

1303-6556

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2013/2

**PROF. DR. OĞUZ İMREGÜN'E
SAYGI SEMPOZYUMU**

**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
26 Ekim 2013**

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 78
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 57

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGEN

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Fatma Gül KARAGÖZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2015 yılının Nisan ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12028)

İkitelli Çevre Sanayi Sitesi 8. Blok No: 38-40-42-44

Başakşehir/İSTANBUL 0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com



KONFERANS



YENİ TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLER

Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu

10:00-10:15 Açılış Konuşması
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

1. Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Oğuz İMREGÜN

10:15-10:45
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
(İÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD E.Öğretim Üyesi)

**Genel Kurul Kararlarının İptali ve
Butlanı Sebeplerinin TTK m. 340
Açısından Değerlendirilmesi**

10:45-11:15
Doç. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON
(Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

**Şirketler Topluğunda Açılabilir
Yeni Davalar**

11:15-11:30 Soru - Cevap
11:30-11:45 Kahve arası

11:45-12:15
Prof. Dr. Ömer TEOMAN
(Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. E. Öğretim Üyesi)

**Yeni TTK'nun Hisse Senetlerinin
Bastırılmasına İlişkin Düzenlemesi**

12:15-12:45
Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı)

**Azlık Haklarına İlişkin Gelişmeler
Işığında Özel Denetim**

12:45-13:00 Soru - Cevap
13:00-14:00 Öğle arası

2. Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU

14:00-14:30
Prof. Dr. Mehmet HELVACI
(Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

**Yönetim Kurulu Üyelerinin
Sorumluluğu ve Farklaştırılmış Teselsül**

14:30-15:00
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

**Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı
Açılabilir Sorumluluk Davaları**

15:00-15:15 Soru - Cevap
15:30-15:45 Kahve arası

15:30-16:00
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

**Birleşme, Bölünme ve Tür
Değiştirme'de Yeni Davalar**

16:00-16:30
Yard. Doç. Dr. Ali DURAL
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu

16:30-17:00
Dr. Sinan YÜKSEL
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

**Bağlı Nama Yazılı Paylarda Şirketin
Öneride Bulunma Hakkı**

17:00-17:30
Doç. Dr. Tolga AYOĞLU
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi)

Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi



26 Ekim 2013
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Aydın Doğan Oditoryumu



İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ ve HATIRA KONUŞMALARI

Av. Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL	3
Sempozyum Açılış Konuşması	
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP	5
Oğuz İmregün İçin	
Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU	9
Prof. Dr. Oğuz İmregün'e	

TEBLİĞLER

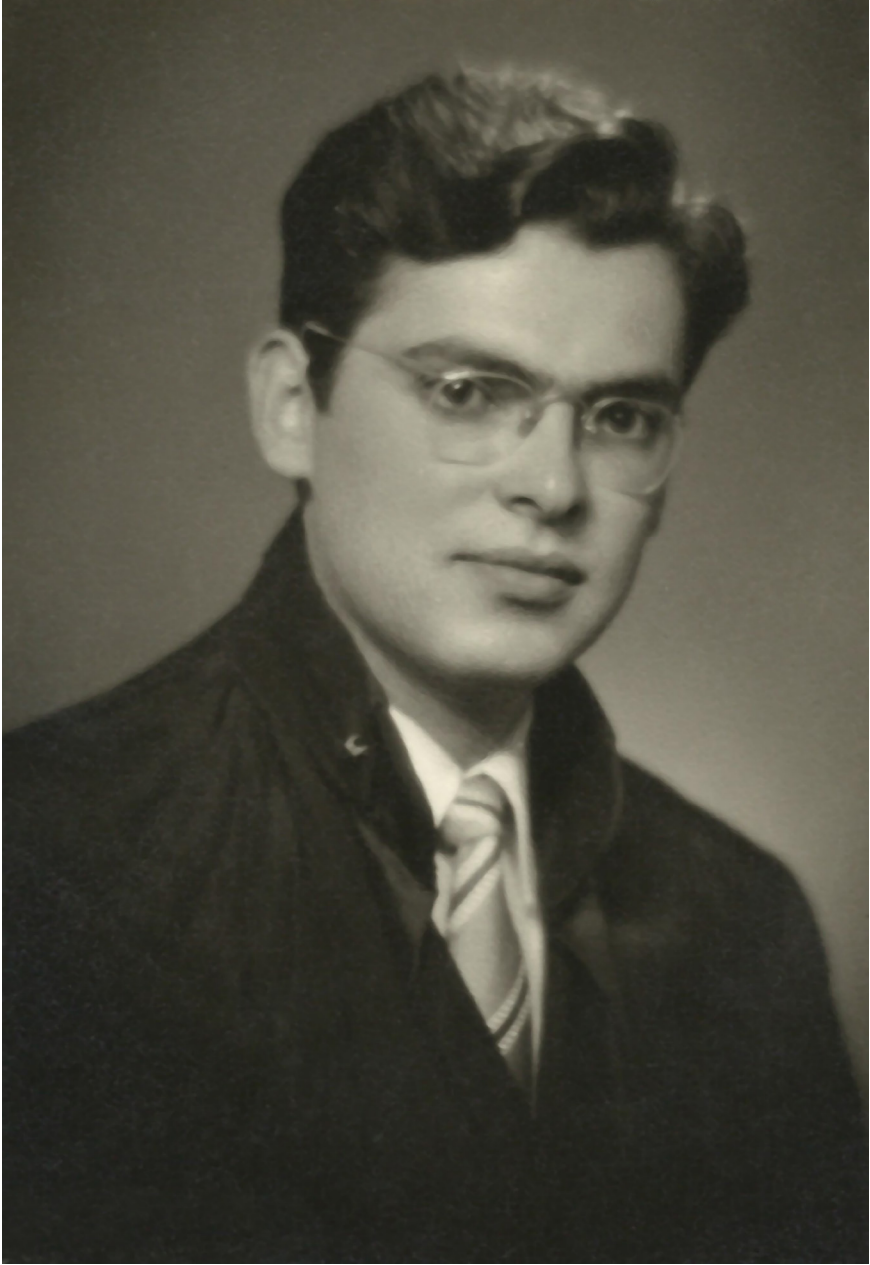
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP	13
Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu	
Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU	19
Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları	
Doç. Dr. Gül Okutan NILSSON	35
Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk	
Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY	55
Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler	
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	77
Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül	
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN	97
Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları	

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM.....113
Birleşme Bölünme ve Tür Değişirmede Yeni Davalar

Yard. Doç. Dr. H. Ali DURAL.....139
İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (TTK m.454)

Dr. Sinan H. YÜKSEL.....159
Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım
Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı
(Kaçış Klozu)

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU.....219
Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi



Prof. Dr. Oğuz İmregün

*Açılış ve Hatıra
Konuşmaları*

Sempozyum Açılış Konuşması

Av. Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL*

Efendim, başta değerli hocalarım olmak üzere hepimize sevgiler ve saygılar sunuyorum. Böyle bir toplantıyı düzenleyenlere de başta çok emeği geçen Hamdi Hocama da çok teşekkür ediyorum. Tabii benim yuvam olan Galatasaray'da hele böyle bir salona gerçekten sığılmayan bir ortamda bulunmak da gerçekten gurur verici. Tabii dışarıda kalanlar için de insan üzüyor açıkçası, Oğuz İmregün Hocamızın hukuka yaptığı katkılar işte bu şekilde de çok net bir vaziyette görülüyor.

