şirket adına yönetim kurulu veya yönetim kurulu tarafından yetkilendirilmiş olan temsilciler yapabilir⁶⁴. Yönetim kurulunun temsil yetkisinin sadece kuruluş için gerekli olan işlemlerle sınırlı olmadığı kabul edilmektedir.

Ön şirketin kanundan kaynaklanan yükümlülükleri ise öncelikle vergi borçları ve çalışanlar için ödenmesi gereken sosyal sigorta giderlerinden oluşabileceği gibi, haksız zenginleşme veya haksız fiilden de kaynaklanabilir⁶⁵. Ön şirketin ticaret siciline tescil ile beraber bütün yükümlülükler anonim şirkete geçtiği için, artık bu noktadan sonra ön şirketin sorumluluğu da sona ermektedir.

b) Kurucuların Sorumluluğu

Ön şirketin yükümlülüklerinden dolayı kurucuların sorumluluğu konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde ortaya çıkan görüş farklılıkları daha çok sorumluluğun çerçevesi ile sorumluluğun iç ilişki ve dış ilişki açısından geçerliliği konularında ortaya çıkmaktadır. Alman BGH tarafından 9.3.1981⁶⁶ yılında geliştirilen sorumluluk rejimine göre (Verlustdeckungs- und Vorbelstungshaftung), şirketin tescilli sırasında, esas sermayenin itibari değeri ile şirket malvarlığının değeri arasında ortaya çıkan farktan kurucular taahhüt ettikleri sermaye paylarının toplam sermayeye oranınca sorumlu tutulmaktaydı. Bu karar 27.1.1997⁶⁷ yılında verilen bir kararla tamamlanmıştır. Buna göre kurucular, söz konusu bu farktan sınırsız bir şekilde şahsen sorumlu tutulmuştur.

Açığı kapama yükümü (Verlustdeckungschaftung) ve anonim şirketin tescilden önce yükümlülük altına sokulmasından sorumlu tutulma anlamına gelen (Vorbelstungshaftung) kurucular sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Kurucuların şahsi

⁶¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 64.

⁶² MünchKommAktG/Pentz, Rn. 162; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 66.

⁶³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 77.

⁶⁴ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 27 II 3; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 78; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41.

⁶⁵ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 42; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 79.

⁶⁶ BGHZ 80, 129, 133 ff.

⁶⁷ BGHZ 134, 333 ff.

⁶⁸ BGHZ 134, 333, 338 ff.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 48; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 80; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113.

sorumluluklarının üçüncü şahıslara karşı mı yoksa şirkete karşı olan bir iç sorumluluk mu olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre kurucuların sorumluluğu iç ilişkide sadece şirkete karşıdır⁶⁹. Kurucuların sorumluluğu ön şirkete karşı sınırlanmamıştır⁷⁰. Söz konusu prensipler limited şirket için geliştirilmiş olmasına rağmen, bir sınırlamaya tabi olmaksızın anonim şirket içinde geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Doktrinde küçümsenemeyecek bir azınlık ise kurucuların söz konusu sorumluluğunu kolektif şirket orağının sorumluluğuna benzer şekilde (§ 128 HGB) bir dış, yani üçüncü şahıslara karşı olan bir sorumluluk olduğu görüşündedir⁷².

Tescilden önce ticari faaliyetlere başlanmasından ortaya çıkan tüm kazançlar ve sair avantajlar tüm kuruculara ait olduğu için, sorumlu tutulacak kişilerin sadece ticari faaliyetlere başlanmasına taraftar olan kurucularla sınırlı olması görüşü kabul edilmiştir⁷³. Aynı şekilde tescilden önce ortaya çıkabilecek risklerden de tüm kurucular sorumludur. Kurucuların burada sözünü ettiğimiz sorumluluğundan kaynaklanan alacağı, şirketin tescil edilmesi il beraber hemen muaccel hale gelerek, yönetim kurulu tarafından hemen talep edilebilecektir. Şirketin iflas etmesi halinde ise söz konusu alacak tasfiye memurları tarafından talep edilir⁷⁴.

Burada tartışılan başka bir konu ise elde edilecek kazançların, kurucuların tescilden önce şirketi borçlandırma yasağından (Vorbeltastungshaftung) kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Alman yüksek mahkemesi, sözü edilen sorumluktan kaynaklanan alacağın sermaye karakterinden dolayı bunu reddetmiştir⁷⁵. Kurucuların sorumluluğu şirketin sermaye miktarı ile sınırlı değildir; sermayeyi aşan borçlanmalar da sorumluluğa dâhil edilmektedir⁷⁶. Şirket malvarlığının gerçek değeri ile şirkete taahhüt edilen sermaye arasındaki fark, tescil sırasında yapılacak bir bilanço ile tespit edilmektedir⁷⁷.

c) Şirket Adına Hareket Edenlerin Sorumluluğu (Handelndenhaftung)

Alman Hukukunda ön şirket aşamasında şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğu § 41 Abs. I/2 AktG' de düzenlenmiştir. Buna göre, tescilden önce şirket adına hareket ederek hukuki işlemlerde bulunanlar şahsi olarak sorumlu tutulmuştur. Birden fazla kişi söz konusu ise müteselsil sorumluluk söz konusudur. Böylece hareket edenlerin sorumluluğu, açıkça kurucuların sorumluluğundan ayrılmaktadır. Şirket

⁶⁹ BGHZ 134, 333; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51; Dauner- Lieb, Barbara, Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbH 1996, s. 91; Lutter, Marcus, Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1077.

⁷⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 122.

⁷¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113 vd.; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 114; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 49.

⁷² Beuthien, Volker, Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZIP 1996, s. 309 vd. (305- 320) ; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 83; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 65 vd.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3 c.

⁷³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 116; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 121; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁴ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 122; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁵ BGHZ 165, 391, 399.

⁷⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52.

⁷⁷ BGHZ 124, 282, 285; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 118; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 53.

adına hareket edenlerin sorumluluğu kısmen organ sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir⁷⁸.

Şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen § 41 Abs. I/2 AktG hükmünün henüz ön şirketin hukuk süjesi olarak tanınmadığı Art. 211 ADHGB 1861⁷⁹ dönemine dayandığı belirtilmektedir⁸⁰. Bu sebepten burada adına hareket edilen şirketin tescil edilmiş olan şirket olduğu belirtilmektedir⁸¹. Ancak bugün doktrindeki çoğunluk yazarlar, ön şirket adına hareket edilmesinin de aynı şekilde, hareket edenlerin şahsi sorumluluğuna yol açacağı kanaatindedirler⁸². Bu görüşü savunanlar, ön şirket adına hukuki işlemlere girilmesinden doğacak sorumluluğun alacaklılara yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağını belirtmektedirler⁸³. Avrupa Topluluğu I. Şirketler Hukuku Yönergesinin⁸⁴ 7. maddesi de, ön şirket ve tescilden sonraki şirket ayırımı yapmadan, şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğunu, kuruluş aşamasında bulunan şirket adına yapılmış bir hareket olarak kabul etmiştir. Şirket adına hareket hukuki işlemlerden kaynaklanmalıdır; kanundan ve haksız fiillerden kaynaklanan borçlar buna dahil değildir⁸⁵.

Alman hukukunda söz konusu sorumluluk hükmüne çeşitli fonksiyonlar yüklenmiştir. Bu hükümlerle ilk olarak tescilden önce şirket adına hukuki işlemlere girişilmesi önlenmek istenmiştir. Daha sonra ona koruma fonksiyonu tanınmış, böylece şirketin iş ilişkisinde bulunduğu kimselerin korunması amaçlanmıştır⁸⁶. Yine bu hükmün, kurucuları ve yönetim kurulu üyelerini bir an önce şirketin tescilini sağlamaya zorlayan bir baskı fonksiyonuna sahip olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Bunlardan öncelikle dikkate alınması gerekenin, koruma fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir; zira alacaklıların, şirket adına hareket eden kimselerin temsil yetkisine sahip şirket organı olup olmadığı incelemesini yapacak durumda olmadığı kabul edilmektedir⁸⁸.

Şirket adına hareket edenin sorumluluğu, hukuki işlemlerde bulunanlar ile onun hukuki işlemlerde bulunduğu kimseler arasında ya da şirket ile yine hukuki işlemin tarafı olan kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile istenildiği şekilde düzenlenebilir⁸⁹. Ön şirketin sicile tescili ile birlikte hareket edenlerin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır⁹⁰. Diğer taraftan şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen hükmün uygulama bulabilmesi için ön şirketin varlığı gerekmekte, ön kuruluş aşamasında bu

⁷⁸ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 88 vd.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 67.

⁷⁹ 1860 Tarihli Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

⁸⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸¹ BGHZ 72, 45, 47; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸² Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90.

⁸³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 126.

⁸⁴ AT Birinci Şirketler Hukuku Yönergesi 68/151, 9.3.1968, ABl. Eg Nr. L 65 v. 14.3.1968.

⁸⁵ Hüffer, AktG, Rn. 21; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 74; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 91.

⁸⁶ BGHZ 53, 210, 214; 65, 378, 380 f.

⁸⁷ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁸ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁹ BGHZ 15, 204, 206; Hüffer, AktG, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 93; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 81; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 147.

⁹⁰ BGHZ 80, 182, 183; Hüffer, AktG, Rn. 25; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 112; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 82; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 109.

hükümün uygulanması söz konusu olmamaktadır⁹¹. Bu kapsamda sorumlu tutulacak kişiler öncelikle yönetim kurulu üyeleridir⁹². Kurucular ve yönetim kurulu altında çalışan ticari temsilci vb. diğer kişiler ise üçüncü şahıslara karşı fiilen organ üyesi gibi davrandıkları takdirde bu hüküm kapsamında sorumlu tutulacaklardır⁹³.

6. Ön Şirketin Sona Ermesi

Kurucular bir araya gelerek ön şirketi her zaman feshedebilirler. Ana sözleşmenin değiştirilmesinde gerekli olan oybirliği, ön şirketin feshi için aranmamakta oy çokluğu yeterli bulunmaktadır. Zira kurucuların çoğunluğunun şirketin feshini istediği bir durumda artık şirketin tescil edilmesinin korunması gerekli bir menfaat olmadığı belirtilmektedir⁹⁴.

Şirketin tescili talebi konusunda hukuken kesinleşmiş bir kararın bulunması da ön şirketin feshine yol açabilir. Zira burada ön şirketin amacı olan tescil işleminin yapılamaması söz konusudur. Bu durumda şirketin feshi, tescil işleminin imkânsızlığından ziyade, ön şirketin organizasyon yapısı ve sorumluluk rejiminin değiştirilemeden bu şekilde artık devam ettirilemeyeceği anlayışından kaynaklanmaktadır⁹⁵.

Şirketin iflasına karar verilmiş olması da bir fesih sebebidir. Kuruculardan birisinin ölümü şirketin feshine yol açmazsa da, bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Burada önemle belirtmek gerekir ki, ön şirketin ticaret siciline tescil edilmesi bir sona erme sebebi değildir, bilakis tescil, elbirliği ortaklığı olarak kabul edilen ön şirketi tüzel kişiliğe sahip bir şirkete dönüştürmektedir⁹⁶.

Diğer taraftan fesih nedenlerinden birinin ortaya çıkması şirketi sonar erdirmekte, bilakis şirket tasfiye sürecine girmektedir. Ön şirket bu durumda amacı tasfiye ile sınırlı olarak tasfiye edilip sona erinceye kadar devam etmektedir.

7. Tescilin Hukuki Sonuçları ve Ön Ortaklık İle Anonim Ortaklık Arasındaki İlişki

Ön şirketin ticaret siciline tescili edilmesiyle beraber kurulması öngörülen şirket artık tüzel kişilik kazanmaktadır. Ticaret siciline tescil işleminin ön şirketi sona erdiren yeni bir şirketin oluşmasına yol açıp açmadığı sorunu Alman hukukunda tartışmalıdır. Hâkim görüşün temsil ettiği ayniyet teorisini (Identitätstheorie) savunanlar, tescilden önceki ve tescilden sonraki hukuk süjesinin aynı olduğu gerçeğinden yola çıkmaktadırlar⁹⁷. Karşı görüş ise, ön şirketin bir elbirliği şirketi olarak tescil ile beraber oluşan şirketle aynı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, tescilin kurucu etkiye sahip olduğunu, tescil ile beraber ön şirkete ait haklar ve yükümlülüklerin külli halefiyet yolu ile anonim şirkete geçtiği kabul edilmektedir⁹⁸.

Doktrinde hâkim olan ayniyet teorisine göre, ön şirketin sahip olduğu hukuki ilişkilerin tüzel kişilik kazanan şirkete devredilmesine ihtiyaç olmadığı gibi bu müm-

⁹¹ BGHZ 91, 148, 151; Hüffer, AktG, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 66.

⁹² BGHZ 65, 378, 381; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 132; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 70.

⁹³ BGHZ 51, 30, 35; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 133; Hüffer, AktG, Rn. 20; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 71; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 89.

⁹⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 45.

⁹⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 46.

⁹⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 48.

⁹⁷ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 99; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 105.

⁹⁸ Hüffer, AktG, Rn. 16.

kün de değildir. Zira ön şirket ile tüzel kişilik kazanan şirket birbiriyle özdeştir, aynıdır⁹⁹. Burada sadece şirket formunun değiştiği kabul edilmektedir. Ticaret siciline tescil ile birlikte ön şirketin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler artık tüzel kişilik kazanan şirketin hakları ve yükümlülükleri olmaktadır¹⁰⁰. Burada hukuki ilişkilerin sürekliliği söz konusudur¹⁰¹. Hukuki durum daha çok bir biçim değiştirici tip değiştirmeye benzetilmektedir.

F. İsviçre Hukukunda Ön Şirket

İsviçre hukukunda kuruluş iki ayrı safhada incelenmektedir. Bunlar genelde kuruluştan önceki görüşmelerin yapıldığı “hazırlık safhası” (Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)¹⁰² ve şirket ana sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonraki “Kuruluş Safhası- Ön şirket” (Errichtungsstadium-Vorgesellschaft)¹⁰³ şeklinde nitelendirilmektedir.

I. Hazırlık Aşaması- Kuruluş Ortaklığı ((Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)

Hazırlık aşamasında kurulması öngörülen şirketin kurucu adayları arasında getirilecek sermaye, şirketin organizasyonu ve karılım oranları gibi konularda görüşmeler yapılmaktadır. İsviçre doktrininde çoğunluk yazarlar bu aşamada taraflar arasında “kuruluş şirketi” olarak nitelendirilen bir adi şirket meydana geldiği görüşündedirler¹⁰⁴. Kurulması öngörülen şirket bu aşamada henüz oluşmadığı için, temsil verenin eksikliğinden dolayı doğrudan temsil de söz konusu olamamaktadır. Bu durumda şirket adına yapılan hukuki işlemlerden dolayı bu işlemlere girişenler şahsi olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁵.

Kurucu ortak eğer kendi adına fakat kurulmakta olan şirket adına işlemler yarsa, dolayı temsil söz konusu olur. Bu durumda şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra yapılan işlemleri alacağı devri ve borcun nakli kurallarına göre İBK m. 32/II hükmüne göre üstlenebilir¹⁰⁶. Eğer kurucular kuruluş ortaklığının adına işlemler yarsa, İBK m. 543 ve 544 hükümlerinde düzenlenen adi şirketin temsili geçerli olacaktır¹⁰⁷.

⁹⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124, 107; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰⁰ BGHZ 80, 129, 137; Beuthien, ZIP 1996, s. 361; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 100;

¹⁰¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 100; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, s. 52.

¹⁰³ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52. Doktrinde Forstmoser/Meire-Hayoz/Nobel ise söz konusu kuruluş aşamalarını, kuruluş öncesi ön görüşmeleri (Vorbereitungen), kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) ve tescil aşaması (Entstehung) olarak nitelendirmektedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13 N. 23 vd.

¹⁰⁴ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52.

¹⁰⁵ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

¹⁰⁶ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

¹⁰⁷ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

Doktrinde başka bir görüş ise, ön görüşmelerin yapıldığı aşamada tarafların bağlayıcı olmayan görüşmeler yaptığını, dolayısı ile bu aşamada taraflar arasında bir şirket meydana gelmediğini, yapılan görüşmeler her ne kadar bağlayıcı değilse de tarafların karşılıklı olarak ciddi ve dürüst davranma yükümü altında olduğunu ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin culpa in contrahendo ilkesine dayalı sorumluluğu gündeme getireceğini ileri sürmektedir¹⁰⁸.

Bu yazarlar, ön görüşmelerden sonra, ancak henüz ana sözleşmenin imzalanmamış olduğu safhayı kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) olarak ayırmakta ve bu safhada kuruluşa katılanların hem kendi aralarında hem de üçüncü şahıslarla ilişkilerinde adi ortaklık hükümlerinin (İBK 530 vd.) geçerli olduğunu; ancak bununla birlikte bu aşamada kurulması öngörülen şirkete ilişkin bazı hükümlerin adi şirket hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmektedirler¹⁰⁹.

