

ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY*

ÖZET

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

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

ABSTRACT

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

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

I. GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

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

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

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

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

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

II. ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. KURULUŞ

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

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

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

B. KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

1. Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olmasından Doğan Sorumluluk

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

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

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

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

³ Gerekeçe m.549

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Gerekçe m. 349.

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

¹⁰ Gerekçe m.349.

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

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

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

2. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

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

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

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

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

¹³ Gerekçe m.549.

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

¹⁵ Gerekçe m.550.

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

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

3. Aynı Sermayeye Değer Biçilmesinde Yapılan Yolsuzluk

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

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

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

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

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

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

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

4. Halktan Usulsüz Para Toplanmasından Doğan Sorumluluk

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

5. Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

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

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

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

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

²⁰ R.G. 31.10.2012, S. 28453.

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

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

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

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

C. KURULUŞTAN DOĞAN SORUMLULUĞA SAHİP OLANLAR (Davahlar)

1. Kurucular

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Katılanlar

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

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

D. DAVACILAR

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

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

III. SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

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

A. KURUCULARIN İBRASI

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

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

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerekçe m.557.

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

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

³³ Gerekçe m.559.

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

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

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

B. ZAMANAŞIMI

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

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

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

³⁵ Çamoğlu, s.218.

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

³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 361 vd.

³⁸ Gerekçe m.560.

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

⁴⁰ **Giray/Aktepe**, s.143.

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

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

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

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

SONUÇ

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

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

⁴² Çamoğlu, s. 244.

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