Ben sadece iki-üç şey söyleyip, sözü bırakmak istiyorum. Cumhuriyetimizin 90. yılına geldiğimiz şu günlerde hukukun ne hale geldiğini herhalde söylemeye gerek yok. Gene iyi, yani yeni Türk Ticaret Kanunundan veya ticaret hukukundan bahsedebiliyorsunuz. Vallahi biz artık herhangi bir ceza hukukundan filan bahsedemiyoruz, açık söyleyeyim. Böyle bir ortamda özellikle duayen hukukçularımız gerçekten bir yıldız gibi parlıyor, onu söylemek isterim. Hukuk bir gelenek ve birikim meselesi, bu açıdan aynı zamanda da Galatasaray'dan da bir büyüğüm olan, İstanbul Hukuk Fakültesinden hocam olan Oğuz İmregün Hocamıza gerçekten Türk toplumu, Türk hukuku bana göre çok şey borçlu. Bu borcu ödemek çok mümkün olmasa da en azından kendisine saygımızı biz İstanbul Barosu olarak da avukatlık mesleğine yaptığı katkılar sebebiyle de göstermek istiyoruz. Bu nedenle huzurlarınızda değerli hocama, hukuka, avukatlık mesleğine yaptığı katkılar sebebiyle İstanbul Barosu adına ve aynı zamanda da tabii Galatasaray Hukuk Fakültesinin bir öğretim üyesi olarak da çok teşekkür ediyorum. Kendisine uzun bir ömür diliyorum ve hukuka yaptığı katkılarının da sürmesini temenni ediyorum. İzninizle o anlamda da biz İstanbul Barosu olarak kendisine bir plaket takdim etmek istiyoruz.

* İstanbul Barosu Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usûl Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Oğuz İmregün İçin

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

I

1. Bugün burada saygın bir üniversite ve bilim insanına, Türk hukukuna özellikle de Türk ticaret hukukuna ve bilime yaptığı katkılar dolayısıyla saygılarımızı sunmak için toplandık. Bu kişi Oğuz İmregün'dür. Onu Prof. Dr. Oğuz İmregün olarak zikretmeyeceğim. Kendisi hiç şüphesiz bu unvanı en iyi şekilde taşıyacak ve kullanacak birkaç kişiden biridir. Ancak bu unvan olmasa bile Oğuz İmregün bu alanda kullanılan en değerli unvanın doğal sahibidir, böyle bir unvanla çağrılmasa, hitap edilmese bile böyle bilinir. Oğuz İmregün akademik çevrelerin bu durumlarda kullandığı "scholar" kelimesine layık, bunu en çok hak eden kişilerin başında gelir. Bu terim "profesör"ün ötesindedir. Yani ticaret hukuku alanında derin ve güvenilir bilgiye sahip kişidir. Çünkü İmregün bilimsel ve akademik yönden oldukça kritik bir dönemde, otuz yıldan beri uygulanan 1926 Türk ticaret kanununun yerini 1956 kanununa bıraktığı günlerde, arazide çalışan, beyin teri döken kişilerdendir.

2. Benim bugün yaşadığım ayrıcalık ise, böyle müstesna bir kişiye hepimizin duyduğu saygıyı ve minnet duygularımızı ilk konuşmacı olarak açıklamaktır. Bu ayrıcalığımı hayatımın onur anlarından biri olarak daima hatırlayacağım. Bana bu üstün konumu sağlayan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarına ve onların başında yer alan bir diğer bilim insanına, Prof. Yasaman'a teşekkür ediyorum.

3. Ayrıcalığının sebebini benim değerimde aramayınız. Biri diğerine denk gelmez. Sebep kişisel konumumdur, yani öznedir. Kişisel konum terimini de açıklamak isterim. Ben akademik hayatının en güzel, en seçkin yıllarını "Ticaret Hukuku Kürsüsü" denilen sıra dışı özelliklere, en başta da bilimsel özgürlüğe ve insan haysiyetine sahip, herkesin uyumlu, kimsenin

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. E. Öğretim Üyesi

nifak kelimesini bilmediği bilim ortamında Oğuz İmregün'le yaşayan kişiler arasında en kıdemli olan kişiyim. Şimdi size biraz da 1958'den başlayan yıllarda Ticaret Hukuku Kürsüsü'nden söz etmeliyim. 1958'de Halil Arslanlı Kürsü başkanı, Reha Poroy doçent idi. Ben asistan olduğumda Domaniç doçent oldu. Oğuz İmregün ABD'den yeni dönmüştü ve Dr. Asistan idi. Ben asistandım. Bir yıl sonra Ersin Çamoğlu ile Erdoğan Moroğlu asistan oldular.

Halil Arslanlı, bizlere bilimsel yönden bir değer atfetmiyordu, ancak Türkiye için alışılmamış bir şey yapıyor, kişiliğimize saygı gösteriyor, başkalarının da saygı göstermesini istiyordu. Onun için ticaret hukuku asistanı, geleceğin bilim adamı olarak onun tarafından seçilmiş kişiydi. Çok sık yapılan toplantılarda devamlı hukuki tartışma ve görüş alışverişi vardı. Tabii ki Poroy ile Domaniç bu toplantılara bizim kadar sık katılmazlardı. İşte İmregün Dr. Asistan olarak bu toplantıların yıldızı, “gıpta edileni”ydi. Bu kısa zaman parçasına –kısaydı çünkü Halil Arslanlı 147 oldu ve genç yaşında aramızdan ayrıldı- işte ticaret kürsüsü asistanlarına ait bu bölüm ile ilgili olarak şunu da söylemeliyim. Benim akademik hayatımda taşıdığım en büyük akademik unvan, **“Halil Arslanlı'nın asistanı” unvanıdır.**

4. Bazılarınız “asistan” unvanını akademik bir unvan olarak kabul etmeyebilir, bu sıfatı küçümseyebilir. Ancak önce 147 faciasını hazırlayanların takip ettiği daha sonra YÖK'ün yerle yeksan eylediği Üniversite Kanunu'nda kariyerin ilk basamağının asistanlık olduğunu bildiren bir hüküm vardı. O zaman asistanlık, bugünkü araştırma görevlisi gibi renksiz, heyecan içermeyen bir sıfat değil bilim adamlığının fidanlığıydı.

Benim Halil Arslanlı'nın asistanlığı kadar büyük ve değerli bir unvanım olmadı. Aldığım hiçbir unvan bu büyüklüğe erişemedi. Oğuz İmregün ile bu unvanı bir süre birlikte taşıdık, o “Dr” idi, baş asistandı, gene de asistandı. İşte benim bu açılış konuşmasını yapmamın sebebi, yani ayrıcalığım buradan geliyor.

5. Bu unvanın icra edildiği ortamın bir de insani ve dostluk yönü vardı. O da Halil Arslanlı'nın kürsüsünün içinde, Oğuz İmregün'ün yeri, tutumu ve soylu davranışları, insana güven veren dostluğu ve ağabeyliği iklimin ana unsurlarıydı ve ortamı tanımlıyordu. Tüm bu sıra dışı dostluğa ağabeyliğe ben Ersin ve Erdoğan muhatap olduk. Söz konusu şanslı asistanlık günlerimin Oğuz İmregün'ünü unutamam, ona minnettarım, şükranlar borçluyum. Huzurunuzda şanslı asistanlık günlerim için ona içten teşekkür ediyorum. Ayrıcalığımin sebebini açıkladım.

II

1. Bilimsel yönden bakışla Oğuz İmregün kimdir? Tek kelime ile İmregün modern ticaret hukukunun 1957 Kanunu ile başlayan doktrin faaliyetinin kurucularından biridir. Kurucular derken çok az kişiyi sayacağım. Başta Hirsch ve Arslanlı, Poroy, Domaniç, Karayalçın, Bozer ve Kalpsüz. Bu bir elin parmakları kadar az kişi mükemmel bir kanun olan 1956 kanununu aydınlatmışlar, yorumladılar ve çok önemli birbirlerine saygı duydular. Sürülmemiş toprakları sürdürdüler. Başka bir benzetme ile 1956 TK, büyük bir kaya kitlesiydi. Kaya kitlesi benzetmesini Arslanlı için yazdığım bir yazıda da kullanmıştım. Koca bir kaya idi 1956 tarihli TK. Bu kayayı yontup şekillendirenler, öğreti haline getirenler arasında henüz otuzuna bile ulaşmamış bir genç adam İmregün de müstesna güzel akıllı ile (zeka kelimesini bilerek kullanmadım, çünkü güzel akıl bilim adamını tanımlar ona gönderme yapar) kayayı yontuyordu. O günleri hatırlıyorum, İmregün'ün kan ter içinde çalıştığını biliyorum. İmregün güzel akıllı yanında bilimsel hırsla da sahiptir. Bilimi başka bir amaçla kullanmak için seçmemişti. Bilimin güzel çilesini çekti. Mükemmel Fransızcasını ve İngilizcesini çok iyi kullandı ve 1956 Kanunu denilen o büyük, masif kayayı şekillendirenler arasında sıvrıldı.