Buna örnek olarak İBK m. 645 hükmünde düzenlenmiş olan kurulmakta olan şirket adına hukuki işlemlerde bulunan kurucuların sorumluluğu gösterilmekte, bu durumda kurucuların sorumluluğunun adi şirket hükümlerine göre değil, İBK m. 753' de düzenlenen kurucuların sorumluluğu ile ilgili hükmün uygulanacağını ifade edilmektedir¹¹⁰.

II. Kuruluş Aşaması- Ön Şirket (Errichtungsstadium- Vorgesellschaft)

Ön şirket aşaması, kuruluş aşamasından farklı olarak, şirketin kuruluşundan itibaren tescile kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu aşamada korporasyon şeklinde organize edilmiş olan ön şirket, hukuken atıf bir adi şirket olarak nitelendirilmektedir¹¹¹. Sözü edilen ön şirketin sınırlı da olsa hak ve fiil ehliyeti bulunmamaktadır¹¹². Uygulanacak hukuk açısından ise iç ilişkide, ana sözleşme hükümleri ile kurulması öngörülen şirket için kanunda öngörülmüş hükümler uygulanacaktır¹¹³. Korporatif yapıya sahip olsa bile bu durumdaki ön şirket bir adi şirket olarak kabul edilmekte, dış ilişki açısından adi şirkete ilişkin hükümlerin geçerli olduğu belirtilmektedir¹¹⁴.

Şirketin ticaret siciline tescil edilmesi ile beraber ön şirket sona ermektedir. Diğer taraftan ön şirketin ticaret siciline tescili ile beraber yeni bir hukuk süjesinin meydana geldiği kabul edildiği için, ön şirket ile tescil edilmiş olan şirket arasında bir özdeşlik bulunmamaktadır¹¹⁵.

¹⁰⁸ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 27.

¹⁰⁹ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28.

¹¹⁰ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28

¹¹¹ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Sadece adi şirket olarak bkz. Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 53.

¹¹³ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Benzer şekilde iç ilişkide esas sözleşme düzeninin geçerli olması gerektiği yönünde bkz. Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁴ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁵ Von Greyerz in Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

G. Değerlendirme ve Bazı Eleştiriler

I. Türk Hukukunda Ön Ortaklığın Şahıs Şirketlerinde Mümkün Olup Olmadığı

Yukarıda açıklandığı gibi bir ticaret şirketi kurmak için bir araya gelen kişiler, öngörülen şirketin kurulması konusunda aralarında bir ön sözleşme yapabilecekleri gibi, sözleşme yapmadan da aralarında mutabakat sağlayarak doğrudan şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte imzalayabilirler. Bu andan itibaren ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına kadar olan süreçte ortaya çıkan oluşum “ön şirket” (Vorgesellschaft) olarak adlandırılmaktadır.

Ön ortaklığın söz konusu olabilmesi için, kurulması öngörülen şirketin korporatif bir yapıya sahip olması gerekir. Türk hukukunda tüm ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahip olduğundan dolayı, sadece sermaye şirketleri değil, tüzel kişiliğe sahip olan kolektif ve komandit şirketlerin kuruluşunda da ön şirket mümkün olabilecektir¹¹⁶. Bu konuda *Pulaşlı*, *Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumunda*¹¹⁷, Türk hukukunda kolektif ve komandit şirketler açısından da ön ortaklığın mümkün olduğunu savunurken, daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve yeni TTK m. 214/1; 317/1 (305/1 olması gerekir) ve TBK m. 620/2 hükümlerini gerekçe göstererek kolektif ve komandit şirketler açısından ön şirketin mümkün olmadığını savunmuştur¹¹⁸.

Biz bu konuda farklı düşünmekteyiz. Zira gerekçe olarak gösterilen kanun maddesinden bunun çıkarılmasının mümkün olmadığını kanaatindeyiz. Yeni Ticaret Kanununun 214. maddesine göre; *“Sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kolektif şirket, adi şirket hükmünde olup, hakkında 216 ncı madde hükmü saklı kalmak şartıyla, Türk Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin hükümleri uygulanır”*. Öncelikle hükmün Kanunun genel sistematiği içindeki yerine baktığımızda, *“Şirketin Niteliği ve Kuruluşu”* ile ilgili birinci bölümde, (B) bendindeki *“Sözleşme”* ana başlığı altında ve III. sırada *“Noksanlıklar”* kenar başlığında düzenlenmiş bir hüküm olduğunu görüyoruz. Yani sözleşmesi imzalanmış ancak henüz tescil edilmemiş bir oluşumdan bahsediyoruz ki, kanun 214. maddede buna doğru bir şekilde kolektif şirket demektedir. Böylece bir defa şirket sözleşmesinin kurucu ortaklar tarafından imzalanması ile kolektif şirketin kurulmuş olacağı bu maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümle kanun koyucu, sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu iken kurulmamış veya eksik kurulmuş bir kolektif şirket sözleşmesinin adi şirket hükmünde olacağını düzenlemiştir. Oysa ön şirketin söz konusu olabilmesi için kurucu adaylarının kolektif şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte yapmaları gerekir. Kanunu şartları taşımayan veya eksiklikler içeren bir kolektif şirket sözleşmesi ise zaten bir ön şirket sayılmayacaktır. Kanun koyucu bu durumda olan bir kolektif şirket sözleşmesini adi şirket sayarak mevcut belirsizliği açıklığa kavuşturmak istemiştir. Dolayısı ile m. 214 hükümden kolektif ve komandit şirketlerde ön şirketin olamayacağı sonucunun çıkarılmasını isabetli bulmuyoruz.

Ön şirketin mümkün olup olmaması konusunda Alman Hukukundaki ölçüt, kurulması öngörülen şirketin korporatif yapıya sahip olup olmadığıdır. Alman ve İsviçre hukukunda kolektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği olmadığından dolayı bu şirketlerde ön şirket mümkün olamamaktadır.

¹¹⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 141; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 45; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 145.

¹¹⁷ Bkz. *Pulaşlı*, *Hasan, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, 2005, s. 143, dipnot 73.

¹¹⁸ Bkz. *Pulaşlı*, *Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 2012, s. 313 ve 316.

II. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Açısından Ön Şirketin Hukuki Niteliği Konusunda Ortaya Çıkan Tereddütler

6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber ön şirket konusunda artık TK m. 335 hükmünün dikkate alınması gerekecektir. Yukarıda izah edildiği gibi, TK 335. maddenin birinci fıkrasında şirketin ne zaman kurulmuş sayılacağı açıklanmakta, 2. fıkrada ise TK m. 355/I hükmünün saklı olduğu belirtilmektedir. Bilindiği gibi TK 355. maddenin birinci fıkrasında kurulmuş olan anonim şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı belirtilmektedir. Böylece yeni kanunda şirketin kuruluşu ve tüzel kişilik kazanması birbirinden ayrılmıştır.

TK m. 335'in gerekçesinde ise, ön şirketin hakim görüş uyarınca bir adi şirket ya da dernek olmayıp, elbirliği mülkiyeti (şirketi) olduğu açıklanmıştır¹¹⁹. Bilindiği gibi şimdiye kadar Türk hukukunda hakim görüş, tescil öncesi hukuki yapıyı adi şirket olarak nitelendirmiştir. Bu durumda kanun koyucunun gerekçede ifade ettiği hakim görüşten kastının Alman hukuku olduğu, aslında TK m. 355 hükmü ile kanun koyucunun Alman hukukunda geçerli olan ön şirket kurumunu hukukumuzda kazandırmak istediği anlaşılmaktadır.

Ancak sonradan bu konuda tereddütlerin ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Ünal Tekinalp "Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları" adlı eserinde özetle şu görüşleri savunmaktadır: TK 335. maddesinde kurulduğu belirtilen şirketin bir AO olmadığını, zira AO'nun 355. madde uyarınca tüzel kişilik kazandığını, bu şirketin tüzel kişiliği olmayan bir AO olarak da nitelendirilemeyeceğini, TK 335. maddesinde sözü edilen şirketin BK m. 620/2 uyarınca bir adi ortaklık olduğunu, çünkü anılan fıkra uyarınca, bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa adi ortaklık sayıldığını belirtmektedir¹²⁰.

Tekinalp'in görüşlerinin birçok açıdan eleştiriye açık olduğu kanaatindeyiz. Bir defa Alman hukukunda tüm doktrin ve yüksek mahkeme kararları ile benimsenmiş olan ve yeni Ticaret Kanunu muz'da yer verdiğimiz ön şirket modeli, gerekçede de açıklandığı gibi, bir adi şirket veya dernek değildir, bilakis korporatif yapıya sahip bir elbirliği şirkettir. Ön şirkete kısmi hak ve fiil ehliyeti tanındığı için, tüm organları oluşmuş olan bu şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve dışarıya karşı temsil edilmektedir. Alman hukukunda ön şirket konusunda kendi içinde tutarlılık gösteren belli bir sistem geliştirilmiştir. Dolayısı ile şirket içi ilişkileri, temsil ve sorumluluk ilişkilerini ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan sorunları bu sistem içinde açıklamak kolaylaşmaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, Türk hukukunda da Alman hukukunda benimsenmiş olan model tercih edilmiş olduğu için, ortaya çıkan ön şirketin yapısının ve hukuki niteliğinin Alman hukukunda geçerli olan prensiplere göre açıklanması gerekir. Dolayısı ile hem TK m. 335 hükmü ile Alman modelinin benimsenmesi hem de bunun açıklanmasının İsviçre hukukunda geçerli prensiplere göre yapılması iki sistemin birbirine karıştırılması anlamına gelmektedir.

Tekinalp'in açıklamalarından anlaşıldığına göre, ön şirketin açıklanmasında BK m. 620/2 hükmü belirleyici olmaktadır. Bu hükme göre, "Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine

¹¹⁹ Bkz. Gerekçe TK m. 335, s. 93.

¹²⁰ Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012, Nr. 10-26, 10-27.

tabi adi ortaklık sayılır". Bu hüküm zaten hukukumuzda İBK m. 530/2'den alınmıştır. Dolayısı ile hem İsviçre hem de Türk Hukukunda ön şirketin hukuki niteliğinin dayanağını bu hükümler oluşturmaktadır. 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu döneminde de aynı prensipler geçerli ve sistem böylece kendi içinde tutarlıydı. TK m. 335. madde hükmünün gerekçesinde Alman modelinin benimsendiği açıklanmamış olsaydı, 6267 sayılı kanun dönemindeki sistem aynen devam edebilirdi. Eğer yeni Ticaret Kanunu döneminde de tescil öncesi oluşum adı şirket olarak nitelendirilecek ise bu durumda TK 335. maddeye ne gerek vardı denebilir. Zira 6762 sayılı kanun zamanında da zaten ana sözleşmenin imzalanmış olduğu tescil öncesi dönemde ortaya çıkan oluşum adı şirket olarak görülmekteydi.

Tekinalp eserinde 335. maddenin gerekliliği için bazı gerekçeler ileri sürmüştür¹²¹: Bunlardan ilki, 335. maddenin kurucular arasındaki ilişkinin şirket olduğunu belirtmiş olmasıdır. Oysa bu konuda bir tartışma bulunmamakta, bunun adı şirket olduğu zaten İsviçre ve Türk doktrininde tartışmasız kabul edilmektedir. İkinci gerekçe olarak kurucular arasında uyumsuzluk çıktığında mevcut esas sözleşme ve esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde BK m. 620 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi olanıdır. Bu gerekçeyi ele aldığımızda denebilir ki, bunun için 335. maddeye hiçbir şekilde ihtiyaç yoktur; zira ön şirketi adi şirket olarak kabul ettiğimiz takdirde, adi şirkette iç ilişki ortaklarca serbestçe düzenlenebileceğinden, ortaklar aralarında isterse uygun düştüğü ölçüde esas sözleşme hükümlerini uygulayabileceklerdir.

İleri sürülen diğer bir gerekçe ise, "tescilden önce şirket adına işlem yapanlar" ibaresini yorumlamanın kolaylaştığı yönündedir. Bu gerekçe de 335. maddenin varlığını haklı göstermez, zira ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirildiği durumda da, adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için, şirket adına işlem yapan ortaklar BK m. 638/3 uyarınca şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulabileceklerdir¹²². Bu açıklamalar karşısında 335. maddenin varlığını haklı gösteren gerekçelerin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

TK m. 335. madde ancak Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modeli benimsendiği takdirde bir anlam kazanacak ve kendi içerisinde tutarlı hale gelecektir. Bunun dışında getirilen açıklamaların tatmin edici olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu, 335. madde gerekçesi dikkate alındığında, bilinçli bir tercih yaparak Yeni Ticaret Kanunu döneminde Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modelini benimsemiştir. Artık ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirilmemesi gerekir. Diğer taraftan BK. m. 620/2 düzenlemesi buldukça ön şirketin Alman hukukunda olduğu gibi açıklanmasında bu durum her zaman karşımıza bir sorun olarak çıkacaktır. Bu sorunun çözümlenmesi için, BK m. 620/2 hükmünün TK m. 335 karşısında uygulanmaması gerekir. Aksi takdirde Alman hukukunda öngörülen ön şirket sistemi ile İsviçre hukukunda geçerli ön şirket sistemi çatışması ve bunun ortaya çıkardığı sorunlar her zaman doktrin ve yargıyı meşgul edecektir.

¹²¹ Tekinalp, Nr. 10-28.

¹²² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil** : Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Arslanlı, Halil/
Domaniç, Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989.
- Bahtiyar, Mehmet
Barlas, Nami** : Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001.
: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Beuthien, Volker** : Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565- 567.
- Beuthien, Volker** : Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZfP 1996, s 305-320.
- Böckli, Peter** : Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009.
- Dauner- Lieb, Barbara** : Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbHR 1996, s. 82 vd.
- Domaniç, Hayri** : Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Mesuliyet, İstanbul 1964.
- Guhl, Theo/
Koller, Alfred/
K. Schnyder, Anton/
Druey, Jean Nicolas
Großkommentar,
Aktiengesetz** : Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000.
: Erster Band, §§ 1- 53, 4. Auflage, Berlin 1992 (GroßkommAktG/Bearbeiter).
- Hüffer, Uwe
Kappet, Clivia** : Aktiengesetz, 9. Auflage 2010.
: Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg.
- Kießling, Erik** : Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York.
- Kırca, İsmail** : Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C. XIX, S. 4.
- Kölner Kommentar
zum Aktiengesetz** : hrsg, Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, Band I §§ 1- 75 AktG, 3. Auflage, Köln 2011.
- Lutter, Marcus** : Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1073- 1080.
- Meier- Hayoz, Arthur
/Forstmoser, Peter
Meier- Hayoz, Arthur/
Forstmoser, Peter** : Schweizerische Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998.
: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl. Bern 1993.
- Michalski, Lutz/
Sixt, Rainer** : Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH in: Festschrift für Karl Heinz Boujong, München 1996.

Münchener Kommentar

zum Aktiengesetz

: hrsg. Bruno Kropff, Johannes Semler, Band 1, §§ 1- 53 AktG, 2. Auflage, München 2000 (MünchKommAktG/Bearbeiter).

**Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu/Ersin**

: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000.

Pulaşlı, Hasan

: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012.

Pulaşlı, Hasan

: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006, Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen' e Armağan, 2007 İstanbul.

Pulaşlı, Hasan

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1.

**Schmidt, Karsten
Şener, Oruç Hami
Tekil, Fahman
Tekinalp, Ünal**

: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 2000.

: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

: Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1996.

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

**Teoman, Ömer
Von Greyerz,
Christhopf, in**

: Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5, Ankara 1995.

: Die Aktiengesellschaft in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982.

Weimar, Robert

: Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 69- 79.

Wiedemann, Herbert

: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundşagen, München 1980.

Wiedemann, K-U

: Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2029 vd.

Wohlmann, Herbert, in

: Die GmbH, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Stuttgart 1982.

**Yalman, Macit/
Taylan, Erbay**

: Adi Ortaklık, Ankara 1974.

Zöllner, Wolfgang

: Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, s. 1383 vd.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK) M. 342'YE GÖRE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ANONİM ŞİRKETE AYNI SERMAYE OLARAK KONULMASI

Dr. Seniha DAL*

ÖZET

Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişin yaşandığı içinde bulunduğumuz yüzyılda ekonomik değer, maddi sermayeden daha çok fikri sermaye ile ifade edilmektedir. Ticari sınırların gün geçtikçe ortadan kalktığı ve teknolojinin inanılmaz hızla geliştiği küresel dünya sisteminde fikri sermaye sahipliği, uluslar arası alanda rekabet gücünün belirlenmesinde önemli bir araç haline gelmiştir. Bu çerçevede, fikri sermaye sahipliği, şirketlerin doğrudan değerini artıran önemli bir sermaye unsurudur. Bu çalışmanın konusu 6102 sayılı yeni TTK'ya göre anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarıdır. Çalışmada yeni TTK'ya göre anonim şirketlere getirilecek aynı sermayenin konusu ve özelliklerine yer verilerek aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet hakları m. 342 ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, Anonim şirket, Aynı sermaye, Fikri mülkiyet hakları.