2. Oğuz İmregün tezlerinden başka sistematik kitaplarla kara ticareti hukukunun her dalında eser vermiştir. Bu arada Amerikan Şirketler Hukuku'nun esaslarına ilişkin kitabı özellikle bugün genç kuşakların bir başvuru kitabı olmalıdır. Çünkü AB hukuku uzun süreden beri ABD Corporation hukukunun etkisine girmekte ve Corporation hukukunun birçok kurumu Avrupa'ya dolayısıyla Türk hukukuna yansımaktadır. Mezkûr kitap bu bakımdan bir öncü niteliği taşır.

III

1. Kanaatimce Türk hukuku Atatürk devriminin bir parçası olan hukuk devrimi ile bir "epoche"yi idrak ettikten sonraki özel hukukta ticaret hukuku 1956 Türk Ticaret Kanunu ile medeni hukuktan farklı bir evrim geçirdi. 1926'dan sonra 2002'ye kadar yeni bir Medeni Kanun yapılmadı. Gerçi 1960'lı yıllardan itibaren bazı hazırlıklar vardı. Ancak bunlar hiçbir şekilde kanuna dönüşemedi.

2. Medeni Kanun yerleşmişti, medeni hukuk devriminin bir epizot olmayıp bir epoche olduğunu kanıtlamış bir abide idi. Medeni hukukçular bu abidenin değerini çok iyi bilip, onu akıl teri dökerek öğreti haline getirdiler.

Ancak 1926 Ticaret Kanunu Medeni Kanun düzeyinde bir kanun değildi, kendisine özgü bir ruhu, sistematiği yoktu. 1956 kanunu ise daha bilimseldi ve ruha sahipti. Türk Ticaret Kanununun epoche olmak niteliği 1956 kanunu ile başlar. Bu epoche içinde çıtayı 1926 Türk Ticaret Kanununda daha yükseğe koymakla kalmamış yeni bir bilimsel stil getirmişti. 1956 kanunu yürürlüğünden itibaren çok yoğun bir öğreti faaliyetini harekete geçirmiş ve bu faaliyet de yeni bir devir açmıştı. İmregün işte epoche'nin asistanı, doçenti, profesörü, kısacası scholar'ıdır. Kurucu vasfı buradan geliyor, bunun için değerli ve özgün. İmregün'ün katkılarını 1956 ticaret hukuku devriminin epoche karakteri açısından değerlendiriyor ve önemsiyorum. Bu çalışmalar Ticaret hukukunda üçüncü aşama olan 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yolunu aydınlatmış, ilerlemenin taşlarını koymuştur. Bu dönemin yeni İmregünlerle ve onun ciddiliğine, çalışkanlığına ve özverisine sahip asistanlara ihtiyacı var. İmregün ticaret hukukunu, kürsüsünü ve bilimi çok sevdi. Bilimin takım çalışması olduğunun bilincindeydi ve çalıştığı ortamın değerini biliyordu. İşte benim İmregün hakkındaki değerlendirmelerim. İmregün'ün bu yönlerini gençlere gösteriyor ve tavsiye ediyorum. İmregün'e, sevgili eşi Sühendan Hanım'a, o yılların first lady'sine hepimizin dostu ve ablasına, Mehmet'e ve Canan'a nice sağlıklı, mutlu, neşeli, başarılı ve müreffeh yıllar diliyoruz, diliyorum.

Prof. Dr. Oğuz İmregün'e

Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU*

Sevgili Başkan, Sevgili Oğuz Ağabey ve değerli meslekdaşlarım, başka türlü hitap etmemiz mümkün değil, Oğuz Ağabey diyeceğim; zira sadece Galatasaray'ın değil, bizim hukuk fakültesinin de Oğuz Ağabeyidir, bizlerin, bizim kürsümüzün ağabeyidir, onun için öyle hitap edeceğim. Bilimin derinliklerine girmeden evvel izin verirseniz ben de iki kelime söylemek istiyorum. Sevgili Oğuz Ağabey hakkında: Tabii Sevgili Tekinalp bana söyleyecek bir şey bırakmadı aslında, bütün bunları içten onaylıyorum, hepsine katılıyorum. Ben şimdi yüzlerce anımızdan birisini, küçük birisini anlatarak, zaman darlığı nedeniyle daha fazla ilme geçit vereceğim.

Efendim, ben 1959 yılında asistan olduğum zaman Oğuz Ağabey, baş asistanımızdı. Sevgili Oğuz ağabey, Amerika'dan dönmüştü, hepimiz için bir idoldü. Kısa süre sonra doçent oldu. Birlikte 1962 senesinde Eylül ayında sözlü sınav yapıyoruz. O zamanlar hukuk fakülteleri bir ayrıcalığa sahipti; sözlü sınav ayrıcalığına sahipti. Yukarıda Şevket Mehmet Ali Bilgişin Kütüphanesinde ki, bizim asistanlar olarak yerimiz oradaydı, orada otururduk, yani benim odamdı orası, ama sınav dönemlerinde orada sınav da yapıyorduk ve Oğuz Ağabeyle ben bir gün sözlü sınavdayız. Bir ara dışarı çıktığımız zaman bir öğrenci geldi yanıma, benim sınıf arkadaşım, ama biraz gecikmiş, çok heyecanlı, elleri titriyor. Dedi ki, Ersin, ben bu sınavı mutlaka geçmek zorundayım. Dedim ki, inşallah, yani temenni ederim, dua da ederim, çok da şanslısın, hoca olarak da Oğuz Bey gibi çok sert olmayan, çok katı olmayan çok iyi niyetli bir hocadasın, görelim. Benim için hayat-memat meselesi dedi. İçeri girdim, sıra geldi bu öğrenciye, önümüze geldi. Oğuz ağabey bir soru verdi. Şimdi hatırlayacaktır, ilk defa anlatıyorum bu olayı. Basit bir soruydu, bilemedi. Çocuk çok da heyecanlıydı, hiçbir şey söyleyemiyor, elleri titriyor.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi

Bir ikinci soru, orada da bir şey yok. Oğuz Ağabey, evladım, görüyorsun ki olmamış dedi. O zaman biliyorsunuz sözlü sınav dinleniyor, çok büyük bir kalabalık da dinliyor ve eski öğrencilerimiz var. Eski öğrencilerimizi şöyle tanımlayayım: O zaman intibak diye bir şey vardı, 30, 40, 50 yaşında öğrencilerimiz de var, 20, 30, 40 yıl okunabiliyordu o zaman, herkes gidiyor, evkafta memur oluyor, çoluk çocuk sahibi oluyor, gideyim bir sınava gireyim diye geliyor, arada bir sınava giriyor. Bu dönem filan hoca yok, şimdi kolaydır imtihanlar, gireyim diyor, o tip öğrenciler de bekliyorlar. Öğrenci başladı ağlamaya, elleri titriyor. Hocam, bu benim için hayat-memat meselesi, Oğuz Ağabey bana döndü, sen de bir soru sorar mısın dedi. Ben de bir soru sordum basit olsun diye, esnaf, vesaire gibi bir soru, şu anda somut olarak hatırlamıyorum. Cevap yok, hiçbir şey yok. Hoca, evladım görüyorsun dedi, bütün arkadaşlarımız da bekliyor burada, daha fazla vakitlerini de alamayız, sınava girecekler, sen bir daha geleceksin dediği zaman çocuk birden bire boşaldı, ağlıyor, yumruklamaya başladı masayı, artık ben yaşamayayım dedi ve ayağa kalktı. Pencereye yürüdü, bizim yukarı kattaki pencerelerimiz çift katlıdır, arada şöyle 50-60 cm kadar yer vardır. Zorladı, herkes donmuştu zaten, zorladı, ilk kapağı açtı. Ben çok iyi biliyorum pencerelerin konumunu, çünkü benim masam orada. Adımını attı, ortaya girdi. Şimdi hiç kimsede ses yok, hepimiz donduk. İkinciye zorlamaya başladı, ben biliyorum çiviliydi ikinci pencere çünkü, o zaman çekiyor, açamıyor. O arada Oğuz ağabey döndü öğrencilere, lütfen arkadaşınıza engel olunuz efendim dedi. O anda yirmi kişi birden gidip âdeta omuzlarına alarak böyle yarı tartaklar, yarı kızar, yarı acır vaziyette çocuğu aldılar, dışarıya götürdüler. O gün bugündür o arkadaşını hiç görmedim, inşallah intihar etmemiştir, inşallah başarmıştır, belki de aramızdadır. Sınava on dakika ara verdik, sonra devam ettik. Çok teşekkür ediyorum.

*Sempozyum
Tebliğleri*

Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

I. Giriş

1. Anonim ortaklıkların (AO) genel kurul (GK) kararlarının iptali sebepleri arasında kanuna aykırılık da yer alır (TK m. 445). Sistem 6762 sayılı eski TK döneminde de böyleydi (TK m. 381). TK m. 445 ile eski TK m. 381 hükümlerinde kanuna aykırılık hem öğretilerde hem de Yargıtay kararlarında geniş yorumlanmış; sadece kanunun emredici değil, yedek maddelerinin de ihlali GK kararlarının iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Emredici nitelikte olmayan bir hükmün ihlali halinde bile GK kararının iptal edilebilmesinin temelindeki hukuk düşüncesi, her kanun kuralına hâkim kılınmaya çalışılan adalet anlayışıyla, sağlanması için özel özen gösterilmiş bulunan menfaatler dengesini korumaktır.

2. TK, GK kararlarının butlanını ise, özel olarak 447. maddesinde düzenlemiştir. Butlan konusuna ve sebeplerine bu hüküm bağlamında yaklaşır, yani soruna AO'lara özgü butlan sebepleri açısından bakarsak, sayılan butlan sebepleri arasında kanunun emredici hükümlerine aykırılığın bulunmadığını görürüz. Kanunun 447. maddesinin giriş cümlesine yerleştirilen “özellikle” kelimesinin kanundaki butlan sebeplerinin sadece anılan maddede öngörülenlere özgülenmediğini vurgulaması yanında, BK m. 27 (1)'deki “*emredici hükümler*” ibaresi dolayısıyla bu madde bağlamında butlan sebeplerine de kapıyı açtığı düşünülebilir. Nitekim TK m. 447'yi yorumlayan bazı yazarlar¹

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi

¹ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Altıncı Baskı İstanbul 2012, 59-64. Aksi görüş Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2013, N. 15-12.

duraksamadan bu yola gitmişlerdir. TK'nın, GK kararlarının iptali ile butlanına ilişkin hükümleri kıyas yoluyla limited ortaklıklara (LO) da uygulanacağı için bu tespitler LO'lar bakımından da doğrudur.

3. Eski TK'nın yürürlüğü döneminde GK kararlarının butlanının tespiti davalarında BK'nın 19 ve 20. maddeleri etkin rol oynuyordu. Emredici hükümlere aykırılığın sonucunun butlan olması, eski TK döneminde eski BK'nın 19 (1). maddesine dayandırılıyor; hem öğreti hem de Yargıtay kararları bu yolda şekillenmiş bulunuyordu. Ancak mezkûr çözüm, önemli bir sorunu (bir anlamda karmaşayı) da birlikte getirmişti. O da, hangi türdeki emredici hükümlere aykırılığın GK kararının iptaline, hangi nitelikteki emredici hükümlerin ihlalinin ise GK kararlarının butlanına sebep olacağıydı. Genel kabul gören görüş kamu düzeni veya kamu menfaati ile ilgili emredici hükümlerin ihlâl edilmesi halinde butlanın, özel menfaati koruyan emredici hükümlere aykırılığın belirlenmesi durumunda da iptali söz konusu olacağı yolundaydı ve İsviçre öğretisinden esinlenen bu görüşteki, “kamu düzeni” ve “kamu menfaatine” bağlı yaklaşım kamu düzeninin oturduğu zeminin pek sağlam olmaması dolayısıyla güven vermiyordu. Ayrıca kamu düzeninin modern hukukta, günden güne itibar kaybetmesi de düşündürücüydü. Mahkemeler özellikle 1990'lı yıllardan itibaren emredici hükümlere aykırılığın hem iptal hem de butlan sebebi olmasından doğan tereddütleri daha çok duymaya başlamıştı.

4. Diğer yandan TK'nın, AO'ya ilişkin 340, LO hakkındaki 579. maddeleri, soruna yeni bir boyut daha kazandırmıştır. Çünkü her iki hükmün de emredici hükümlerin listesini zenginleştireceğinden ve bu nedenle butlan davalarının artabileceğinden endişe ediliyordu.

Bu tebliğde GK kararlarının iptali ile butlanına emredici hükümler açısından bakılacak ve özellikle yeni TK sisteminde emredici hükümlere aykırılığın butlan sebebi olup olmayacağı incelenecektir. Başka bir ifadeyle, TK 447'ye rağmen BK m. 27'ye kapının tamamen açılmadığı doğru olur mu sorusu yeni sistemde önem kazanmıştır.

II. İptal Davası Yönünden

1. TK m. 340'ın GK kararlarının iptaline yeni bir boyut kazandırabileceği ve artan emredici hüküm sayısının GK kararlarının iptali sayısını çoğaltacağı arttıracacağı düşünülebilir. Bu yeni boyut, eski TK zamanında butlanın tespiti davası olarak açılan bazı davaların artık iptal davasına dönüşmesi şek-

linde olabilir. Bunun dışında bir değişiklik olasılığı yoktur. Çünkü, TK m. 445 (1) de aynen eski TK m. 381 gibi, bir GK kararının, kanuna aykırı olmasını, o kararın iptalini gerektiren bir sebep olarak kabul etmekte, yedek ve emredici hükümler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Onun için, herhangi bir GK kararının kanuna aykırı olup olmadığı mahkemece incelenip karar oluşturulurken, ihlâl edilen kanun maddesinin yedek veya emredici nitelik taşıması tesis edilecek kararda rol oynayamaz.

2. Diğer yandan, yeni bir hüküm olan TK'nın 446 (1)/b bendi bazı emredici hükümlere (TK m. 410-416) aykırılık dolayısıyla GK kararlarının iptali davasının açılmasını bir ölçüde güçlendirmiştir. Bu hüküm iptal davalarının sayısını azaltabilir. Zaten dava ekonomisi gerekçesi de bu hükmün öngörülmesinde etkili olmuştur. Anılan hükme göre, bir GK kararının iptali davasının açılabilmesi için davacının, ileri sürülen olguların yani:

- * GK toplantısı çağrısının usulüne göre yapılmamış olmasının,
- * Gündemin gereği gibi ilân edilmemiş bulunmasının,
- * GK'ya katılmaya yetkili olmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya alınıp oy kullanılmış olmasının ve
- * Bazı pay sahiplerinin toplantıya girmelerine ve/veya oy kullanmalarına haksız olarak izin verilmemiş olmasının

mezkûr GK kararının alınmasında etkili olduğunu yinelemiş ispat etmesi gerekir (*Etki kuralı*).

Burada sayılan hallerin her birinin TK'nın emredici bir hükmüne aykırı olduğu açıktır. TK'yı hazırlama komisyonu başkanının muhalefetine rağmen Adalet Alt Komisyonunda 11. HD'nin yerleşik kararının bu yönde olduğu gerekçesiyle kanuna giren etki kuralı, uygulamada sorunlara yol açacak niteliktedir. Çünkü, “*kararın alınmasında etkili olduğu*” ibaresi açıklıktan yoksundur. “Etkili olmak” kelimeleri eğer nisaba yönelik olarak yorumlanacak olursa, azlığın, hatta %49,999 oranındaki pay sahiplerinin muhalefetiyle alınan kararların bile iptal edilemeyecekleri sonucuna varılacaktır. Anılan hükmün bu sonucu amaçlamadığı şüphesidir. Hükmün amacı, pay adetleri pek küçük olan pay sahipleri ve kişilerle ilgili olup bu düzeyde kalan ihlâl hallerinde iptal davasının açılmasını önlemektir. Meselâ sadece üç-beş paya sahip bir nama yazılı pay sahibine toplantıya çağrıya ilişkin iadeli taahhütlü mektup gönderilmemiş olması; pek küçük bir pay sahibi topluluğunun yetkisiz olarak GK'ya katılmış bulunması, birkaç davet mektubuna gündemin konulmamış

olması gibi. Verilen örnekteki etki, ihlaller, kararın iptalini haklı gösteremeyecek kadar küçüktür. Bu hallerde iptal davası açılmasının hak aramaktan çok, mahkemeyi meşgul etmek anlamı taşıdığı düşüncesi Adalet Alt Komisyonuna hâkim olmuştur. Anılan hükümdeki etkiyi “etkinin çapı” şeklinde yorumlamak gerekir.