ABSTRACT

In due course of transformation of industrial society into information society that taking place within present century, the economic asset is being identified as intellectual capital rather than a tangible capital. Possession of intellectual capital in the global world system in which the technology incredibly has made progress and by the time those trade walls have been diminished, turned out to be significant instrument that sets the global competitiveness rules. In this context, possession of intellectual capital is one of the most important component that directly raises the value of the companies. The main theme of this study is: allocating the intellectual property rights as capital in kind to joint stock company for capital subscription under the new TCC number 6102. In this study; having focused on the types and characteristics of capital in kind which have been incorporated into TCC, the intellectual property rights those were allocated as capital in kind for joint stock company will be evaluated in the light of article 342.

Keywords: New Turkish Commercial Code Number 6102, Joint stock company, Capital in kind, Intellectual property rights.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi İİBF İngilizce İşletme Bölümü

I- GİRİŞ

Anonim şirketlere hakim olan sermayenin korunması ve sınırlı sorumluluk ilkelininin varlığı, bu şirketlere konulacak olan sermayenin türü bakımından önemlidir. Anonim şirketlere hem nakdi hem de aynı sermaye taahhüdü mümkündür. Aynı sermaye olarak konulabilecek değerlerin başlıcaları, taşınır mallar, taşınmaz mallar, ticari işletme ve haklardır. Aynı sermaye olarak konulabilecek başlıca hakları da alacak hakları, aynı haklar ve fikri mülkiyet hakları olarak ifade edebiliriz. Sınai toplumundan bilgi toplumuna geçişin yaşandığı içinde bulunduğumuz yüzyılda fikri mülkiyet hakları, sermaye değeri olarak ayrı bir önem arz etmektedir. Nitekim günümüz dünyasında gayrimenkul, makine vb. maddi sermaye türlerinden daha çok, insan aklının ve zekasının yarattığı gayri maddi mallar sermaye olarak değer kazandığından marka, patent, tasarım vb. pek çok gayri maddi mallar şirketlerin en değerli varlıkları arasındadır. Bu çalışmada anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilecek fikri mülkiyet hakları ele alınacaktır. 6102 sayılı yeni TTK'da konuya ilişkin genel hüküm niteliğinde m. 127 ve özel hüküm niteliğinde m. 342 olmak üzere iki temel hüküm bulunmaktadır. Biz çalışmamızda esas olarak m. 342 hükmü ile birlikte konuyla ilgili diğer hükümlere yer vereceğiz.

II-AYNİ SERMAYE VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KAVRAMI

A-Aynı Sermaye Kavramı, Konusu ve Özellikleri

1. Aynı Sermaye Kavramı

Anonim şirketlere sermaye olarak nakit yani para konulabileceği gibi para dışındaki değerlerinde konulması mümkündür. Bir başka deyişle, anonim şirketlere emek ve ticari itibar hariç¹, para, taşınır ve taşınmaz mallar, ekonomik değer içeren her türlü haklar, kıymetli evrak, ticari işletme ve şirket payları sermaye olarak getirilebilir². Aynı sermaye kavramı sermaye olarak paradan başka getirilen her türlü ekonomik değeri ifade eder³. Ayın, mal, eşya anlamına gelmekle birlikte hukukumuzda ayın sermaye

¹Ticaret şirketlerine emek ve ticari itibarın sermaye olarak konulabileceği genel hüküm olarak hem yeni TTK m. 127'de hem de mülga TTK m. 139'da düzenlenmiştir. Ancak emek ve ticari itibarın anonim şirketlerde sermaye olarak konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm mülga TTK'da bulunmadığından konu öğretilerde ele alınmıştır. Öğretilerde emek ve ticari itibarın anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyeceği konusunda görüş birliği vardır. **Oğuz İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 26.; **Hasan PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, Ocak 2011, s. 65-66. Doktrindeki bu görüş, yeni TTK m. 342 ile kanun hükmü haline getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, "...hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar....." sermaye olarak konulamaz.

² İstisnai olarak bazı anonim şirketlere yalnızca nakit sermaye taahhüt edilebilir. Örneğin, banka ve sigorta ortaklıkları. Detaylı bilgi için bkz. **Erdoğan MOROĞLU**, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2003, s. 49.

³ Biz çalışmamızda anonim şirkete sermaye olarak getirilen ve paradan başka her türlü ekonomik değeri ifade eden "aynı sermaye" terimini kanuni terim olması nedeniyle kullanacağız. Öğretilerde, paradan başka ekonomik değerlerin anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi halinde bu değerlerin "aynı sermaye" olarak nitelendirilmesi eleştirilmiştir. Esasen ayın, mal, eşya anlamındadır. Dar anlamda eşya kavramı taşınır ve taşınmaz eşyaları ifade etmektedir. Fakat "aynı" nitelendirmesi ile "ayın" ya da "eşya" üzerinde söz konusu olan mutlak hakların yanında gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakları da kapsar şekilde kullanılmaktadır. Yani aynı hakların kastedildiği "aynı sermaye" ifadesi kanunda kullanıldığı bütün hallerde, nakitten başka tüm malvarlığı değerlerine karşılık kullanıldığı bu nedenle de "aynı sermaye" yerine "nakit dışı sermaye" ya da "paradan başka sermaye" terimlerinin kullanılmasının hukuk tek-

dendiği zaman bunlardan başka maddi olmayan mallarla birlikte hakları da kapsadığı kabul edilmektedir⁴. Haklara örnek olarak fikri mülkiyet haklarını, alacak hakkını ve sınırlı aynı hakları verebiliriz.

2. Aynı Sermayenin Konusu

6102 sayılı yeni TTK m. 127 ve 6762 sayılı mülga TTK m. 139'da ticaret şirketlerine nelerin sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir⁵. Her iki hükümde de sermaye olarak getirilecek değerleri nakit, aynı sermaye, emek ve ticari itibar ve ticari işletme başlıkları altında toplamak mümkündür. Yeni TTK m. 127/1'de nelerin ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca sermaye olarak konabilecek değerler şunlardır;

- a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar;
- b) Fikri mülkiyet hakları;
- c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz;
- d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları;
- e) Kişisel emek;
- f) Ticari itibar;
- g) Ticari işletmeler;
- h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir sanal ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler;
- i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar;
- j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer.

Yukarıda sayılan bu değerlerden biri ya da bir kaç birliktelikte ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. Mülga TTK m. 139 ile yeni TTK m. 127 karşılaştırıldığında yeni TTK'daki farklılık "sermaye şirketlerine ait paylar⁶" ve "haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değer-

niği açısından daha doğru olduğu dile getirilmiştir. **Fatih ARICI**, Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 24 vd.; **Erdoğan MOROĞLU**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), Türkiye Barolar Birliği, 4. Bası, Ankara 2006, s. 148.; Belirtmek gerekir ki, yeni TTK m. 342'nin kenar başlığı aynı sermaye olarak düzenlenmiş ise de m. 339/2-e'de "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar" ifadesine de yer vermiştir.

⁴ PULAŞLI, s. 61.

⁵ 6762 sayılı mülga TTK m. 139'a göre, ticaret şirketlerine sermaye olarak;

- 1-Para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler;
- 2-İmtiyaz ve ihtira beratları alameti farika ruhsatnameleri gibi sınai haklar;
- 3-Her nevi gayrimenkuller;
- 4-Menkul ve gayrimenkullerin faydalanma ve kullanma hakları;
- 5-Şahsi emek;
- 6-Ticari itibar;
- 7-Ticari işletmeler;
- 8-Telif hakları, maden ruhsatnameleri gibi iktisadi değeri olan sair haklar konabilir.

⁶ ARKAN'a göre, bu ifadenin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Zira, "devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer" kapsamında yer almaktadır. Bkz. **Sabih ARKAN**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (TTK Tasarısı), 13-14 Mayıs 2005, BATİDER Yayınları, Ankara, s. 49.

ler”in ve “devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer”in eklendiği görülmektedir. TTK m. 127’de sayılan bu değerleri dikkate aldığımızda Kanunun sermaye olarak konulabilecek değerler bakımından oldukça geniş bir çerçeve çizdiği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, yeni TTK’daki bu düzenleme ile sermaye olarak getirilecek değerler bakımından “numerus clausus” yani sınırlı sayma yönteminin geçerli olmadığı aşıkardır. Bu durum hükmün j. bendinde açıkça anlaşılmaktadır⁷.

Esasen 6102 sayılı yeni TTK m. 127’nin fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenleniş şekli, mülga TTK m. 139’dan farklı değildir. Mülga TTK m. 139’da farklı bentlerde düzenlenen “imtiyaz ve ihtira beratları, alamenti farika ruhsatnameleri gibi” ve “telif hakları” birleştirilerek yerine ucu açık bir kavram olan “fikri mülkiyet hakları” kavramı m. 127/1-b’de tek bende düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu, sermaye olarak getirilecek fikri mülkiyet haklarını tek tek sayma yöntemini kullanmayarak, ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda fikri mülkiyet hakları ifadesini genel bir kavram olarak düzenlemiştir⁸.

3. Aynı Sermayenin Özellikleri

Her ne kadar yeni TTK m. 127’de aynı sermaye olarak getirilecek değerlerde bir sınırlama yapılmamış ise de anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilecek değerlerin maddi edim, devredilebilme ve nakden değerlendirilebilme özelliğine sahip olması gereklidir.

Maddi edim özelliği; her şeyden önce aynı sermaye, bir malvarlıksal değere ya da en geniş anlamda bir maddi edime ilişkin olmalıdır. Doğrudan doğruya borçlunun malvarlığı ile yerine getirilmesi gereken maddi bir borcun konusunu ifade eden maddi edim, taşınır, taşınmaz eşya şeklinde maddi bir mal olabileceği gibi hak da olabilecektir. Maddi edim niteliğinde olmayan bedeni ya da fikri çalışma gücü ile yerine getirilebilen şahsi edimlerin anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Aynı sermayenin maddi edim özelliğine sahip olmasının bir başka sonucu da olumsuz edimlerinde anonim şirkete sermaye olarak taahhüdünün hukuken imkansız olmasıdır⁹. Anonim şirkete getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin konusu, bir malvarlığı hakkının tamamen devri olabileceği gibi söz konusu hakkın içeriğindeki bazı yetkilerin bağımsızlaştırılarak ayrı bir hak olarak devri de mümkündür. Ö halde bir taşınmaz anonim şirkete sermaye olarak getirilebileceği gibi bir taşınmaz üzerinde tesis edilen irtifak hakkının da anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Nitekim yeni TTK m. 127/1-d’de “taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları”nın sermaye olarak taahhüdü düzenlenmiştir. Aynı şekilde yeni TTK m. 131/2’de de bütün malvarlığı unsurları açısından malvarlığı unsurunun tamamen devrinin taahhüt edilmeyeceğini dikkate alan kanun koyucu, bir karine getirmiştir. Buna göre, esas sözleşmede malvarlığı konusu üzerindeki hangi hakkın devrinin taahhüt edildiği açıkça belirtilmemiş ise, sermaye olarak konan ayınların mülkiyetinin şirkete ait ve hakların da şirkete devredilmiş olduğu kabul edilir¹⁰.

⁷ Esasen mülga TTK m. 139’un ikinci bendindeki, “imtiyaz ve ihtira beratlarının ve alamenti farika ruhsatnameleri gibi sınırlı haklar” ifadesindeki “gibi” kelimesinden ve sekizinci bentteki “iktisadi değeri olan sair haklar” ibaresindeki “sair” sözcüğünden dolayı halihazırda da ticaret şirketlerine konulacak aynı sermaye türlerinde bir sınırlama olmadığı öğretilerde de kabul edilmektedir. **ARICI**, s. 12.

⁸ Bkz. m. 342’nin gerekçesi.

⁹ **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 99.; **Turgut AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 12.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **ARICI**, s. 14-21.

¹¹ **ARICI**, s. 16.

Devredilebilme özelliği; aynı sermayenin maddi edim niteliğine sahip olması yanında ayrıca devredilebilir nitelikte de olması gereklidir. Esasen aynı sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibi, taahhüdü ile taahhüde konu malvarlığı değerini anonim şirkete devri borcunu üstlendiğinden bu malvarlığı unsuru devredilebilir nitelikte olmalıdır¹². Devredilebilme özelliğine sahip olmayan sermaye taahhütlerinin ifası da mümkün olmayacağından anonim şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına intikal etmesi mümkün olmayacaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi devredilebilme özelliği m. 127/1-j'de de açıkça ifade edilmiştir. Devredilebilme özelliğinin ayrıca düzenlenmesinin nedeni, devredilemeyen malvarlığı haklarının da bulunmasıdır. Devredilemeyen aynı sermayenin anonim şirketlere sermaye olarak konulması söz konusu olmayacağı gibi devredilebilen bir aynı sermaye unsurunun üzerinde devir engelinin bulunması halinde de anonim şirkete sermaye olarak taahhüdü de söz konusu değildir¹³. Keza, devredilebilme kabiliyetine sahip olmayan intifa hakkı da aynı sermaye olarak taahhüt edilemez. Fakat intifa hakkının kullanılmasının devri mümkündür. Meğer ki, intifa hakkını tesis eden sözleşmede aksi kararlaştırılmış bulunsun ya da sözleşmeden intifa hakkının bizzat hak sahibince kullanılması gerektiği sonucuna varılsın¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu hakların sermaye olarak getirilebilmesi için ilgili sicillere kaydedilmiş olmaları ve diğer özellikleri de taşıması gerekir.

Nakden değerlendirilebilme özelliği; aynı sermayenin bu özelliği, anonim şirket sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olması ve nakden ifade edilmiş olması zorunluluğu ile doğrudan ilgilidir¹⁵. Yeni TTK m. 341 uyarınca, esas sermayenin tamamı kurucular tarafından taahhüt olunmalıdır. Esas sermayenin tamamının taahhüt edilebilmesi için şirkete sermaye olarak getirilecek ayınların bulunması halinde bunların nakden değerlendirilmesi gereklidir. Nitekim m. 339/2-e'de de açıkça ifade edildiği üzere, paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınların bulunması halinde bunların değerleri ile birlikte bunlara karşılık verilecek payların miktarı esas sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlardandır. Bu nedenle geçerli bir esas sözleşmenin hazırlanabilmesi için aynı sermayeye değer biçilmesi ve biçilen miktarında bilinmesi zorunludur. Aynı şekilde TTK m. 127/1-j bendine göre de aynı sermayenin nakden değerlendirilebilmesi gereklidir. İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde anonim şirketlere taahhüt edilecek aynı sermayenin nakden değerlendirilebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, nakden değerlendirilmesinde güçlük bulunan ya da mümkün olmayan sermaye değerleri, malvarlığı niteliğini taşıyabilir, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilemezler¹⁶.

¹² ARICI, s. 22.

¹³ Örneğin, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 162/1 uyarınca, alacak hakkı devredilebilir nitelikte olmasına rağmen bazen işin niteliği ve kanun gereği alacağın devri mümkün olmayacağı gibi bazen de sözleşme ile bir alacak hakkının devrinin yasaklanmış olması mümkündür. Bu halde alacak hakkı bir malvarlıksal değer içermesine rağmen devredilemeyeceğinden sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkün değildir. Detaylı bilgi için bkz. **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 598-600.

¹⁴ **Burak ÖZEN**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 295.

¹⁵ İMREGÜN, s. 25-26.

¹⁶ ARICI, s. 23.

B-“Fikri Mülkiyet Hakları” Kavramı

En geniş anlamıyla fikri mülkiyet hakları, sanayi, bilim, edebiyat ve diğer sanat alanlarında, zihinsel faaliyetlerin sonucunda üretilen fikir ürünlerini koruyan yasal haklardır. Bir başka deyişle, fikri mülkiyet hakları, fikir ürünleri üzerindeki hakları ifade eder. Fakat fikri mülkiyet haklarına konu olan fikri ürünleri ifade etmek amacıyla kullanılan terim açısından literatürde bir fikir birliği bulunmamaktadır. “Fikri haklar”, “fikri mülkiyet”, “fikri ve sınai mülkiyet” ve “fikri, sınai ve ticari mülkiyet” terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu terimler, insan aklının yaratıcılığı sonucunda ortaya çıkan ilmi ve edebi alandaki fikri ürünler ile birlikte sanayide de insan aklının yarattığı her türlü fikir ürünlerini içine alan genel terimlerdir¹⁷. Her ne kadar anılan terim açısından bir fikir birliği bulunmamakla birlikte bugün uluslar arası literatürde kabul edilen terminoloji “fikri mülkiyet (intellectual property)” terimidir¹⁸. Dünya Fikri Haklar teşkilatı (WIPO, World Intellectual Property Organization), “fikri mülkiyet (intellectual property)” terimini tüm fikri ürünleri içine alan şemsiye bir kavram olarak kullanmakta ve bu kavramı konularına göre sınai haklar “industrial property” ve eser sahibinin hakları “copyright” olmak üzere iki alt başlık altında değerlendirmektedir¹⁹. Fikri mülkiyet hakkı kavramının şemsiye kavram olarak kullanılması, bu kavramın içerdiği fikri ürünlerin sınıflandırılmasına engel teşkil etmemektedir²⁰. Nitekim ülkemiz hukukunda da fikri mülkiyet mevzuatı, fikri ürünün konusuna göre düzenlenmiştir. Fikir ve sanat eserleri ya da yaygın olarak kullanılan terimiyle “telif hakları” yalnızca fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ele almaktadır²¹. Bunlar dışında kalan fikri ürünler (markalar, patentler, faydalı modeller, coğrafi işaretler vb.) sınai hak başlığı altında değerlendirilir. Belirtmek gerekir ki, sınai mülkiyet haklarının tamamı fikri ürün niteliğinde değildir. Sınai haklarda kendi içinde ikiye ayrılır. Patent, endüstriyel tasarım vb. gibi sınai haklar fikri ürün niteliğinde olmakla birlikte marka, ticaret unvanı, coğrafi işaretler, işletme adları ayırt edici ad ve işaret niteliğindedirler²².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi fikri mülkiyet hakları kavramı, her türlü fikri ürün üzerindeki hakkı ifade eden üst bir kavramdır. 6102 sayılı yeni TTK’da hem madde 127’de hem de m. 342’de fikri mülkiyet hakları terimi kullanılmıştır. Fikri mülkiyet haklarına konu olan fikri ürünlerin neler olduğuna kanun metninde yer verilmemekle birlikte m. 127’nin gerekçesine baktığımızda, kanun koyucunun fikri mülkiyet hakları kavramı ile ne ifade etmek istediği anlaşılmaktadır. Yeni TTK’ya göre, fikri mülkiyet hakları kavramı geniş bir kavramdır. Şöyle ki, 6762 sayılı Kanun m. 139’da

¹⁷ Hukuk literatüründe sıklıklı kullanılan bu kavramlarla ifade edilmek istenen fikir ürünleri üzerindeki hak sahipliğidir. **Saibe OKTAY ÖZDEMİR**, Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 571.

¹⁸ “Intellectual Property” terimi, patent, marka, faydalı model, tasarım, fikir ve sanat eserleri vb. fikri ürünlerin tamamını kapsar nitelikte kabul edilerek, “fikri mülkiyet” adı altında Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. **Ünal TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), Arkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005, s. 1-2.

¹⁹ T. C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT, Ankara 2000, s. 5.; **Sami KARAHAN/Cahit SULUK/Tahir SARAC/Temel NAL**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1-2.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 3-4.

²⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 4.

²¹ Bu çalışmada, “telif hakları” terimi fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ifade etmek için kullanılmıştır.

²² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 20.; **Adem ASLAN**, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 6.

“ihtira beratları”, “alameti farika ruhsatnameleri” gibi sınai haklar, “telif hakları,” gibi iktisadi değeri olan sair haklar şeklindeki düzenleme, “TRIPS ve WIPO'nun kullandığı yeni terim olan ve fikir ve sanat eserleri ile bağlantılı haklardan başlayarak, markaları, tasarımları, patentleri, faydalı modelleri, bitki çeşitlerini, yani ıslahçı haklarını ve yarı iletkenlerin topografyalarına kadar çok geniş, ucu açık bir kavramı ifade eden “fikri mülkiyet” ile değiştirilmiştir²³”.

Esasen başlangıçta sadece marka, patent ve telif haklarını ifade etmek için kullanılan fikri mülkiyet kavramı zaman içerisinde bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin de etkisiyle yeni hak türlerine konu olmuş ve hala da olmaya devam etmektedir²⁴. Bugün gelinen noktada fikri mülkiyet hakları kavramının sadece telif haklarını, sınai mülkiyetin ise sadece patentleri, markaları ve endüstriyel tasarımları ifade ettiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira, teknoloji ilerledikçe anılan kavramının içeriğini kesin sınırlarla çizmek mümkün değildir. Söz konusu kavram giderek genişleme eğilimindedir²⁵. Bu eğilimi dikkate alan kanun koyucu fikri mülkiyet haklarının “numerus clausus” sınırlı sayı olduğuna ilişkin anlayışı kabul etmemiştir²⁶.

III- ANONİM ŞİRKETLERE AYNI SERMAYE OLARAK KONULABİLECEK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE BU HAKLARIN KAZANILMASI

A-Aynı Sermaye Olarak Konulabilecek Fikri Mülkiyet Hakları

Giderek genişleme eğiliminde olan fikri mülkiyet hakları kavramını bugün için saymak gerekirse güzel sanat eserleri, musiki, ilim ve edebiyat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatleri kapsadığı gibi bunlar dışında kalan marka, patent, endüstriyel tasarım vb. tüm sınai haklar üzerindeki menfaat ve yetkileri de kapsadığını söyleyebiliriz²⁷. Kısaca fikri mülkiyet hakları, hem telif haklarına hem de sınai haklara konu olan fikri ürünlerin tamamını içermektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 'na göre, ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlenme eserler ve derlemeler, veri tabloları ve bağlantılı haklar fikri mülkiyet haklarına konu olabileceklerdir. Sınai haklar başlığı altında fikri mülkiyet haklarına konu olabilecek fikri ürünler; patentler, faydalı modeller, tasarımlar, markalar, coğrafi işaretler, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları, ticaret unvanları ve işletme adlarıdır²⁸.

²³ Bkz. m. 127'nin gerekçesi.

²⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 3; **ASLAN**, s. 36.

²⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 2-3. **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 1.; **ASLAN**, s. 36-37.

²⁶ Bu durum ticari davaları düzenleyen m. 4'ün gerekçesinde “ (d) bendinde, TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “Fikri mülkiyet hukuku” ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak inter alia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir.” şeklinde dile getirilmiştir.; **TEKİNALP**'e göre de, fikri mülkiyet hakkının “numerus clausus” olduğuna ilişkin anlayış etkisini yitirmiştir. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 4-5.

²⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 2-3.; **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 1; **Mustafa ATEŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Fikir ve Sanat Eserleri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 93;

²⁸ İnternetin yaygın kullanımı sonucunda ekonomik değer kazanan internet alan adları, hukuki nitelik olarak başlangıçta fikri mülkiyet hukukundaki ayırt edici işaret ya da tanıtmaya aracı kapsamında değerlendirilmekte ise de bugün gelinen nokta da internet alan adları kendine özgü bir

6102 sayılı yeni TTK m. 127 uyarınca, anılan fikri mülkiyet hakları ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. Ancak sınai mülkiyet hakları sınıflandırması içinde yer alan ayırt edici ad ve işaret niteliğinde olan fakat tescil edilmedikleri için sınai haklara ilişkin özel yasal korumadan yararlanamayan tescilsiz markalar, ticaret unvanları, işletme adları, coğrafi adlar ve işaretler vb. fikri mülkiyet haklarının yeni TTK'ya göre anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün müdür? Bu sorunun cevabı m. 342'nin gerekçesinde bulunmaktadır. Anılan hükümdeki, "*fikri mülkiyet hakları ibaresi, fikir ve sanat eserlerini, bağlantılı hakları, markaları, tasarımları, patentleri, coğrafi işaretleri, tescil edilmemiş haklar ile bilgileri, bitki geliştirilmesini, yani ıslahçı haklarını, yarı iletkenlerin topografyalarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır...*" açıklaması ile kanun koyucunun üst başlık olan fikri mülkiyet hakları kavramına herhangi bir sınırlama getirmediği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, her ne kadar hükmün ifadesinde yer verilmemişse de gerekçesinde belirtildiği gibi "*tescil edilmemiş haklar ile bilgileri*" ifadesinden anlaşılacağı üzere tescilsiz sınai mülkiyet haklarının da anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür²⁹. Bu sebeple, 6762 sayılı mülga TTK'da anonim şirkete sermaye olarak getirilemeyen tescil edilmemiş bir marka, işletme adı, ticaret unvanı, buluş vb. fikri ürünlerin yeni TTK'ya göre sermaye olarak getirilebileceği kanaatindeyiz. Tescil edilmemiş haklar dışında gerekçede belirtilen "*bilgiler*³⁰" ifadesi dolayısıyla da halihazırda ülkemiz hukukunda özel olarak korunmadıklarından tescil edilmeyen ticari sır³¹, know-how³² ve müşteri

hak niteliğine kavuşmuştur. Nitekim internet alan adlarını düzenleyen yönetmelikte fikri mülkiyet kavramına yer verilmediği gibi TTK m. 342'nin ifadesinde de "*..... fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil*" denilerek sanal ortamlar ayrıca belirtilmiştir. Bu nedenle bu çalışmada alan adları fikri mülkiyet hakları içerisinde değerlendirilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Seniha DAL**, Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) Ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Yıl 2010, Cilt XXVIII, Sayı I, s. 485 vd.

²⁹ M. 342 hükmü anonim şirketlere ilişkin özel bir hüküm olduğundan ve genel hüküm m. 127/1-b'nin gerekçesinde de konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından tescilsiz fikri mülkiyet haklarının kollektif, komandit ve kooperatiflere sermaye olarak getirilemeyeceği kanaatindeyiz. Limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ilgili hükümleri m. 342'ye atıf yapıldığından bu şirketlere söz konusu fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak getirilmesi mümkündür.

³⁰ Bu terim ile kanun koyucunun neyi kastettiğini kesin olarak söylemek pek mümkün olmakla birlikte doğrudan know-how'ı işaret ettiğini de söyleyemeyiz. Zira, fikri mülkiyet literatüründe know-how ifadesinin karşılığı olarak tescil edilmemiş bilgiler yerine açıklanmamış bilgiler ifadesi yaygın olarak kullanılmaktadır. Her ne kadar yasada açıklık bulunmasa da nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen ticari sır ve know-how'ın bu ifade kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³¹ Ülkemiz fikri mülkiyet hukukunda özel olarak korunmayan ticari sırlar, bazı hallerde şirket için çok önemli olabilmektedir. Tescilli bir koruma hakkına sahip olmayan bilgilerin korunması ancak ticari sır ile mümkündür. Bazı durumlarda bir şirketin ticari sırları o şirketin değerine önemli ölçüde değer katabilmektedir. Ekonomik değer içeren bir bilgiye sahip olan şirket dilerse bilgisini patent olarak tescil eder ve kamuya açıklar dilerse bilgiyi olabildiğince uzun süre gizli tutar ve sadece kendisi yararlanır. Örneğin, coca-cola'ya ilişkin ticari sır 1800 ün ortalarından bu güne kadar gizlenebilmiştir. **Cahit SULUK**, Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınları, İstanbul 2004, s. 39-40.

³² Öğretide know-how kapsamında değerlendirilen bilgi ve deneyimlerin fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, know-how olarak kabul edilen bilgi ve deneyimlerin yalnızca fiili bir durum oluşturduğu bu nedenle de malvarlıksal bir hakkın konusu olamayacağından sermaye olarak taahhüdü söz

çevresi gibi unsurların da artık sermaye olarak getirilmesi mümkündür³³. Kısaca, tescil edilmemiş markalar, tasarımlar, açıklanmamış bilgiler, işletme adları vb. fikri mülkiyet hakları yeni düzenleme ile anonim şirkete sermaye olarak getirilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu nitelikteki fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilmesi için tescil dışındaki diğer şartları taşıyor olması gerekmektedir. Yani maddi edim niteliğinde olma, nakden değerlendirilebilme ve devredilebilme özelliklerine sahip olması şarttır. Bununla birlikte anılan özelliklere sahip yukarıda ifade edilen fikri mülkiyet haklarının tamamının anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu yeni TTK m. 342 hükmü ile ilk kez anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilecek değerlere ilişkin sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalara çalışmamızın bundan sonraki bölümünde yer verilecektir³⁴.

B- Fikri Mülkiyet Haklarının Kazanılması

Ülkemiz hukukuna göre, bir fikri ürün üzerinde fikri mülkiyet hakkının kazanılmasında fikri ürünün niteliğine göre iki temel sistem söz konusudur. Buna göre, telif hakları olarak ifade ettiğimiz fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahibi olmak için herhangi bir tescil şartı bulunmamaktadır. Sınai mülkiyet üzerinde hak sahibi olabilmek için ise tescil şarttır³⁵.

a. Tescil ile Fikri Mülkiyet Hakkının Kazanılması

Telif haklarından farklı olarak sınai haklar üzerinde hak sahipliği tescil ile kazanılır. Yani, sınai alandaki fikri ürünler üzerinde hak sahibi olabilmek tescil ile mümkündür. Tescil yok ise o fikri ürün üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Bir başka deyişle, tescil bildirici değil kurucu etkiye sahiptir. Bir sınai hakkı ilk defa tescil ettirmiş olan kişi bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Tescil, herhangi bir şeyin yazılı olarak resmi kurumlarca kayıt altına alınmasıdır. Tescilin sözlük anlamı bu olmakla birlikte hukukta tescil farklı anlam ifade etmektedir. Hukukta tescil, bir hakkın varlığının açıklanması için gerekli bir müessesedir. Yani bir hakkın kime ait olduğunu, hakkın kap-

konusu olamayacaktır. Bkz. **ARICI**, s. 19.; **Çiğdem KIRCA**, "Know-how Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Ali Bozer'e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998, s. 249-251. Aksi görüşte olan **ARKAN**'a göre ise, know-how kapsamında değerlendirilebilen patenti alınmamış gizli buluşlar ve gizli bilgilerin, malvarlıksal bir değer içermesi halinde fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilebilecektir. **Sabih ARKAN**, Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), BTHAE, Ankara, 2011, s. 292, dñn. 2.; Ülkemiz hukukunda know-how özel yasal düzenleme ile korunmasa da m. 342'ye göre, aynı sermayeye ilişkin diğer özellikleri taşıması halinde anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkündür. Ancak, sermaye değerinin belirlenmesinde sorun yaşanabileceği kanaatindeyiz.

³³ Bkz. m. 342'nin gerekçesi.; **Hayrettin ÇAĞLAR**, Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi", **BATİDER**, C.XXVI, S. 2, s. 40.

³⁴ Bkz. bölüm IV, B.

³⁵ Fikri mülkiyet hukukuyla ilgili mevzuat sahibi olan hemen hemen tüm ülkelerde fikri mülkiyet hakkının kazanılması, kullanılması ya da korunması tescil ya da tevdi vb. uygulamalara tabi tutulmuştur. Bu uygulamalar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin, ABD'de bir eser üzerinde hak sahibi olmak için tescil şartına gerek yoksa da bir eserin ihlali halinde hukuk davası açılabilmesi için eserin dava açılmadan önce tescil edilmiş olması gereklidir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Mustafa ATEŞ**, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukuki Mahiyeti (Tescil) " **Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2006, S. 3, s. 15 vd.

samı ve sınırlarının tespiti tescil müessesesi ile mümkündür³⁶. Marka, patent, tasarım, entegre devre topografyası, coğrafi işaretler ve yeni bitki çeşitleri tescilli sınai haklardır.

Ülkemizde tescile tabi olan sınai mülkiyet haklarının kayıtlarının tutulduğu Türk Patent Enstitüsü (TPE) nezdinde marka, patent, gizli patent, coğrafi işaret, tasarım ve entegre devre topografyaları sicili tutulmaktadır³⁷. İslahçı hakları tanımaya yetkili merci Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'dır. Bakanlık nezdinde, ıslahçı hakkı başvurusu ve hakkın tescili ile ilgili hususların kayıtlı olduğu ve kütük olarak ifade edilen sicil bulunmaktadır. Anılan sınai mülkiyet haklarının koruma altına alınabilmesi için ilgili kuruluşlara tescil edilmesi gereklidir³⁸. 6762 sayılı mülga TTK'ya göre, bu kuruluşlara tescil edilmeyen fikri mülkiyet haklarının anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkün değil idi. Ancak yeni TTK m. 342'nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, tescile tabi sınai mülkiyet haklarının yanında tescil edilmemiş sınai mülkiyet haklarının da anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Tescilsiz sınai mülkiyet haklarına örnek olarak marka, ticaret unvanı, işletme adı, know-how, ticari sır, müşteri çevresi verilebilir.