III. Butlan Yönünden

1. GK kararlarının butlanı, AO hukukunda özellikle öğretilerde dikkatle ele alınan bir konudur. Hemen hemen tüm akademik metinlerde mahkemelerin butlan kararını düşünerek vermeleri gereği üzerinde durulur. Çünkü, bir AO'nun süreye bağlı olmaksızın herhangi bir GK kararının butlanının dava edilebileceği tehdidi altında bulunmasını işlem güvenliği ile bağdaştırmaya imkân yoktur². AO'da GK kararlarının butlanı sebeplerini özel olarak düzenleyen hükümlerin münhasır nitelikte *lex specialis* olmadıkları bu bağlamda TK m. 447'nin de bu şekilde değerlendirilemeyeceği şüphesizdir³. Bu sebeple hukuken yok hükmünde olan GK kararları ile BK m. 27 (1) uyarınca ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız sözleşme hükümlerinin de batıl olduklarından şüphe edilemez. Başka bir deyişle, TK m. 447 yanında BK m. 27 de uygulanır. Ancak TK'nın 445. maddesinde kanunun emredici hükümlerine aykırı GK kararlarının iptal davasına konu olacakları açıkça belirtilmişken, BK m. 27 (1)'deki “emredici hükümler” ibaresine dayanarak bir diğer emredici hükümler kategorisi yaratıp bu suretle de GK kararlarının butlanı davasının açılabilirliğini savunmak hem güçtür hem de bu tutum TK m. 447'yi bile bile görmemek anlamına gelmektedir.

2. Kanaatimce, TK m. 447'nin hukukumuza –butlan sebeplerini sınırlandırıcı olmayacak şekilde belirlemiş olması yanında- getirdiği bir diğer katkı, emredici kanun hükümlerine aykırılığın sonucunu TK m. 445 uyarınca kesin bir tarzda iptale bağlaması ve BK m. 27'ye başvurma zorunluğuna son vermesidir. Böylece TK m. 447 GK kararlarının butlanı sebeplerinin gösterilmemesi dolayısıyla kanunun emredici hükümleri bağlamında hukukumuzda mevcut karmaşaya son vermiştir.

2 Druey (2010), *Gesellschafts- und Handelsrecht*, Zürich, Basel, Genf § 12, N. 73. Windbichler (2013), *Gesellschaftsrecht*, 23 Auflage, München § 29, N. 39.

3 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996), *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern § 25, N. 91, FN. 88, Druey (1996), *Mängel des GV-Beschlüssen* (1997); in Druey/Forstmoser (Hrsg.) *Rechtsfragen um die Generalversammlung Zürich*, 148; BaslerKomm/Truffer-Dubs (2012) *Obligationenrecht II*, 4. Auf., Basel, Art. 706b, N. 3.

IV. Bir GK Kararının Esas sözleşmeyi İhlal Etmesinin Kararın Butlanı Sonucunu Doğurup Doğurmayacağı

Bir GK kararının bir esas sözleşme hükmünü ihlâl etmesi o kararın butlanına sebep olamaz. Çünkü TK m. 445’de esas sözleşme hükümlerine aykırı GK kararlarının iptale tabi olduğunu açıkça belirtmiş, butlana ilişkin TK m. 447 hükmünde de bu yolda bir sebep öngörmüştür. Böyle bir ihlalin varlığında TK m. 445 uyarınca GK kararının sadece iptali talep edilebilir. İsviçre öğretisinde *Weber* GK kararlarının butlanına yol açan İsv. BK’nın 706b (TK m. 447’nin mehzası) maddesi hükmünün 1991 reformunda kabul edilmesiyle, ağır kanun ve *esas sözleşme ihlallerinin* önüne geçilmesine engel olduğunu yazmışa da bu görüşe katılmak mümkün değildir⁴. Böckli ise “esas sözleşmeye aykırılık, butlana değil iptale yol açar” şeklinde ilkeyi belirledikten sonra, kamu menfaatini emredici bir şekilde koruyan veya AO’nun genel yapısına ilişkin olan, sermayeyi korumaya yönelik bulunan vazgeçilmez haklarla AO hukukunun pay sahibine tanıdığı temel haklarla AO hukukunun pay sahibine tanıdığı temel haklara ait bulunan esas sözleşme hükümlerinin ihlalinin butlana yol açacağını belirtmiştir⁵ Bu görüşün de soruna her hangi bir katkı yaptığı söylenemez. Çünkü yazar butlana ilişkin İsv. BK 706b (TK m. 447) hükmünü bir esas sözleşmeye aynen yansıtan bir hükme aykırılığın butlana sebep olacağını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, esas sözleşme hükümlerine aykırılık iptale sebep olur. Bu varsayımda TK m. 447 hükmünü tekrarlayan esas sözleşme hükmünün ihlalinin butlana yol açması esas sözleşmeden değil, kanundan doğmaktadır. Bu sebeple bu kısmın başında ifade ettiğim ilkeye bağlı kalınmasının doğru olacağı görüşündeyim.

4 von Büren/Stoffel/Weber, *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, no. 1122.

5 Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2009, § 16, N. 157a.

KAYNAKÇA

BÖCKLİ Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2009.

DRUEY, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich, Basel, Genf, 2010.

DRUEY/FORSTMOSER (Hrsg.) Rechtsfragen um die Generalversammlung Zürich, 1997.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.

MOROĞLU Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Altıncı Baskı İstanbul, 2012.

TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2013.

TRUFFER-DUBS Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auf., Basel, 2012.

VON BUREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2011.

WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 23 Auflage, München, 2013.

Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları

Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU*

Şirketler topluluğu Türk hukukunda ilk olarak yeni TK ile düzenlenmiştir. TK'nun 195. maddesi şirketler topluluğunu, “ Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak: 1(a) Oy haklarının çoğunluğuna sahipse, (2) Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya (3) Kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, (b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya bir başka yolla hakimiyeti altında tutuyorsa, birinci şirket *hâkim*, diğeri *bağlı şirkettir...*”

Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte *şirketler topluluğunu* oluşturur [(TK 195 (4)).

Ticaret Kanunumuz 202. maddesinde hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki gücünü hukuka aykırı biçimde kullanması halinde bağlı şirketin ortaklarına ve alacaklılarına öngörülen koşullarda sorumluluk davası açma hakkını tanımıştır.

Bu yazımda TK 202. maddede öngörülen dava haklarının koşullarını, niteliklerini ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TK 553 vd.'daki genel hükümlerle ilişkilerini ele alıp değerlendirmeye çalışacağım.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi

I. Bağlı Şirket Ortaklarının ve Alacaklılarının Hâkim Şirkete ve Onun Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Tazminat Davası Açma Hakkı

1. Koşulları

a) Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması

Şirketler topluluğunda hâkim şirket, hakimiyet gücünü bağlı şirketi *kayba uğratacak* şekilde kullanamaz. Yasa koyucu, bu ilkenin ihlâli halinde bağlı şirketin ortaklarına ve alacaklılarına, hâkim şirkete ve onun yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı tanımıştır.