3- Tescilsiz Fikri Mülkiyet Hakkının Kazanılması

Fikri mülkiyet haklarının tescilsiz olarak kazanılması doğrudan doğruya telif haklarını çağrıştırmaktadır. Zira eser sahibi, eser üzerindeki fikri mülkiyet hakkını eseri yaratır yaratmaz kazanır. Bunun için herhangi bir tescil şartı aranmaz. Sınai mülkiyet haklarından farklı olarak telif haklarında kural, eser üzerinde hak sahibi olabilmek için herhangi bir kuruma tescilin zorunlu olmamasıdır. Ayrıca eserin aslının ya da kopyasının herhangi bir yere tevdi ve ibrazı ya da üzerindeki hakların kullanılabilmesi için herhangi bir kurum ya da merci tarafından ruhsata bağlanması da söz konusu değildir³⁹.

Ülkemiz hukukunda kural, telif haklarının tescilsiz iktisabı işe de bazı telif haklarında zorunlu olarak kayıt ve tescil uygulamaları söz konusudur⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, telif haklarına konu esere ilişkin yapılan tescilin amacı, hak yaratmak değildir. Bir başka deyişle, tescili zorunlu olan bir eserin tescil edilmemiş olması, eser üzerindeki hakkın kazanılmasına ya da kaybedilmesine neden olmaz. Buradaki tescilin amacı, eserler üzerinde hakların ihlal edilmemesi, gerçek hak sahiplerinin belirlenmesinin ispatında kolaylık sağlanması, ve mali haklardan yararlanma yetkisinin takip edilebilmesidir⁴¹. Görüldüğü üzere, sınai haklardan farklı olarak telif haklarında tescilin işlevi asla hak ihdas etmek değildir. Bu tescilin amacı, eser sahibinin haklarının ispatında kolaylıktır. Yani sınai haklarda kurucu etkiye sahip olan tescil telif haklarında bildirici

³⁶ Fikri mülkiyet hukukunda tescilin fonksiyonuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Tescil, s. 14.

³⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 44 vd.

³⁸ Ülkemiz hukukuna göre, tescil edilmeyen sınai mülkiyet hakları TTK'nın haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır.

³⁹ **ATEŞ**, Tescil, s. 13 vd.

⁴⁰ 5846 sayılı FSEK m. 13'de değişiklik yapan 4630 sayılı Kanun m. 7 ile bazı telif haklarında tescil uygulaması düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, sinema ve müzik eserleri ile yapımının haklarına konu olan komşu haklarda tescil zorunludur. Bu eserler dışında kalan eserler, zorunlu olmamakla birlikte sahiplerinin talebi üzerine kayıt ve tescil edilebilir. Kayda ve tescile ilişkin usul ve esaslar, Kültür Bakanlığı tarafından çıkarılan "Kayıt ve Tescil Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ile düzenlenmiştir.

⁴¹ Eser sahibi kendi iradesiyle aynı amaçlar için eserini kayıt ve tescil altına alabilir. **ATEŞ**, Tescil, s. 21 vd.

etkiye sahiptir⁴². İster tescil edilmiş ister tescil edilmemiş olsun telif haklarının tamamı diğer unsurları da taşımak şartıyla anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, telif haklarında tescil şartının olmayışı çalışma konumuz açısından önemlidir. Çünkü aynı sermaye olarak taahhüt edilen eser üzerindeki mali haklar, ilgili sicile şerh olarak kaydedilemeyeceğinden üçüncü kişilere ileri sürme imkanı bulunamayacaktır. Bu durum sermaye olarak taahhüt edilen tescilsiz fikri mülkiyet hakları içinde söz konusudur. Bir başka deyişle, yeni TTK m. 128/2 hükmü uygulanamayacağından sermayenin taahhüdü ile tasarrufu arasındaki zamanda hak kaybı söz konusu olabilecektir.

IV- M. 342'YE GÖRE ANONİM ŞİRKETLERE AYNI SERMAYE OLARAK KONULACAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

6102 sayılı TTK, m. 127'de genel olarak fikri mülkiyet haklarının ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabileceğini belirttiğinden sonra m. 342'de ise aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının taşınması gereken özellikleri açıkça düzenlemiştir. Yeni TTK m. 127 genel hüküm niteliğindedir ve ticaret şirketlerin tamamına bünyelerine aykırı olmamak şartıyla uygulanabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, ilgili madde metninde sayılan fikri mülkiyet haklarının tamamının anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi için anonim şirketlere ilişkin hükümlerde aksine bir düzenleme bulunmaması gerekir. Ancak konuyla ilgili olarak yeni TTK m. 342'de özel bir hüküm bulunmaktadır. Nitekim m. 127/2'de bu özel hüküm saklı tutulmuştur. Anılan bu hüküm uyarınca her türlü fikri mülkiyet hakkının anonim şirketlere aynı sermaye olarak konulacağını söylemek mümkün değildir. Eğer her türlü fikri mülkiyet hakları sermaye olarak getirilemeyecekse hangi tür fikri mülkiyet hakları sermaye olarak getirilebilir? Bu soruya cevap, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilebilecek fikri mülkiyet haklarının temel özelliklerinin incelenmesi ile mümkündür. Bir diğer ifadeyle, fikri mülkiyet hakları ekonomik değer taşınmasına rağmen sadece m. 342'deki koşulları sağlayan fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olabilecektir.

A- M. 342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Taşınması Gereken Özellikleri

6102 sayılı yeni TTK m. 342 – (1) “*Üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olmaz.*

“Aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları” kenar başlığını taşıyan bu hükme göre, anonim şirketlere, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunan, nakden değerlendirilemeyen ve devrolunamayan fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak konulması mümkün değildir. Bir başka deyişle, anonim şirketlere fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak konulabilmesi için devredilebilir nitelikte olması, nakden değerlendirilebilmesi ve her türlü sınırlandırmadan uzak olması zorunludur. Esasen m. 342'de dile getirilen devredilebilir ve nakden değerlendirilebilir özellikleri genel hüküm m. 127/1-j bendinin tekrarı niteliğindedir ve tüm ticaret şirketleri için geçerlidir. Bu nedenle de sadece fikri mülkiyet ya da sanal ortamlara ilişkin istisnai bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir. Ancak üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bu-

⁴² Eserlerin tescil ve tevdi edilmesi, eser üzerine bandrol ya da etiket yapıştırılması veya seri numarası konulması vb. işlemler ilke olarak, eser üzerinde hakkın kazanılması ya da kullanılmasını etkilemezler. **Mustafa ATEŞ**, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 107-108.

lunan fikri mülkiyet hakları anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir⁴³. Hemen belirtelim ki, bu sınırlandırma “fikri mülkiyet hakları ve sanal ortamlara” ilişkin istisnai unsur niteliğinde değildir. Anonim şirketlere taahhüt edilecek diğer aynı sermayeler içinde geçerlidir. Hüküm “fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil”, ifadesi ile bu haklara vurgu yapmış olsa da kanun koyucu, diğer aynı sermaye olabilecek değerleri tek tek saymayı tercih etmemiş bunun yerine “malvarlığı unsurları” ifadesini kullanmıştır.

1- Devredilebilme Özelliği

Aynı sermaye olarak taahhüt edilecek diğer sermaye türlerinde olduğu gibi fikri mülkiyet haklarının da devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir⁴⁴. Kural olarak fikri mülkiyet hakları devredilebilir niteliktedirler⁴⁵. Kural bu olmakla beraber her türlü fikri mülkiyet hakkı devredilebilir nitelikte değildir. Fikri mülkiyet hakkının devri ile kastedilen fikri mülkiyet hakkı sahibinin onu, fikri mülkiyet hakkının yeni sahibi olacak bir başka gerçek ya da tüzel kişiye bırakmasıdır. Yani, hakkın devri söz konusu olduğunda hak, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Yeni TTK bu düzenlemesi ile 6762 sayılı TTK’dan ayrılmaktadır. Zira, 6762 sayılı mülga TTK’da aynı sermayenin bu özelliği açıkça düzenlenmediğinden konuya ilişkin hükümlerden hareketle dolaylı olarak bu sonuca ulaşılmakta idi⁴⁶.

Sınai mülkiyet hakları açısından devredilebilme özelliğini dikkate aldığımızda bu özelliğe sahip olmayan coğrafi işaretlerin aynı sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Coğrafi işaretler dışında, ticaret unvanını düzenleyen yeni TTK m. 49’a göre, bir ticaret unvanının, işletmeden bağımsız olarak anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün müdür? Hükümün ifadesinden yola çıkarak diyebiliriz ki, ticaret unvanı, devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılarak işletmeden bağımsız olarak devredilebilir. Zira ticaret unvanı gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardandır. Dolayısıyla nakden değerlendirilebilir ve devredilebilir⁴⁷. Yeni TTK m. 53 uyarınca, tescil

⁴³ Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hüküm her ne kadar anonim şirketlere özgü ise de limited şirketler içinde m. 581’de aynı amaca hizmet eden bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, anonim şirketlerle ilgili m. 342/2’de 128. maddeye atf yapılırken, aynı konuyu aynı şekilde limited şirketler için düzenleyen m. 581/2’de 127. maddeye atf yapılmıştır. Yapılan atfın m. 342 de olduğu gibi m. 128’e yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Genel hüküm m. 127/1-j bendi tüm ticaret şirketleri için söz konusu iken m. 342 ve m. 581 sermaye şirketleri için özel olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde sermaye şirketi olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi düzenleyen hükümlerden m. 565/2 ve m. 567’ye göre aynı sermayeye ilişkin m. 342 hükmü bu şirket içinde geçerlidir.

⁴⁴ Esasen ekonomik değer içeren bir gayri maddi mal, ancak devredilebilmesi halinde hukuk düzenince de kabul edilmiş olacaktır. Zira hukuki işlemler açısından devri kabil mal olarak bir değer taşır ve konusunu oluşturduğu hak üzerinde tasarruf yoluyla devredilebilir. Bkz. **Doruk UTKU**, Sınai Hakların Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 87.

⁴⁵ Hemen belirtelim ki, burada kastedilen devredilebilir olma koşulunu müstakilen devredilebilir olma şeklinde anlamak amaca aykırı olacaktır. Aksi halde ticari işletme ile birlikte şirkete sermaye olarak konulacak ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devri mümkün olmadığından, sermaye olarak konulamayacağını kabul etmek gerekir ki, bu da fikri mülkiyet hukukunun amacına aykırıdır. Bkz. **ÇAĞLAR**, s. 37.

⁴⁶ 6762 sayılı TTK’nın konumuzla ilgili hükümleri m. 140, 143/2, 285/2’dir.

⁴⁷ **Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 140-141. Yazarlara göre, ticaret unvanı hakkı sahibinin, bu hakkının bazı hallerde kullanamaması ya da

edilsin ya da edilmesin işletme adının da devri mümkündür. Ticaret unvanının farklı olarak işletme adı işletmeden bağımsız olarak devredilebilecektir. Bundan başka diğer sınai mülkiyet hakları özel yasal mevzuatları uyarınca devredilebilme özelliklerine sahiptirler. Bu bağlamda, marka⁴⁸, patent ve faydalı model, endüstriyel tasarım, entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri sermaye olarak devredilebilirler. Belirtmek gerekir ki, patent, faydalı model ve endüstriyel tasarım hakkı sahibine mali nitelikte haklar sağladığı gibi manevi nitelikte de haklar sağlamaktadır. İşte bu fikri mülkiyet haklarının içerdiği manevi haklar devredilebilir nitelikte olmadıklarından anonim şirketlere sermaye olarak getirilemezler. Ayrıca, patent, faydalı model, yeni bitki çeşitleri ve entegre devre topografyası üzerinde başvuru hakkına sahip olan kişilerin, bu haklarını da anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edebileceği kanaatindeyiz. Zira, buluş sahibi, patent başvurusu ya da patent üzerinde serbestçe tasarruf hakkına sahiptir.

Devredilebilme özelliğini telif hakları açısından değerlendirdiğimizde öncelikle belirtmek gerekir ki, telif haklarının yalnızca mali hakları devredilebilir niteliktedir. Zira, eserden ekonomik olarak yararlanma olanağı sağlayan mali haklar, malvarlığın bir parçası olduğundan devredilebilir niteliktedir. Kişiliğin bir parçası olan manevi haklar ise devredilemeyeceğinden bir anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilecek olan telif hakları sadece mali haklardır⁴⁹. FSEK m. 20'ye göre, alenilemiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, mali haklardan ibarettir. Eser üzerindeki mali hakların neler olduğu FSEK m. 21 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler uyarınca, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, işaretleme, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı eser üzerindeki mali haklardır. Eser üzerindeki mali haklarda sınırlı sayı prensibi geçerli olduğundan bu mali haklar dışında başka mali haklar yaratılarak anonim şirkete sermaye olarak getirilemez. FSEK m. 20'ye göre, anılan mali haklar, birbirlerine bağlı bir hak olmadığından bunlardan biri ya da bir kaçısı ya da bunların tamamı anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilir⁵⁰. Bu bağlamda, bir anonim şirkete sermaye olarak hangi mali hak getirilmiş ise sadece o mali hak devredilmiş olacağından diğer mali hakların devri söz konusu değildir⁵¹. Devredilen mali hak üzerinde eser sahibinin hakkı sona erer⁵². Ay-

başkasına devretmekte tamamen serbest olmaması, ticaret unvanını bağımsız hak olmaktan çıkarmaz.; ARKAN'a göre de ticaret unvanının bazı hallerde işletmeden ayrı olarak devredilememesi gerekebilir. Eğer ticaret unvanı belli bir ticari işletmenin faaliyeti sonucu değer kazanmış ise işletmenin devri ile birlikte ticaret unvanının da devri gereklidir. Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 265, dpn. 2.

⁴⁸ Taahhüt edilen aynı sermayenin marka olması halinde, marka hangi mal ya da hizmet için tescil edilmişse, o mal veya hizmet için sermaye taahhüdüne konu olacaktır.

⁴⁹ Telif hakları hukukunda temel prensip eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarını devredemeyeceğidir. Kural bu olmakla birlikte istisnai olarak manevi haklar, mali haklardan yararlanabilmek için gerekli olduğu ölçüde devredilebilirler. Bkz. Mustafa TÜYSÜZ, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 69.; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 153.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, eser sahibinin mali ve manevi haklarına zarar getirmemek koşuluyla mali nitelikteki bağlantılı haklarında anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkündür (FSEK m. 1/B, j/m. 80/1).

⁵¹ Ancak bazı durumlarda bir mali hakkın devredilmesi halinde işin niteliği gereği diğer mali haklarında devredilmiş sayılması gerekmektedir. Örneğin, çoğaltma hakkının tek başına devri yayma hakkı olmaksızın herhangi bir değer ifade etmeyeceğinden çoğaltma hakkı ile birlikte yayma hakkının da devredildiği kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 214 vd.

⁵² FSEK m. 18 uyarınca, mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Ancak, eser sahibi bir eseri, memur, hizmetli ve işçi olarak işini görürken meydana getirmiş ise, işve-

rica sermaye olarak taahhüt konusu olacak fikri mülkiyet hakkının mevcut olması gerekecektir. FSEK m. 48/3 uyarınca, henüz meydana getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler üzerinde tasarruf işlemi batıl olduğundan bu nitelikteki eserler de anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyecektir. Bu nedenle de, hak konusu haline gelmemiş bir fikri mülkiyet hakkının devri mümkün olmayacağından sermaye olarak taahhüt edilmesi de mümkün değildir⁵³. Belirtmek gerekir ki, FSEK'e göre devredilebilme özelliğine sahip anılan mali hakların anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi için diğer fikri mülkiyet haklarında da olduğu gibi maddi edim ve nakden değerlendirilebilme özelliğine de sahip olması zorunludur.

2- Nakden Değerlendirilebilme Özelliği

Anonim şirketlerde temel amaç, kar elde etmek ve bunu ortaklarına paylaşmak olduğu içindir ki, para ile ölçülebilir değerlerin sermaye olarak getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca anonim şirketlere sermaye olarak getirilecek her türlü değer parasal olarak ifade edilmesi gerekir. Zira anonim şirketler sabit ve muayyen sermayeli şirketlerdir. Bu durum yeni TTK m. 329'da "anonim şirket sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan" şeklinde ifade edilmektedir⁵⁴. Bundan başka esas sözleşmenin zorunlu içeriğini düzenleyen m. 339/2-e bendinde de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, esas sözleşmeye "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı," yazılır. Görüldüğü üzere, nakden değerlendirilemeyen ya da nakden değerlendirilmesinde güçlükler olan bir değer anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemez.

İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının da parasal değere sahip olması gerekecektir. Diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi nakden değerlendirilemeyen yani parasal değer içermeyen fikri mülkiyet hakları anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilemez. Bu nedenle para ile ölçülemeyen ya da parasal değeri olmayan bir fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Örneğin anı, hatıra, mektup vb. eserler parasal değer içermediklerinden şirkete sermaye olarak konulması mümkün değildir⁵⁵. Ayrıca bu nitelikte olmamakla birlikte parasal olarak değerlendirilmesinde güçlükler bulunan fikri mülkiyet haklarının da sermaye olarak taahhüt edilmemesi gerekecektir⁵⁶.

3- Maddi Edim Özelliği

Anonim şirketlere getirilecek aynı sermayenin maddi edim niteliğinde olması gerekmektedir. Şahsi ve/veya olumsuz edim aynı sermaye olarak getirilemez⁵⁷. Bu bağlamda, konusu bir şey yapma ya da yapmama olan edimler, maddi edim niteliğinde değildirler. Bu durum TTK m. 342/1'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yapma edim özelliği taşıyan, hizmet edimi, şahsi emek ve ticari itibar anonim şirketlere

ren ile aralarındaki sözleşmeden ya da işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; meydana gelen eser üzerindeki mali haklar çalıştırana aittir. Bu halde, ortaya çıkan eser üzerindeki mali haklar çalıştıran gerçek ya da tüzel kişiye ait olacağından meydana gelen eser üzerindeki mali hak şirkete sermaye olarak bu kişilerce taahhüt edilebilir.

⁵³ UTKU, s. 88.

⁵⁴ Benzer düzenleme 6762 sayılı mülga TTK m. 269'da yer almaktadır.

⁵⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 106.

⁵⁶ Anılan hükmün gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, fikri mülkiyet haklarının bazıları, özellikle bağlantılı haklar, sermaye olarak konulmaya müsait olamayabilir ya da bazı fikri mülkiyet hakların değerlendirilmelerinde sorun olabilir.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. bu çalışma II, A, 3.

sermaye olarak getirilemeyecektir. Bu düzenleme ile aynı sermayenin maddi edim özelliği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Bu noktada know-how'ın durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Uygulama da bazen know-how'ı devretme yükümlülüğü, gerekli bilgi ve belgelerin verilmesi yerine teknik yardım ve hizmet verilmesi şeklinde de olabilmektedir. Bu halde, işgörme edimi niteliğindeki know-how, aynı sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir⁵⁸.

4- Aynı Sermaye Olarak Taahhüt Edilen Fikri Mülkiyet Hakkı Üzerinde Sınırlı Aynı Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması Zorunluluğu

a) Genel Olarak

Mülkiyet hakkı sahibine, bir eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamının kullanılmasını sınırsız olarak sağlar. Aynı sermaye olarak taahhüt edilen maddi ya da gayri maddi malvarlığı unsurları üzerinde mülkiyet hakkının kullanımını engelleyen ya da zorlaştıran herhangi bir sınırlandırmanın bulunması halinde anonim şirket o sermaye üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecektir. Anonim şirketlerde hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesi gereği şirket sermayesinin korunması şahıs şirketlerinden çok daha önemlidir. Bu nedenle kanun koyucu, anonim şirketlere özgü m. 342 hükmünü düzenlemiştir. Anılan hüküm, 6102 sayılı yeni TTK ile anonim şirketler için getirilen yeni bir hükümdür. Söz konusu hüküm uyarınca, “*üzerinde sınırlı aynı hak, haciz, ve tedbir bulunmayan,*” malvarlığı unsurları anonim şirkete sermaye olarak getirilebilir. Buna göre, anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilen aynı değerlerin üzerinde ilgili sicil kayıtlarında herhangi bir sınırlayıcı unsurun bulunmaması gerekmektedir. Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hüküm ile elde edilmek istenen amaç anonim şirketlerde güçlü sermaye yapısını sağlamaktır. Bunun sonucunda sermaye olarak getirilen bu değerler üzerinde şirket serbestçe tasarruf edebilecektir.

İlgili hüküm üç başlık altında sınırlandırma getirmiştir. Bunlar sınırlı aynı hak, haciz ve tedbirdir⁵⁹. Buna göre, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ya da tedbir bulunan maddi mal ya da gayri maddi mal anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemez. Bu düzenleme ile yeni TTK, her türlü aynı hakla sınırlandırmayı, anonim şirkete sermaye olarak getirilmesine engel bir durum olarak kabul etmektedir. Kanun koyucunun bu anlayışı öğretilmiş eleştirilmiştir⁶⁰. Örneğin, üzerinde geçit hakkı bulunan bir taşınmazın sermaye olarak getirilememesi ilgili hükmün amacına doğrudan aykırılık teşkil etmeyecektir⁶¹. Keza üzerinde haciz, tedbir, rehin ya da ipotek bulunan bir aynı sermayenin, kendi değerinin anılan sınırlı aynı hak değerlerinden çok daha fazla olması mümkündür⁶². Bundan başka üzerinde intifa hakkı bulunan bir malvarlığının şirkete

⁵⁸ ARICI, s. 20-21.

⁵⁹ “İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümlerini değiştirmek üzere hazırlanmış olan Tasarıda aynı sermaye olarak şirkete konulabilecek değerler için m. 634 hükmünde 4 ayrı koşul yer almaktadır. Bunlar, 1- aktifleştirilebilme, 2- devredilebilme, 3- şirketin serbestçe tasarruf edebilmesi, 4- Nakde çevrilebilme olarak belirlenmiştir.” ÇAĞLAR, s. 37, dnp. 3'den nakden alınmıştır.

⁶⁰ ARKAN, TTK Tasarısı, s. 52; ayrıca, bir aynı sermaye üzerinde haciz ve tedbir olabilir ancak sermayenin kendi değeri haciz ve tedbir tutarından çok daha fazla olabilir. bu halde bu sınırlanan yapılması yerinde olmayacaktır. Bkz. Nevzat KOÇ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-I-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Mart 2008, s. 335.; Abuzer KENDİGELEN, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Yeni TTK), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s. 197.

⁶¹ ARKAN, TTK Tasarısı, s. 52.

⁶² KOÇ, s. 335.

sermaye olarak getirilmesi sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etse dahi intifa hakkının kısa süreli tesis edilmiş olması bu aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Anılan bu hallerde m. 342'nin uygulanmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Esasen bu hallerde sorun, taahhüt edilen aynı sermayeye biçilecek değer ile doğrudan ilgilidir. Aynı sermaye üzerinde ipotek, rehin, hapis, haciz ve intifa hakkı gibi sınırlandırılmaların bulunması bunların sermaye olarak taahhüt edilmesine engel değildir. Önemli olan, ayınlara bilirkişi incelemesi değerlerinin tespitinde anılan külfetlerin tespiti ve bu külfetler çıktıktan sonra net sermaye değerinin açıklanmasıdır⁶³. Oysa m. 342'nin ifadesi bu değerlemenin yapılmasına izin vermemektedir. Kanun koyucu, aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığı unsurları üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz, tedbir vb. külfetlerin bulunmamasını zorunlu tutmuştur. Aksi halde m. 342'ye göre o varlık sermaye olarak kabul edilemez⁶⁴. Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hükmün dar bir şekilde yorumlanmasının uygulamada anonim şirketlere aynı sermaye konulmasını zorlaştıracığı hatta imkansızlaştıracığını söylemek mümkündür⁶⁵. Bu nedendir ki, üzerinde sınırlı bir aynı hak bulunan bir malvarlığının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağı konusunda, "sınırlı aynı hak" kavramına açıklık getiren bir düzenlemenin olması gereken olduğu kanaatindeyiz.

b) Fikri Mülkiyet Hakkı Üzerinde Sınırlı Aynı Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması

Fikri mülkiyet hakları, ekonomik değere sahip olan gayri maddi nitelikte haklardır ve rehin, haciz, lisans vb. değişik hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Yeni TTK m. 127/1-b ve m. 342 uyarınca, anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakları üzerinde de diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi rehin, haciz, intifa, tedbir vb. sınırlandırmaların bulunmaması zorunludur. Bu nedenle üzerinde adı geçen külfetlerin bulunduğu fikri mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak taahhüdü m. 342'ye aykırılık teşkil edecektir. Konuya ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz eleştiriler taahhüt edilen aynı sermayenin fikri mülkiyet hakları olması halinde de geçerlidir.

Ülkemiz hukukunda sınırlı aynı haklar, sınırlı sayıda ve içeriktedir. Bir diğer ifadeyle, sınırlı aynı haklar "numerus clausus" yani sınırlı sayı ilkesine tabi haklardır⁶⁶. Bu bağlamda kanunda sınırlı sayıda olan bu haklar fikri mülkiyet hakları üzerinde tesis edilmiş ise bu fikri mülkiyet hakkı, diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir. Ancak, taahhüt edilen sermayenin konusu fikri mülkiyet hakları ise, taşınır ya da taşınmaz bir malvarlığı üzerinde tesis edilen bu sınırlı aynı hakların yanında fikri mülkiyet hakları üzerinde lisans sözleşmeleri tesis edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, bir fikri ürün üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması söz konusu olduğunda uygulamada sıklıkla lisans sözleşmeleri ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, lisans sözleşmelerinin durumu m. 342 açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

⁶³ Bkz. **Hayri DOMANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 197-198.

⁶⁴ **Ünal TEKİNALP**, Tek Kişilik Ortaklık I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 96.

⁶⁵ **KENDİGELEN**, s. 198.

⁶⁶ Kural olarak maddi eşya üzerinde tesis edilebilen, kanunda belirtilen tipte ve sınırlı sayıda olabilen, sahibine doğrudan hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Bkz. Kemal **OGUZMAN**, Özer **SELİÇİ**, Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. bası, İstanbul, 2009, s. 23-24.

c) Üzerinde Lisans Sözleşmesi Bulunan Fikri Mülkiyet Haklarının Durumu

aa) Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi uygulamada fikri mülkiyet haklarının lisans sözleşmesine konu olması oldukça yaygındır. Bu çerçevede üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet haklarının durumu, TTK'nın 342. maddesi karşısında ayrı bir önem arz edecektir. Sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkı üzerinde m. 342'de anılan sınırlandırmalar dışında lisans sözleşmesi var ise durum ne olacaktır? Lisans sözleşmesi, sözleşme konusu gayri maddi mal üzerinde, sahibine, kullanma hakkı sağlayan özel hukuk sözleşmeleridir⁶⁷. "Lisans" sözcüğünün Türkçe'deki karşılığı "ruhsat"tır. Ülkemiz fikri mülkiyet hukukunda, "ruhsat" terimi fikir ve sanat eserleri söz konusu olduğunda kullanılır iken marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım başta olmak üzere sınai mülkiyet hukukunda "lisans" terimi kullanılmaktadır⁶⁸. Lisans sözleşmesinde lisans alan, bedel karşılığında lisansa konu fikri ürün üzerinde kullanma hakkına sahip olur. Lisans sözleşmesi ile, lisans alanın sahip olduğu hakların tamamına bir bütün olarak "lisans hakkı" adı verilir. Belirtmek gerekir ki, lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkı, anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilir. Zira, bir fikri mülkiyet hakkının tamamen devri yerine sadece söz konusu hakkın içeriğindeki bazı yetkilerin bağımsızlaştırılarak ayrı bir hak olarak taahhütü mümkündür⁶⁹. Yeter ki, lisans hakkı üzerinde haciz, rehin vb. sınırlandırmalar bulunmasın ya da lisans sözleşmesi, lisans hakkının devrini yasaklayan hükümler içermesin⁷⁰.

Bu bölümde değerlendirilecek olan durum bir fikri mülkiyet hakkı üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkının sermaye olarak taahhüdü değil üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak taahhüdünün m. 342 karşısındaki durumudur. Bu çerçevede fikri mülkiyet hukukunda çok yaygın olarak kullanılan lisans sözleşmelerinden doğan hakkın niteliğini m. 342 ışığında sınırlı aynı hak olarak kabul edebilir miyiz? Hükümün gerekçesine baktığımızda konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Lisans sözleşmesinden doğan hakkı aynı nitelikte hak olarak kabul edersek bu hem basit lisans sözleşmeleri için hem de tam lisans sözleşmeleri için de geçerli olacak mıdır? Eğer her iki tür lisans sözleşmelerinden doğan kullanma hakkını sınırlı aynı hak olarak kabul edersek üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet haklarının m. 342 ışığında anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Bu noktada fikri mülkiyet hakkının telif

⁶⁷ Lisans sözleşmeleri her ne kadar fikri mülkiyet hakkı sahibinin iradesine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi ise de, fikri mülkiyet hukuk sisteminde, bazı hallerde hak sahibinin iradesi dışında da lisans sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu tür lisans sözleşmeleri irade dışı lisans ya da zorunlu lisans olarak adlandırılmaktadır. Bu tür lisans sözleşmeleri bu çalışmanın konusu değildir. Detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 337 vd.

⁶⁸ Lisans sözleşmesi adı geçen fikri ürünler üzerinde söz konusu olabileceği gibi know-how gibi fikri mülkiyet korumasına sahip olmayan ürünler üzerinde de söz konusu olabilir. **Ayşe ODMAN**, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 43-44.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 219.

⁶⁹ Her ne kadar TTK m. 127/1-d bendindeki düzenleme taşınır ve taşınmaz mallar içinse de anılan hüküm sınırlayıcı değil açıklayıcı niteliktedir. Nitekim, aynı hükmün j bendinde de devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilin her türlü değerlerin sermaye olarak taahhüdünün mümkün olacağı ifade edilmiştir.

⁷⁰ Tam lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkı, devredilemez nitelikte olduğundan anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir. Bir diğer deyişle, tam lisans sözleşmesi ile elde edilen kullanma hakkı lisans alana münhasırdır ve başkasına lisans verilmesine engeldir.

hakkı ya da sınai hak olması herhangi bir farklılık yaratmayacaktır⁷¹. Eğer aksi durumu kabul edersek yani lisans sözleşmesinden doğan hakkı, sözleşmeden doğan şahsi nitelikte bir hak olarak kabul edersek bu halde üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Bu yüzden öncelikle lisans sözleşmesinden doğan hakkın hukuki niteliği değerlendirilecektir.

bb) Lisans Sözleşmesinden Doğan Hakkın Hukuki Niteliği

Fikri mülkiyet hakkının devri ile lisansı birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Lisans sözleşmesinde gayri maddi mal üzerindeki mülkiyet hakkı, hak sahibinde kalmaya devam etmekte lisans hakkı sahibi ise, sözleşme konusu gayri maddi malı kullanma yetkisine sahip olmaktadır. Bir başka deyişle, lisans sözleşmesinin konusu kullanma hakkıdır ve lisans sahibi gayri maddi mal üzerinde sadece kullanma hakkını içeren bir hakka sahiptir. İşte bir gayri maddi mal üzerinde lisans sahibinin lisans sözleşmesinden elde ettiği bu kullanma hakkı aynı nitelikte bir hak mıdır yoksa şahsi nitelikte bir hak mıdır? Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷². Lisans sözleşmesinin türü de bu farklılıkta rol oynamaktadır. Lisans sözleşmesinin çeşitli türleri bulunmakla birlikte lisans sözleşmesine konu hakkın hukuki niteliğini etkileyen türleri basit lisans sözleşmesi ile tam lisans sözleşmeleridir. Bu nedenle bu çalışmada sadece basit lisans ile tam lisans sözleşme türleri ele alınacaktır.

Basit lisans sözleşmeleri: Basit lisans sözleşmesinin konusu ister telif hakkı olsun isterse de sınai haklardan birisi olsun bu tür lisansta, fikri mülkiyet hakkı sahibi (lisans veren), lisans sözleşmesi ile lisans alanın gayri maddi malı kullanmasına izin verir iken aynı zamanda sözleşmeye konu gayri maddi malı bizzat kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisans sözleşmesi yapabilmektedir. Bir diğer deyişle, basit lisans sözleşmesi ile lisans veren lisans konusu malı kendisi kullanabileceği gibi birden fazla kişi ile lisans sözleşmesi yapabilecektir. Genel olarak, bir lisans sözleşmesinde, aksine bir düzenleme yapılmamışsa ve lisansın tam lisans olduğu sözleşmeden anlaşılıyorsa kural olarak basit lisans sözleşmesi olduğu kabul edilir.