TK 202. maddenin 1. fıkrası, hâkim şirketin hakimiyet gücünü kötüye kullanarak bağlı şirketi zarara uğratmasının uygulamada karşılaşılması muhtemel *başlıca örneklerini* saymıştır. Buna göre, hâkim şirket bağlı şirketi “iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynî veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliği ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya *yönelmez*...”¹

¹ Bağlı ortaklığın zararı, hâkim şirket yönetim organının verdiği bir *talimattan* da kaynaklanabilir. TK 203. maddeye göre bir ticaret şirketi, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak *yüzde yüzüne sahipse*, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kayba sebebiyet verebilecek sonuçlar doğuracak nitelik taşıyıcılar bile bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin *talimat* verebilir. *Bağlı şirketin organları bu nitelikteki talimata uymak zorundadır*. Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez (TK 204). Kanımca bağlı şirket yönetim kurulunun 204. maddesi kapsamındaki talimatlarına uyma zorunluluğu yoktur (Bkz.: Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku, 13.Bası, C.I. İstanbul 2014, s. 437 N. 622 o; bkz. ve karşı : *Abuzer Kendigelen*, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, İstanbul 2011, s.159; *Gönen Eriş*, Gereğeli, Açıklamalı, İçtihatlı, 6335 Sayılı Kanunla Güncelleştirilmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.II m. 52-416, Ankara 2013, m.203, s.2016; *Hasan Pulaşlı*, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011, s. 310, N.100). TK 205. madde, bağlı ortaklığa tam hâkim olan ticaret şirketinin yasal olsun, yasa dışı (TK 204) olsun talimatlarını uygulayan bağlı şirket organlarının şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacaklarını hükme bağlamıştır. TK 206. madde uyarınca, bağlı şirketin *alacaklıları*, hâkim şirket organlarının 203. madde kapsamında verdikleri talimatın bağlı şirketin kaybına sebep olması halinde (kayıp aynı hesap yılı içinde denkleştirilmediği veya bağlı şirkete somut bir talep hakkı tanınmadığı takdirde) hâkim şirketten ve onun yönetim kurulu üyelerinden zararın giderilmesini talep edebilirler. TK

Madde metninden de anlaşılacağı gibi sayılan örnekler *sınırlayıcı* değildir; hâkimiyetin kötüye kullanılması suretiyle bağlı şirketi kayba uğratan tüm yönlendirici işlemler sorumluluk nedenidir.

206. madde bu davada 202. maddenin, davalının özen yükümünü yerine getirmesine ilişkin ölçütü düzenleyen (1d) bendine ve TK 553 vd. hükümlerine yollama yapan (1e) bendine atıf yapmaktadır. Hatırlanacağı gibi (1e) bendi, davanın hâkim şirketin merkezinde açılacağını, eğer hakim teşebbüsün merkezi yurt dışında ise bağlı ortaklığın merkezinde açılabileceğini ve bu konuda TK 553 vd.daki genel hükümlerin (uygun düştüğü ölçüde) uygulanacağını belirtmektedir. Buna göre alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davası TK 556. maddedeki koşullara tâbidir. Bu dava temelde şirketin tüm zararının ödenmesine yöneliktir; ancak alacaklı hükmedilen tazminattan kendi zararını öncelikle tahsil etme hakkına sahiptir [TK 202 (1e) /556 (2)].

TK 206. maddenin 2. fıkrası uyarınca, davalılar krediden veya benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istenen istem hakkının tanınmadığını *bilerek* söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler.

TK 206. maddedeki dava, 202. maddenin (1e) bendinin *alacaklılara* tanıdığı dava hakkının, verilen talimatlara dayalı bir uygulamasından ibarettir. Burada şu soru sorulabilir: TK 206. maddedeki dava, şirketler topluluğunda hakim şirketin TK 203. madde uyarınca (tam hakim olduğu bir bağlı şirket organlarına, topluluğun belirlenmiş somut politikaları doğrultusunda) verdiği talimatlardan kaynaklanan zararlara ilişkindir. TK 206. maddede 204. maddeye yani hâkim şirketin bu madde kapsamında verdiği *yasak talimatlara* ilişkin bir hüküm yoktur. Acaba yasa koyucu, yasa dışı talimatları sorumluluk kapsamı dışında mı bırakmıştır? Hemen belirtelim ki 206. maddenin 204. maddeye yollama yapmaması alacaklıların bu maddeye aykırı talimatlardan doğan zararlar sebebiyle dava açamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Kanımca yasal talimatlara dayalı zararlar nedeniyle dava hakkına sahip olan alacaklıların, yasaya aykırı talimatlardan kaynaklanan zararlar sebebiyle dava açma olanakları evleviyetle mevcuttur. Bu ikinci grup zararlar için alacaklıların 202 (1c) uyarınca da dava açabilecekleri görüşümdedir. Şu halde, hakim şirketin TK 204. maddeye aykırı olarak verdiği talimatlardan doğan zararları nedeniyle, bağlı ortaklık, onun pay sahipleri ve alacaklıları hakim şirkete ve onun yöneticilerine karşı sorumluluk davası açabilirler. Bu davada TK 202 (1e) yollamasıyla TK 553 vd. deki genel hükümler uygulanır (Bkz.: *Ünal Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, N. 23-148).

Her ne kadar TK 206. madde sadece alacaklıların dava hakkından söz etmekte ise de, TK 206. maddedeki dava hakkı TK 202. maddenin 1. fıkrasındaki hakim şirketin hakimiyet gücünü kötüye kullanmasından kaynaklanan zararın giderimi davasının özel bir türü olduğundan, topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları dışında verilen talimatlardan doğan zararların tazmini için de TK 202(1) hükmünün uygulaması mümkündür. Bu kapsamda bağlı şirket *ortakları* da hakim şirketin yönetim kurulu üyelerine ve hakim şirket tüzel kişisine karşı 202. maddenin (1b) bendindeki koşullarla sorumluluk davası açabilirler.

Verdikleri talimatla bağlı şirketi zarara uğratan ve bu nedenle şirket aleyhine açılan sorumluluk davası sonucunda tazminat ödemeye mahkûm olan hakim şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı da bu şirketin ortakları (ve TK 556.madde kapsamında şirket alacaklıları) tarafından TK 553 vd. daki genel hükümlere göre sorumluluk davası açılabilir.

b) Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması

TK 202. madde, davanın ikinci koşulu olarak bağlı şirketin *kayba uğratılmasını* aramaktadır. Yasa koyucu bu bağlamda bağlı şirketin zarara uğratılması yerine kayba uğratılması, terimini kullanmış, böylece kayıpkelimesine fiili zarardan daha geniş bir anlam yüklemiştir. Kayba uğrama, bağlı şirketin fiili zarar görmeksizin (kazanç sağlayan veya zararı önleyen) malî bir imkânını kullanmaktan mahrum kalmasıdır². Hakimiyetin kötüye kullanılması suretiyle bağlı şirkete verdirilen kayıp, 202 (1a)'da belirtilen varlık, fon, alacak devri, kârın nakli, teminat verilmesi gibi *hukukî işlemlerden* veya tesislerin yenilenmemesi, üretimin kısıtlanması, idame veya gelişime yönelik yatırımlarının sınırlandırılması, bir rüçhan hakkının kullanılmaması gibi *maddi olgulardan* kaynaklanabilir. Bağlı ortaklığa verdirilen kaybın hukukî temeli, onun denkleştirilmesi hususunda seçilecek yöntemin etkinliği bağlamında da belirgin rol oynar. Hukukî işlem kaynaklı kayıplar, işlemin geri alınması ile somut olarak denkleştirilebilir. Buna karşılık bağlı ortaklığın bir ihaleye girmekten alıkonması veya yapması gereken bir iyileştirme yatırımının engellenmesi gibi maddi olgulardan kaynaklanan kayıplarının denkleştirilmesi, kesin hesaplamaların ve somut ölçülerin konusu olamaz.

Aşağıda göreceğimiz gibi, açılacak sorumluluk davalarında davacı zararı kanıtlamak zorunda olduğu için, davalar bağlamında kayıp terimi zarar ile eş anlam ifade etmektedir.

c) Denkleştirme Yapılmamış Olması

Denkleştirme yapılmamış olması sorumluluk davasının olumsuz koşulu-
dur. Denkleştirme, hâkim teşebbüsün bağlı şirketin kaybını kendisine sağladığı bir karşı olanakla gidermesi demektir. Diğer bir anlatımla, TK 202. maddenin (1a) bendinin son cümlesine göre, kaybın aynı faaliyet yılı içinde "*fiilen denkleştirilmesi*" veya en geç faaliyet yılı sonuna kadar kaybın nasıl giderileceği açıklanarak bağlı şirkete eşdeğer hukukî bir istem hakkı tanınmasıdır³.

TK 202. maddenin 5. fıkrası uyarınca bağlı şirketin yöneticileri, hâkim teşebbüsten, bu madde uyarınca pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının hukukî sonuçlarının bir sözleşme ile üstlenilmesini

2 Bkz.: *Tekinalp/Çamoğlu*, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 14.Bası, İstanbul 2012, m. 202* 1 a'daki not.