Tam lisans sözleşmeleri: Basit lisans sözleşmelerinde olduğu gibi tam lisans sözleşmelerinin konusu da hem telif hakkına hem de sınai haklara konu olan bir gayri maddi mal olabilir. Ancak basit lisans sözleşmelerinden farklı olarak bu tür lisans sözleşmelerinde lisans veren, lisans sözleşmesine konu gayri maddi malın kullanım hakkını sadece lisans alana tanımaktadır. Yani lisans veren, bu malı bizzat kullanamayacağı gibi üçüncü kişilerle de başka lisans sözleşmeleri yapamaz. Kısaca, tam

⁷¹ Örneğin, FSEK m. 48/2'ye göre, eser üzerindeki mali hakların kullanma yetkisi lisans sözleşmesi ile başkasına devredilebilecektir. Bu halde üzerinde lisans sözleşmesi bulunan bir telif hakkına ait bir mali hak anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyecektir. Lisans sözleşmesinin tam ya da basit lisans sözleşmesi şeklinde olması sonucu değiştirmeyecektir. Bu durum bağlantılı hak sahipleri için de geçerli olacaktır. Keza, FSEK m. 1/B, j ve m. 80/1 uyarınca, eser sahibinin maddi ve manevi haklarına zarar getirmemek şartıyla bağlantılı haklar üzerinde hak sahibi olan kişide bağlantılı hakların mali nitelikte olanları anonim şirkete sermaye olarak getirebilir.

⁷² Detaylı bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 219 vd.; **Şirin AYDINCIK**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 70 vd.; **Burak ONGAN**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 39 vd.; **Saadet Hande ÖZSOY**, Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 76 vd.

lisans sözleşmeleri, sözleşme konusu gayri maddi mal kullanma hakkının sadece bir kişiye verilmesi halinde söz konusu olan lisanstır.

Özellikle tam lisans sözleşmelerinde lisansa konu kullanma hakkının bu kadar geniş olması, lisans veren lisans alan karşısında adeta sınırlı bir aynı hak olan intifa hakkı sahibi karşısında çıplak mülkiyet sahibinin durumuna getirmektedir. İşte tam lisans sözleşmesinin bu niteliği, basit lisans sözleşmesinden doğan hakkın şahsi nitelikte tam lisans sözleşmesinden doğan hakkın ise aynı nitelikte olduğu görüşünü doğurmuştur. Hemen belirtelim ki, bu konu tartışmalı bir konudur ve öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, lisans hakkının lisans alana aynı hak verdiğini ileri sürerler. Lisans hakkının aynı nitelikte olduğunu ileri süren yazarların dayandığı temel nokta; ister basit ister tam lisans sözleşmesi olsun, lisans sözleşmesi yolu ile lisans vermenin bir tasarruf işlemi olmasıdır⁷³. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, lisans sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olduğundan lisans sözleşmesi lisans alana sadece şahsi hak tanır. Lisans sözleşmesinin tam ya da basit lisans sözleşmesi olmasının bir etkisi bulunmamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, aynı haklar sadece eşyalar üzerinde tesis edilirler ve sınırlı sayıdadırlar⁷⁴. Bu nedenle aynı hakkın söz konusu olabilmesi için ya bir eşya bulunmalı ya da kanunda açıkça bir düzenleme bulunmalıdır. Konuya ilişkin diğer bir görüş ise, lisans hakkının niteliğini belirlemede lisans sözleşmesinin türünü dikkate alan görüştür. Bu görüşe neden olan tam lisans sözleşmesinin yukarıda belirttiğimiz özelliğidir. Tam lisans sözleşmeleri, basit lisans sözleşmelerine göre büyük ölçüde mülkiyet hakkının içini boşaltır niteliktedir. Bu nedenle basit lisans sözleşmesinden doğan hakkın şahsi nitelikte olduğu kabul edilir iken tam lisans sözleşmesinden doğan hakkın aynı nitelikte olduğu kabul edilir.

Görüldüğü üzere, lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi bu durum TTK m. 342 uygulaması gündeme geldiğinde sorun olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle anılan hükümde ifade edilen sınırlı aynı hak kavramına açıklık getirilmelidir. Lisans sözleşmesinden doğan hakkın niteliğine ilişkin teorik tartışmalar bir yana m. 342 uygulaması söz konusu olduğunda önemli olanın anılan hükmün amacı olduğu kanaatindeyiz. Sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının üzerinde hangi tür lisans sözleşmesi bulunursa bulunsun anonim şirketin taahhüt edilen bu sermaye üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlandığı bir gerçektir. Bu da sermayenin korunması ilkesini hedefleyen söz konusu düzenlemenin ruhuna aykırıdır. Bu aykırılığın aşılacağı tek nokta da taahhüt aşamasında birbirkişi değerlemesi olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten tam lisans sözleşmesine konu gayri maddi malın çıplak mülkiyetinin değeri lisans sözleşmesinin değerinden çok daha fazla olabilir. Bu halde fikri mülkiyet hakkının bilirkişilerce tespit edilen çıplak değeri sermaye olarak taahhüt edilebilmelidir. Ancak bu halde dahi taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının türü, lisans sözleşmesinin süresi vb. durumlar değerlemede önemli olacaktır. Bazı hallerde de bu durumun tam tersi olabilir. Yani fikri mülkiyet hakkının kullanma hakkı çıplak mülkiyet hakkından daha değerli olması halinde olduğu gibi, mülkiyet hakkının içinin boşaltılması gündeme gelecektir. Özellikle süre-

⁷³ Detaylı bilgi için bkz. **Ali Necip ORTAN**, Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara, 1979, s. 40 vd.; **Şafak EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1988, s. 216 vd. Erel'e göre, her iki tür lisans sözleşmelerinden elde edilen hak, sınırlı aynı hak benzeri bir hak olarak iktisap edilir.

⁷⁴ **Nuşin AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s. 213 vd.; **AYDINCIK**, s. 233.; Bazı yazarlara göre de sınırlı aynı haklar sadece maddi eşyalar üzerinde tesis edilebilir. Oysa fikri mülkiyet haklarının konusu gayri maddi mallardır. Bu nedenle de lisans konusu hakkın bir aynı hak olarak kabul edilemeyeceğini ileri süren görüşler vardır. Detaylı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR**, s. 576.

siz ya da uzun süreli olarak tesis edilmiş bir lisans sözleşmesi karşısında lisans alan yararına bir durum olduğu aşıkardır ki, bu durum da büyük ölçüde sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

V- FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AYNİ SERMAYE OLARAK TA-AHHÜT EDİLMESİ

A- Genel Olarak

Mülkiyete konu olan nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen tüm maddi ve gayri maddi mallar anonim şirkete sermaye olarak getirilebilir. Bir fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak konulması, bu haklara ilişkin mülkiyet hakkının anonim şirkete devredilmesi ile mümkündür. TTK m. 131/2’de bu durum açıkça dile getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, sermaye olarak konan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar da şirkete devredilmiş sayılır.

Aynı sermaye koyma borcunun ifası, taahhüt ve tasarruf işlemlerinden oluşur. Sermaye borcu olarak fikri mülkiyet haklarının devir ve temlik önce şirkete taahhüt edilir ve sonra da devir ve temlik işlemleri gerçekleştirilerek, borç ifa edilir⁷⁵. Bir başka deyişle, sermayenin taahhüdü ile tasarrufu birbirinden ayrı olarak farklı zamanlarda gerçekleştirilebilen iki ayrı işlemdir. 6762 sayılı mülga TTK’da konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından anonim şirketlerin kuruluşunda taahhüt edilen aynı sermaye, şirket henüz tüzel kişilik kazanmadan önce bir başkasına devredilebileceği gibi üzerinde sınırlı bir aynı hakkında tesis edilmesi mümkün idi. Sermayenin korunması ilkesini benimseyen yeni TTK, bu durumun yaratacağı tehlikeleri göz önünde bulundurarak anonim şirketlere konulan aynı sermayenin korunmasını sağlamak amacıyla yeni hükümler getirmiştir. İşte 6102 sayılı yeni TTK’ya göre anonim şirketlere aynı sermaye taahhüdünde bulunabilmek için m. 128/2 hükmünün yerine getirilmesi gereklidir. Anılan hüküm uyarınca, esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan fikri mülkiyet hakları, varsa özel sicillerine kaydedildikleri takdirde aynı sermaye olarak kabul olunacaklardır. Aksi halde, sicil müdürü şirketin tescilini gerçekleştirme-yecektir. Yani kanun koyucu sicilde yer alacak şerh sayesinde, aynı sermaye üzerinde malikin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını alenileştirerek dolaylı olarak şirket sermaye-sini korumayı hedeflemiştir⁷⁶.

B- Anonim Şirket Esas Sözleşmesinde Düzenlenmiş Olması

Pay sahibinin, sermaye taahhüdünden doğan borcu anonim şirket tüzel kişiliğine karşıdır. Bu durum TTK m. 128/1’de “*Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur*” şeklinde açıkça dile getirilmiştir. TTK m. 329/2 uyarınca, pay sahibinin

⁷⁵ PULAŞLI, s. 62. Taahhüdün şekline ilişkin düzenleme m. 128/3’de yer almaktadır. Anılan hükme göre, “sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmi şekil aranmaksızın geçerlidir”. Esasen 6102 sayılı TTK’da anonim şirketlerde taahhüdün şekline ilişkin m. 341’de özel bir hüküm bulunmakta idi. Taahhüdün onaylanması kenar başlığını taşıyan bu hüküm, “esas sermayeyi oluşturan payların tamamının, kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt olduğu, esas sözleşmenin altında yer alan bir noter şerhi ile onaylanır” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu hüküm 6335 sayılı Kanun m. 43/9 ile henüz uygulamaya girmeden yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁶ Bu durum ilgili hükmün gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca şerhin ya da kaydın üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırabileceğini, bunun da sermayenin korunması açısından önemli olduğu dile getirilmiştir.

şirkete karşı tek borcu, taahhüt ettiği sermaye payları ile sınırlıdır. Tek borç ilkesi denilen bu ilke, TTK m. 480/1'de de ifadesini bulmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarı değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez”. Bu nedenle sermaye borcu, şirket esas sözleşmesinde yer almalıdır. Esas sözleşmede fikri mülkiyet hakkının ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi bir borçlandırıcı işlemidir tasarruf işlemi değildir. Bir devir (satış) sözleşmesi niteliğinde olan fikri mülkiyet taahhüdünün geçerli olabilmesi için şirket esas sözleşmesinde yer alması yeterlidir. Daha öncede belirttiğimiz gibi, anonim şirkete fikri mülkiyet haklarının ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, biçilen değer ve bunlara karşılık verilecek payların miktarının esas sözleşmede gösterilmesi gereklidir.

Bu hususların esas sözleşmede yer alabilmesi için önceden mahkemeye başvuru olarak TTK m. 343 uyarınca bilirkişi tayini talep edilmelidir. Bilirkişi ayni sermaye olarak getirilmesi söz konusu olan fikri mülkiyet hakkının ya da haklarının değer tespiti yapar ve esas sözleşmenin ilgili hükmü buna göre düzenlenir.

C- Bilirkişiler Tarafından Değer Biçilmesi

Anonim şirketler hukukunda ayni sermayeye değer biçilmesi çok önemlidir. Zira bu şirkette pay sahibi, katılma payına göre ortaklıkta söz sahibi olmaktadır. Taahhüt edilen ayni sermayenin niteliği ne olursa olsun bunların takdir edilen gerçek değerinin nakit olarak ifade edilmesi zorunludur. İşte anonim şirketlerde sermayenin arz ettiği bu önem sebebiyle katılma payının gerçek değerinin tespiti için ayni sermayenin değer tespitinin tam ve doğru olarak yapılması hem ortakların pay oranının belirlenmesi hem de ortakların ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin korunması açısından önemlidir⁷⁷. Bu nedenle sermaye olarak konulması taahhüt edilen ayni sermaye değerlerine, yetkili mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişilerce değer biçilmesi gerekmektedir. TTK m. 343 ile anonim şirketin kuruluşu sırasında getirilecek ayni sermayeye değer biçilmesi hususunda mülga 6762 sayılı TTK m. 283 ve 303 hükümlerine benzer bir düzenleme getirilmektedir. Buradaki farklılık m. 128/2 ile getirilen ayni sermayeye bilirkişilerce biçilen değer esas sözleşmeye aynen yazılması zorunluluğudur. Oysa 6762 sayılı mülga TTK m. 303/2 uyarınca, bilirkişinin takdir ettiği bedel, kurucuların ana sözleşmeye yazabilecekleri değer üst sınırını oluşturmaktadır. Yani, sermaye olarak getirilen ayınlar bilirkişiler tarafından belirlenen değer altında ya da o değere eşit bir bedel ile sermaye olarak kabul edilebilmekte idi.

TTK m. 13/1 uyarınca, “sermaye olarak getirilen ayınlara, bilirkişi tarafından biçilecek değerler, ilgililerce karine olarak kabul edilmiş sayılır”. Değerleme yapılacak ayının menkul ya da gayrimenkul gibi maddi mal niteliğinde olması halinde değerlemeye esas alınacak verilerin tespiti daha kolaydır. Ancak değerlemeye esas alınacak ayın gayri maddi mal niteliğinde olan bir fikri mülkiyet hakkı ise bu halde değerlerin tespiti çok daha zor olacaktır. Bu yüzden, fikri mülkiyet haklarının değerlendirilmesi konusunda özel kuralların belirlenmesi yerinde olacaktır. Zira her fikri mülkiyet hakkının değerlendirilmesi kendi yasal düzenlemesi içinde farklı sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin 556 sayılı KHK m. 16/5 uyarınca, devre konu olacak tescilli bir markanın ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı ya da halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal ya da hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, aynı ki-

⁷⁷ ARICI, s. 5-6.; ÇAĞLAR, s. 35.

şiyeye ait bu markaların da devredilmesi şarttır. İşte tam da bu noktada bu nitelikteki bir markanın tek başına anonim şirkete sermaye olarak getirilmemesi gerekir. Bu da ancak somut olayda ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde devri mümkün olmayan ve değerlendirilmesinde güçlük bulunan fikri mülkiyet haklarının varlığı, garanti ve ortak markalarının şirkete sermaye olarak taahhüdü vb. hallerde olduğu gibi fikri mülkiyet hakkının paraya çevrilmesinde sorunlarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Bu nedendir ki, fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi söz konusu olduğunda değerlemeye yönelik esasların ayrıca düzenlenmesinin gerekeceği kanaatindeyiz.

6102 sayılı TTK m. 343 uyarınca, bilirkişiler aynı sermaye olacak fikri mülkiyet hakkının değeri üzerinde bir rapor düzenleyeceklerdir. Düzenlenen bu raporda söz konusu fikri mülkiyet hakkının değer tespitinde kullanılan yönetimin en adil ve en uygun yöntem olduğunu açıklayacaklardır. Bu yanıyla yeni TTK, mülga TTK'dan ayrılmaktadır. Yeni TTK ilk kez aynı sermayenin bilirkişilerce değerlendirilmesi sırasında bilirkişilerin ne yönde hareket edeceğine ilişkin kanuni bazı kriterler getirmiştir. Buna göre, bilirkişiler raporlarında,

- *Uyguladıkları değerlendirme yönteminin somut olay için hem en adil hem de en uygun yöntem olduğunu açıklamalıdır*⁷⁸,

- *Aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklamalıdır.*

6762 sayılı mülga TTK'da ya da Ticaret Sicili Tüzüğü'nde bilirkişi incelemesine temel oluşturacak kriterlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeni TTK m. 343'de ilk kez bu kriterler düzenlenmekle birlikte yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Gayri maddi malların değerlemesi söz konusu olduğunda değerlendirme yapılmasında bazı güçlükler meydana gelecektir. Zira her bir fikri mülkiyet hakkının kendi mevzuat hükümleri değerlemede önemli olacaktır. Bu nedenle bilirkişilerin değerlendirme yapılacak fikri mülkiyet hakkı konusunda uzman olması gerektiği gibi kanunda sayılan kriterler dışında da gayri maddi malların değerlemesine ilişkin yazılı ilkelerin bulunmasına ihtiyaç olacağı kanaatindeyiz⁷⁹.

D. TTK m. 128/2'de Öngörülen Koşulun Gerçekleşmiş Olması

Yeni TTK m. 342 uyarınca, üzerlerinde sınırlı aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olarak konulabilir. Anılan maddenin ikinci fıkrası m. 128'e atf yapmıştır. Anılan hüküm, aynı sermaye olarak konulmuş fikri mülkiyet haklarının ilgili sicillerine kaydedilmesi gerektiğini düzenler. Mülga TTK'dan farklı olarak, yeni TTK'da sicile kayıtlı

⁷⁸ Bu şart, bilirkişilerin somut olay için gerekli uzmanlığa sahip kişilerden olmalarını, ayrıntılı ve karşılaştırmalı açıklamalar yapmaları zorunluluğuna işaret etmektedir. Bkz. m. 343'ün gerekçesi.

⁷⁹ İlgili hükümde kurucular ve menfaat sahiplerine bilirkişi raporuna itiraz hakkı tanınmıştır. Aynı sermaye olarak konulacak fikri mülkiyet türleri çok çeşitli olmakla birlikte her biri ayrı bir uzmanlık alanı konusudur. Bu nedenle değerlemeye esas olan fikri mülkiyet hakkına ilişkin bilirkişi raporunda bulunması gereken unsurların neler olduğunun kurallar halinde belirlenmiş olması yerinde olacaktır. Zira, değerlemeye esas olan fikri mülkiyet hakkının türüne göre gerekli tüm bilgilerin raporda yer alması daha sonra meydana gelecek uyuşmazlıkların çözümünde önemli olacaktır.

bir fikri mülkiyet hakkının aynı sermaye olarak taahhüdünün geçerli olabilmesi ilgili sicile kayıt (şerh) ile mümkündür. Sicildeki kayıt, esas sözleşmede bilirkişi tarafından değer biçilen fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edildiği hususunu içermelidir. Bu düzenleme ile taahhüt ettiği sermaye borcunu şirkete karşı yerine getirmekten kaçınan ortaklara karşı şirketin sermayesi korunmuş olmaktadır. Bir başka ifadeyle, geçerli bir devir işleminden söz edebilmemiz için devreden kişinin ilgili sicile giderek ayrıca devir beyanında bulunmalı ve bu beyanını da sicile şerh düşmelidir⁸⁰. Bu hüküm nedeniyle diyebiliriz ki, sicile kayıtlı fikri mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak getirilmesi şekil şartına bağlanmıştır. İlgili sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır. TTK m. 128/4'e göre, sicile yapılan bu kayıt ile şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren taahhüt edilen aynı sermaye üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilecektir. Şirketin bunlar üzerinde doğrudan tasarruf edebilmesi için özel sicilde hak sahibi tüzel kişi anonim şirket olmalıdır. Bunun için şirketin özel sicile bildirimde bulunması gerekecektir. Söz konusu bildirim, TTK m. 128/6'ya göre, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacaktır. Ayrıca şirketin kendi iradesiyle aynı sermaye taahhüdüne ilişkin olarak TPE sicil yetkililerine tek taraflı tescil talebinde bulunma yetkisi de verilmiştir. TTK m. 128'de ifade bulan şerh sistemi sonucu, anonim şirketin, esas sözleşmede taahhüt edilen aynı sermaye unsuru üzerinde malik olması kolaylaştığı gibi aynı zamanda da güvenli kuruluş sağlanarak şirket sermayesi korunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, m. 128/2 hükmü tüm fikri mülkiyet haklarında uygulanamaz. Zira, sicile kayıt esasına dayanmayan bir fikir ve sanat eserinin anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi halinde bu hüküm uygulanamayacaktır. Keza, tescilsiz sınai mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak getirilmesi halinde de bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

VI- FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AYNİ SERMAYE OLARAK TA-AHHÜDÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

A-Genel Olarak

Anonim şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme yok ise kuruluş aşamasında aynı sermayenin taahhüt edilmesi yeterli, sermaye taahhütlerinin hemen yerine getirilmesine gerek yoktur. Her ortak, esas sözleşmede koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. Ortağın bu borcundan kurtulabilmesi için esas sözleşmede taahhüt ettiği sermayeyi şirkete getirmesi gereklidir. Bir başka deyişle ortak aynı sermaye taahhüdüne konu olan mal ya da haklardan başka bir şeyi şirkete sermaye olarak getirmesi halinde borcundan kurtulamaz.

Sözleşme ile hak kendiliğinden devredilmez hakkın devri için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır. Tasarruf işlemlerinde hak, devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Belirtmek gerekir ki, sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesinin usul ve şartları taahhüt edilen sermayenin niteliğine göre değişmektedir. Nakit dışında ticaret şirketlerine getirilecek sermayenin ya tescil edilmesi ya da teslim edilmesi gerekmektedir. Buna göre, taşınmazlar tapuya şerh edilmeleri kaydıyla, tescilli

⁸⁰ Moroğlu'na göre, anılan düzenleme sermayenin korunması açısından yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Şerh konulması yetkisinin taahhütte bulunan kişi dışında şirkete de verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. **MOROĞLU**, Tasarı, s. 57.

fikri mülkiyet hakları ilgili sicile tescil edilmeleri kaydıyla, taşınırlar da güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri şartıyla aynı sermaye olarak kabul edileceklerdir.

Sermaye şirketleri, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanırlar. Sermaye olarak taahhüt edilen aynı değerlerin mülkiyet ya da kullanma haklarının şirkete devredilmesi gerekir. Eğer aynı sermaye taahhüdünde bulunulmuş ise esas sözleşmedeki taahhüt şirketin tesciliyle birlikte yerine getirilmelidir.

B-Sicile Kaydedilen Fikri Mülkiyet Haklarının Aynı Sermaye Olarak Taahhüdünün İfası

Anonim şirket esas sözleşmesinin sicile tescil edilmesi ile aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkı kendiliğinden şirket üzerine geçmez. Zira fikri mülkiyet hakkının sermaye olarak esas sözleşmede taahhüt edilmiş, ilgili sicile şerh düşülmüş ve esas sözleşmesinin ticaret siciline usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olması, fikri mülkiyet hakkının şirket tüzel kişiliğine intikali için yeterli değildir. Ayrıca taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının şirket tüzel kişiliğine devredilmesi gerekmektedir. Bu durum TTK m. 128/5'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, bir taşınmazın ya da başka bir aynı hakkın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil edilmelidir.

Ülkemiz hukukuna göre, sınai haklar üzerinde hak sahibi olabilmenin yolu TPE'deki ilgili sicile kayıt ile mümkündür. Bunun için yapılması gereken fikri mülkiyet hakkı sahibinin TPE'ye yazılı beyan ile başvurması ve TPE memurunca ilgili sicile gerekli tescil işleminin yapılmasıdır. İşte yeni TTK m. 128/6 uyarınca, hak sahibinin yazılı beyanı olmaksızın, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı talepte bulunabilme hakkı saklıdır. Böylece, şirket adına yapılacak tescil ile birlikte şirketin aynı sermayeye konu olan fikri mülkiyet üzerinde hemen malik sıfatıyla tasarrufta bulunulması sağlanmış olacaktır.

C-Sicile Kaydedilmeyen Fikri Mülkiyet Haklarının Aynı Sermaye Olarak Taahhüdünün İfası

Bu çalışmanın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz gibi sınai haklar ile telif haklarının korunmasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Sınai hakların korunması tescil esasına dayanmakta iken telif hakları alanında ise hak koruması tescil şartına bağlı değildir. Bu nitelikteki haklar, eser sahibinin, fikri ürünü meydana getirmesiyle doğrudan doğruya kazanılan tekel niteliğinde bir haktır. Kural olarak bir eser üzerinde telif hakkının kazanılabilmesi için, meydana getirilen eserin sınai haklarda olduğu gibi her hangi bir merci tarafından tescili ya da herhangi bir kurum tarafından ruhsata bağlanması da söz konusu değildir⁸¹. Ancak, bu kuralın istisnası ilk kez 4630 sayılı kanun ile FSEK m. 13'e eklenen yeni bir fıkra ile düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, bazı fikir ve sanat eserleri bakımından tescil zorunlu hale getirilmiştir. Bu dü-

⁸¹ Ülkemiz hukukunda fikir ve sanat eserlerinin tescili ve tevdi zorunlu bir şart değildir. Ülkemizde telif haklarının korunmasına ilişkin sistem bu olmakla birlikte bazı ülke hukuklarında eser üzerinde hak sahibi olabilmek için tescilinde içinde bulunduğu çeşitli formalitelerin yerine getirilmesi şarttır. ATEŞ, Tescil, s. 13 vd.

zenleme, sinema ve müzik eseri sahipleriyle yapımcılarını, eserlerini kayıt ve tescil ettirmekle zorunlu tutmuştur. Bu eserlerin dışında kalan diğer fikir ve sanat eserlerinin, sahiplerinin talebi üzerine kayıt ve tescil edilebileceği düzenlenmiş ise de, kayıt ve tescil zorunlu hale getirilmemiştir. Anılan hükme dayanarak kayıt ve tescil edilecek fikir ve sanat eserlerinin tesciline ilişkin usul ve esaslar, Kültür Bakanlığı'nca çıkarılan kayıt ve tescil usul ve esasları hakkında yönetmelikle düzenlenmiştir⁸². Bu eserlerin tescil işlemi sınai haklara ilişkin tescilden farklıdır. Zira, bir sınai hak üzerinde hak sahibi olmak için o hakkın mutlaka tescil edilmesi gerekir iken buradaki tescilin amacı asla hak ihdas etmek değildir. Söz konusu tescilin öncelikli amacı mali ve manevi haklarının ihlal edilmesinin önüne geçmek olsa bile tescil aynı zamanda ispat amacı taşımaktadır. Hak ihlallerinin önüne geçmeyi amaçlayan bu tescile konu fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde söz konusu tescil TTK m. 128/6'daki uygulamaya konu olacak mıdır? Konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte anılan tescilin m. 128/6 uygulaması içinde ispat amaçlı kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İşte bir telif hakkının anonim şirkete sermaye olarak konulması halinde sermayenin korunması amacıyla yukarıda bahsettiğimiz sicil burada olmadığından m. 128/2 hükmü bu tür fikri mülkiyet haklarında uygulanamaz. O halde, tescile tabi olmayan fikri mülkiyet haklarında sermayenin korunması sebebiyle sonuç alınabilmesi için başvurulacak yol ihtiyati tedbir kurumudur. Bu kurum m. 128/8'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, şirket esas sözleşmesi ile aynı sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. İhtiyati tedbirin konusu maddi bir mal olabileceği gibi gayri maddi mal da olabilir. Tedbire konu malvarlığının niteliğinin gayri maddi mal olması halinde de teminat amaçlı ihtiyati tedbir verilmesi mümkündür⁸³. Bu nitelikteki ihtiyati tedbirin konusu, aynı sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Zira, taahhüt edilen aynı sermayenin yerine getirilememesi şirket için telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabilir. Örneğin şirketin mal ve hizmetlerinde kullanacağı bir telif hakkının ya da tescilsiz bir marka vb. diğer fikri mülkiyet hakkı konusunun sermaye olarak taahhüt edildiği durumlarda sermaye taahhüdünün aynen yerine getirilmesinin şirketin geleceği açısından çok önemli olduğu durumlarda şirketin maddi zarara uğraması söz konusu olacaktır.

Bu nedenle, sicile kayıtlı olmayan tüm fikri mülkiyet haklarında bu zararın önüne geçmek isteyenler aynı sermaye konusu fikri mülkiyet hakkı üzerine ihtiyati tedbir kararı alabilir. HMK m. 397/1'e göre ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki davanın açılması zorunludur. İki haftalık süre içerisinde dava açılması ve buna ilişkin belgenin yetkili kişilere verilmesi halinde ihtiyati tedbir kararı kural olarak esas hakkındaki hükümle birlikte tedbirin kaldırılmasına da kara verebilir. TTK m. 128/8 uyarınca, söz konusu bu iki haftalık süre anonim şirketin tescil ve ilanından itibaren işlemeye başlar.

⁸² Kayıt ve Tescil Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, bkz. 14/11/2002 tarihli 24936 sayılı R. G.

⁸³ AYTEKİN ÇELİK, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 3, s. 37-38.

SONUÇ

Anonim şirketlerde sermaye kavramının önceden belirlenmiş ve muayyen olması şirketle işlem yapan üçüncü kişiler bakımından güvence oluşturmaktadır. Ayrıca sermaye şirketlerine özgü sınırlı sorumluluk ilkesinin varlığı, anonim şirket sermayesinin şirketin, hizmetinde bulunması ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi sermayenin korunması ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle de şirkete aynı sermaye getirilmesi halinde bu sermayenin gerçek değerinin tespit edilerek şirketin mülkiyetinde olması, doğrudan ya da dolaylı olarak içinin boşaltılmaması olması gerektirir.

Yeni TTK, ticaret şirketlerine getirilecek aynı sermaye kavramının kapsamını genişletmiştir. Aynı sermayenin konusu fikri mülkiyet hakları olduğunda yeni TTK'ya göre, tescilli ya da tescilsiz her türlü fikri mülkiyet hakkı, aynı sermayeye ilişkin diğer unsurları da taşıması halinde anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Ancak sermayenin korunması ilkesi gereği her türlü fikri mülkiyet haklarının tamamı anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilemeyecektir. Anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet haklarının üzerinde sınırlı aynı hak, haciz ya da tedbir bulunmamalıdır. TTK m. 342'de yer alan bu düzenleme ile getirilen en önemli yenilik şirkete aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığının üzerinde herhangi sınırlayıcı bir hakkın bulunmaması zorunluluğudur. Kanun koyucu bu düzenleme ile bazı malvarlığı unsurlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak konulmasını engellemiştir. Buradan yola çıkarak diyebiliriz ki, TTK bir yandan aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının kapsamını genişletir iken diğer yandan da daraltmıştır.

Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hükmün dar bir şekilde yorumlanması uygulamada anonim şirketlere aynı sermaye konulmasını zorlaştıracaktır. Bu nedenle, üzerinde sınırlı aynı bir hak bulunan bir malvarlığının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağı konusunda, "sınırlı aynı hak" kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakları üzerinde bulunan lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği m. 342 karşısında ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkını sınırlı aynı hak olarak kabul edemeyiz. Bu nedenle üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesi kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Fakat, tam lisans sözleşmelerinde lisans hakkı sahibinin kullanma yetkisi, mülkiyet hakkının içini büyük ölçüde boşaltır niteliktedir. Bu durumun sermayenin korunması ilkesini benimseyen m. 342'nin amacına aykırı olacağı kanaatindeyiz. Bu aykırılığın aşılacağı nokta da taahhüt aşamasında bilirkişi değerlemesidir. Bu nedenle bilirkişi değerlendirme raporu çok önemlidir. Ancak değerlemeye esas alınacak aynı sermaye gayri maddi mal niteliğinde olan bir fikri mülkiyet hakkı ise bu halde değerlerin tespiti çok daha zor olacaktır. Bu yüzden, fikri mülkiyet haklarının değerlendirilmesi konusunda özel kuralların belirlenerek ilkeler halinde tespit edilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, TURGUT** : Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ARICI, FATİH** : Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- ARKAN, SABİH** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (TTK Tasarısı), 13-14 Mayıs 2005, BATİDER Yayınları, Ankara.
- ARKAN, SABİH** : Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), BTHAE, Ankara, 2011.
- ASLAN, ADEM** : Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- ATEŞ, MUSTAFA** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Fikir ve Sanat Eserleri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ATEŞ, MUSTAFA** : “Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukuki Mahiyeti (Tescil) ” Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2006, S. 3.
- AYDINCIK, ŞİRİN** : Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- AYHAN, RIZA/
ÖZDAMAR, MEHMET/
ÇAĞLAR, HAYRETTİN** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- AYİTER, NUŞİN** : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1981.
- ÇAĞLAR, HAYRETTİN** : Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi”, BATİDER, C.XXVI, Sayı 2.
- ÇELİK, AYTEKİN** : “Anonim Şirketlerde Ayni Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sayı 3.
- DAL, SENİHA** : Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) Ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Yıl 2010, Cilt XXVIII, Sayı I.
- DOMANIÇ, HAYRİ** : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- EREL, ŞAFAK** : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1988.
- EREN, FİKRET** : Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2003.
- İMREGÜN, OĞUZ** : Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KARAHAN, SAMİ/
SULUK, CAHİT/
SARAÇ, TAHİR/
NAL, TEMEL** : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

**KENDİGELEN,
ABUZER**

: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Yeni TTK), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011.

**KILIÇOĞLU,
AHMET M.**

: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KIRCA, ÇİĞDEM

: “Know-how Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998.

KOÇ, NEVZAT

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-I-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Mart 2008.

**MOROĞLU,
ERDOĞAN**

: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2003.

**MOROĞLU,
ERDOĞAN**

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), Türkiye Barolar Birliği, 4. Bası, Ankara 2006.

ODMAN, AYŞE

: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

**OĞUZMAN, KEMAL/
SELİÇİ, ÖZER/OKTAY-**

ÖZDEMİR, SAİBE

: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 2009.

ONGAN, BURAK

: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ORTAN, ALİ NECİP

: Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara, 1979.

ÖZDEMİR

OKTAY, SAİBE

: Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

ÖZEN, BURAK

: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÖZSOY, SAADET HANDE. Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

PULAŞLI, HASAN. Şirketler Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, Ocak 2011.

SULUK, CAHİT. Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınları, İstanbul 2004.

T.C. BAŞBAKANLIK DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI

MÜSTEŞARLIĞI

: Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT, Ankara 2000.

TEKİNALP, ÜNAL

: Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), Arıkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005.

TEKİNALP, ÜNAL

: Tek Kişilik Ortaklık I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

TÜYSÜZ, MUSTAFA

: Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

UTKU, DORUK

: Sınai Hakların Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.