3 Denkleştirme kavramı ve denkleştirme talebi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: *Tekinalp*, Ser-maye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 23-96 vd.).

isteyebilirler. Yasa bu hükümle bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine muhtemel bir sorumluluktan kurtarılmalarını talep hakkı tanımıştır⁴.

Ortakların ve alacaklıların tazminat davası açma hakkı ancak hâkim şirketçe TK 202 (1a) hükmü anlamında bir denkleştirme yapılmadığı takdirde kullanılabilir⁵.

2. Davanın Niteliği ve Tarafları

a) Davanın Niteliği

TK 202. maddenin (1b) bendinde bağlı *şirket ortaklarına*, (1c) bendinde ise *alacaklılara* özel bir tazminat (sorumluluk) davası açma hakkı tanımıştır. Fıkraya göre davada netice talep “*şirketin zararının tazminidir*”. Yani burada davacı açısından bir *dolaylı zararın*⁶ *tazmini davası* vardır⁷.

Davanın temeli haksız fiile dayalıdır. Ancak hakimiyet bir sözleşmeyle kurulmuşsa ve hakim ortağın eylemi bu sözleşmeyi ihlâl ediyorsa, açılacak dava o sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılabilir⁸.

b) Davacılar

Dava, bağlı şirketin *pay sahipleri* ve *alacaklıları* tarafından açılabilir. Alacaklıların bu madde kapsamında açacakları sorumluluk davasında, şirketin iflas etmiş olması ön koşulu aranmaz (TK 202 (1c)). Bu noktada Yasa, alacaklıların anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilmeleri için şirketin iflas etmiş olması koşulunu arayan TK 556. madde hükmünden

4 *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar I*, s. 433 N. 622 b; *Tekinalp/Çamoğlu*, TTK ve Ticari Mevzuatı, m. 202 No: * 5

5 Gerek *kayıp* gerekse *denkleştirme* kavramı her ikisi de uygulamada güçlükler yaratacak soyut kavramlardır. Kaybın boyutunun kanıtlanması ve saptanması çok güç olduğu gibi özellikle bağlı ortaklığın kaçırdığı fırsatın karşılanması bağlamında denkleştirme adına yapılan işlemin kaybı karşılamaya yeterli olup olmadığı da her zaman tartışılabilir.

6 Kavram için bkz.: *Ersin Çamoğlu*, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu , 3. Bası, İstanbul 2010, s. 128 vd.

7 *Eriş*, 202. maddenin 1. fıkrası kapsamında hem doğrudan hem de dolaylı zararların talep edilebileceği görüşündedir (Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, m.202 s.2012).

8 *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 23-102; *Gül Okutan Nilsson*, şirketler topluluğunda hakim şirketin, bağlı şirkete ve onun ortaklarına karşı (sınırlı) bir sadakat yükümü altına girdiği, sadakat yükümünün ihlâlinin ise sözleşmesel sorumluluk doğurduğu görüşündedir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 391).

ayrılmıştır. Alacaklıların TK 202 (1c) hükmü uyarınca açacakları dava, niteliği itibariyle bir *dolaylı zararın tazmini* davasıdır; davada alınacak tazminat şirkete ödenir. Ancak davacı TK 202. maddenin (1e) bendine yaptığı yollama nedeniyle uygulama olanağı bulan TK 556. madde uyarınca, hükmedilen tazminattan kendi alacağını öncelikle tahsil etme olanağına sahiptir.

Yasa, TK 202. madde kapsamında bağlı şirkete dava hakkı tanımamıştır. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin sebebi “*hukukî gerçekçilik*” olarak açıklanmaktadır. Hukukî gerçekçilik ile uygulamada bağlı şirket yönetim kurulunun bu davayı açmasının güçlüğüne işaret edilmekte; amacın bağlı şirket yönetim kurulu ile hakim şirketin karşı karşıya gelmesini önlemek olduğu vurgulanmaktadır. Ancak nazarî olarak bağlı şirketin hakim şirkete karşı genel hükümlere göre haksız fiile dayalı (BK 49) bir dava açmasına engel yoktur⁹.

c) Davalar

Genel hükümden farklı olarak, bu dava kusurlu yönetim kurulu üyeleri¹⁰ ile birlikte hâkim şirkete karşı açılmaktadır.

Ticaret Kanunumuz TK 202. madde bağlamında şirketler topluluğunda tepe hakim ortak ve ara hakim ortak ayrımı yapmamıştır. Bu nedenle sorumluluk davasının, bağlı ortaklığa karşı hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanılan ya da bu eyleme katkısı olan tüm hakim şirketlere karşı açılabileceği inancındayım¹¹. Zarara ortak eylemle neden olan hakim şirketler zincirleme sorumluluk altına girerler¹².

TK 202. maddenin 1. fıkrasının (e) bendine göre pay sahiplerinin ve alacaklıların açacakları sorumluluk davalarına kıyas yolu ile TK 553 vd. daki (anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin) genel hükümler uygulanır. TK 553 vd. hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması, TK 202 ve devamı maddelerde düzenlenmemiş olan konuların uygun düştüğü ölçüde anılan hükümlerle doldurulması demektir.

⁹ *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 23-113; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar I, s. 435 N. 622 f.

¹⁰ TK 202. maddenin (1b) bendindeki yönetim kurulu terimi şirketler topluluğu kapsamında limited şirkette müdürleri, paylı komandit şirketlerde yönetici komanditeleri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını, gerçek kişilerde hakim teşebbüsün yöneticisini ifade eder.

¹¹ Bkz. ve karşı: *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 203-105.

¹² *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 357.

d) Kusurlu Sorumluluk ve Teselsül

TK 553. madde yönetim kurulu üyeleri için *kusurlu sorumluluk* öngörmektedir. TK 202. maddenin (1b) bendi de “*hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden*” ibâresi ile hem eylemle kayıp (zarar) arasındaki *nedensellik bağına* kanımca hem de *kusura* işaret etmektedir.

Yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu olan hâkim şirket tüzel kişinin sorumluluğuna gelince; Bilindiği gibi yönetim kurulu anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır. Yönetim kurulu üyeleri ise organ-üyelerdir¹³. Organların hukuka uygun olsun olmasın tüm işlem ve eylemleri anonim şirkete izafe olunur ve şirketi bağlar [TK 371; MK 50 (2)].

Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin TK 202 (1b) hükmü kapsamındaki bağlı şirketin kayba uğramasına neden olan eylemlerinden hâkim şirket tüzel kişisi de sorumlu tutulmuştur.

TK 202 maddenin (1e) bendinin atfı sebebiyle sorumlu yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluğu TK 557. madde uyarınca kusuru oranına göre; diğer bir anlatımla, üyelerin her birinin sorumluluk miktarı *farklaştırılmış teselsül* ilkesi uyarınca belirlenecektir¹⁴. Buna karşılık hâkim şirket uğratılan kaybın tamamından sorumludur.

e) Kanıt Yükü ve Özen Yükümü

TK 553. madde uyarınca davalının kusurunu ve bağlı şirketin uğradığı kaybı (zararı) kanıtlama yükü davacıdadır. Bilindiği gibi gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayan yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulur. TK 202. madde (1d) bendinde, bu madde kapsamında yönetim kurulu üyelerine “özen yükümlülüğünü yerine getirdiklerini kanıtlamak için genel ilke dışında nesnel bir ölçütten yararlanmak olanağını tanımaktadır. Fıkraya göre “*Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatini dürüstlük kurallarına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yönetici özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde tazminata hükmedilemez*”. Yasa koyucu 202 (1d) hükmünde, TK 369. maddedeki “*işadamı-gibi –karar verme*” ölçütünü¹⁵ somutlaştırmıştır. Belirtmek isterim ki

¹³ Bkz.: Çamoğlu, Sorumluluk 40 vd.

¹⁴ Karş. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 23-26.

¹⁵ Bkz.: Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 379 N. 579 vd.

yönetim kurulu üyelerinin TK 202 (1d) kapsamında özen yükümünü yerine getirdiklerini kanıtlamaları şirketi de sorumluluktan kurtarır.

f) Yetkili ve Görevli Mahkeme

Sorumluluk davasında yetkili mahkeme hâkim teşebbüsün merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Eğer hâkim teşebbüsün merkezi yurt dışında ise tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır (TK 202 (1e)).

Görevli mahkeme TK 202 (1e)'de belirtildiği üzere ve TK 4 (1a) uyarınca asliye ticaret mahkemesidir.

g) Hüküm

TK 202. maddenin (1b) bendi, tazminat davasına bakan hakime çok kapsamlı bir takdir yetkisi tanımıştır. Fıkraya göre: “Hakim *istem üzerine veya resen* somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre *davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir*”.

Görüldüğü gibi madde yargıca somut olayda hakkaniyete uygun düştüğü takdirde tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirkete satın alınmasına resen dahi karar verebilme yetkisini tanımaktadır. Hakimin *talep olmaksızın* resen davacının hissesinin satın alınmasına ve bu suretle şirketten *çıkmasına* karar verirken takdir yetkisini maddenin amacına ve menfaatler dengesine göre özenle kullanması gerekir. TK 202. maddenin 1. fıkrasındaki davanın asıl amacı bağlı şirketin kaybının giderilmesidir. Ortağın hisselerinin satın alınmasını ve bu yolla şirketten çıkmayı talep etmesi halinde sorun yoktur. Ancak hakim bu seçeneğe *resen* karar verecekse, maddenin koyduğu “*somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse*” ölçütünü özenle uygulaması gerekir. Bu bağlamda sadece davacının veya davacıların paylarını satın alınarak şirketten çıkarılmasının halin büyük çoğunluğunda bağlı şirketin uğradığı kaybı gidermeyeceği ve bu nedenle de somut olayda hakkaniyete uygun düşmeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle yargıcın davacının hissesinin satın alınmasına resen karar verme yetkisini çok istisnai hallerde kullanması gerektiği görüşümdedir. Buna karşılık (koşulları varsa) yargıcın bağlı şirketin bütün paylarının satın alınmasına karar vermesi seçeneğinin somut olay adaletine daha uygun düştüğü söylenebilir. Bu takdirde hakim şirket sebebiyet verdiği tüm zararı üstlenmiş olur.

TK 202 (1b) hükmü hakime tanıdığı çok geniş takdir yetkisi kapsamında bağlı şirkete ödenecek tazminat yanında ayrıca davacının hissesinin satın alınması yolu ile şirketten çıkmasına karar verebilme olanağını da tanımaktadır. Somut olay adaletine ve davacının da isteğine uygun düşüyorsa hakim bu ya da benzeri karma bir çözüme de karar verebilmelidir.

Yargıç istem üzerine veya takdir hakkı kapsamında resen davacının hislerinin hâkim şirketçe satın alınmasına karar verirse, bu karar *yenilik doğuran bir hükümdür*. Davacı kararın kesinleştiği tarihte hissesini devrederek şirketten çıkmış sayılır ve kendisine hissesinin bu tarihteki gerçek değeri ödenir¹⁶. Bu değer hissenin şirketler topluluğu içindeki *yaşayan piyasa değeridir*.

II. Haklı Bir Sebebi Bulunmaksızın Hakim Gücün Kullanılması Sonucu Gerçekleştirilen (ve Haklı Sebebi Bulunmayan) Önemli İşlemlerden Doğan Zararlar Nedeni ile Sorumluluk Davası

TK 202. maddenin 2. fıkrası, şirketler topluluğunda hakim gücün hukuka aykırı kullanılması sonucu bağlı şirketin gördüğü zararın tazmini için koşulları ve hukukî sonuçları farklı ikinci bir sorumluluk davası daha öngörmüştür. Yasa koyucu şirket yaşamında köklü değişiklikler yapan bazı işlem ve kararları bu fıkra düzenlediği davaya temel itiraz etmiştir. Bunlar 2. fıkra sayılan *birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkûl kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleridir*. Fıkra sayılan örnekler sınırlayıcı değildir. Bunlara esas sözleşmede yapılan genel kurul toplantı ve karar nisaplarına, imtiyaz verilmesine ve pay devirlerine sınırlama getirilmesine ilişkin değişiklikleri ekleyebiliriz. Sonuçta maddede sayılanlar dışındaki işlem ve kararların davaya temel olacak önem düzeyinde olup olmadıklarını hakim takdir edecektir.

¹⁶ TK 202. maddenin 2. fıkrasında ortağın payının satın alınması yoluyla şirketten çıkmayı talep etmesi halinde kendisine ödenecek bedelin “*karara en yakın tarihteki değer*” olacağı yolunda özel hüküm vardır. Buna karşılık 1. fıkradaki davada hakimin talep üzerine veya resen payların hakim şirketçe satın alınmasına karar vermesi halinde sözü geçen özel hükmeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte dava sürecindeki pratik zorunluluk, en yakın tarihteki değeri işaret etmektedir. Nitekim bu gerçeği göz önünde tutan yasa koyucu, TK 531. maddedeki haklı sebeple fesih davasında yargıcın takdir yetkisi kapsamında davacının payını alarak şirketten çıkmasına karar vermesi halinde de bu değer “*karar tarihine en yakın tarihteki değer*” olacağını açıkça belirtmiştir.

1. Davanın Koşulları

a) *Hakim Gücün Kullanılması Yoluyla Bağlı Şirket Açısından Hayati Önem Taşıyan Bir Karar Alınması ya da İşlem Yapılması.*

TK 202. madde 2. fıkrasında, örnek verilen işlem ve kararların bağlı şirket açısından hayati önem taşıdığını kabûl etmiştir. Bu işlemler açılacak sorumluluk davasına temel oluştururlar. Verilen örnekler dışında kalan diğer işlemler ve önemli esas sözleşme değişikliklerinin TK 202(2)'deki davaya temel olup olamayacağı ise yargıcın takdirine tâbidir.

Görüldüğü gibi, TK 202. maddenin 2. fıkrasındaki, genel kurulca veya mevzuatın verdiği imkanla yetkili kılınan (kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı, imtiyazlı ve primli hisse çıkarma kararı ya da rüçhan haklarının sınırlandırılması gibi) yönetim kurulu tarafından alınan kararlar şirketin varlığını dolayısıyla ortakların menfaatlerini etkileyen yapısal değişik yaratan kararlardır. Önemli esas sözleşme değişiklikleri arasında ise sermayenin artırılması veya azaltılması, imtiyaz oluşturulması veya kaldırılması, toplantı ve karar nisaplarında yapılan değişiklikler sayılabilir.

Şirketin feshi kararının bu kapsama gireceği kuşkusuzdur. Kâr dağıtımı (veya dağıtılmaması)¹⁷ kararının ise kapsamı, sürekliliği ve şirketin malî durumu gibi somut koşulların TK 202(2) hükmü ışığında yargıç tarafından değerlendirilmesi gerekir.

b) *İşlemin Bağlı Şirket Bakımından Açıkça Anlaşılabilir Haklı Bir Sebebinin Bulunmaması*

Alınan kararın “bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebinin bulunmaması” koşulu doğrudan doğruya öngörülen işleme özgü bir niteliktir. Burada haklı sebep terimi teknik anlamda kullanılmamıştır. Madde-deki “açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan” ibaresi topluluk ve özellikle bağlı şirket açısından zorunlu ve hatta gerekli olmayan anlamında kullanılmıştır. Diğer bir anlatımla, işlemin açıkça anlaşılabilir haklı sebebinin bulunmaması, amaçlanan işlemin bağlı şirkete hiçbir yarar getirmeyeceği, büyük olasılıkla zarar vereceği ve topluluk açısından da böyle bir işlemin yapılmasında zorunluluk bulunmadığı anlamına gelmektedir. Yasa koyucu, TK 202. maddenin 2. fıkrasındaki bu davanın açılabilmesi için hakim ortağın güç uygulayarak aldıracağı (bağlı şirkete hiçbir yarar sağlamayan) bu kararın, bağ-

¹⁷ Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 302 vd, 304, 398.

lı şirket açısından açıkça anlaşılabilir ve bir haklı nedeninin bulunmamasını yeterli görmüş, işlemin ayrıca pay sahipleri açısından da öznel bir haklı sebep oluşturmasını aramamıştır.¹⁸ Diğer bir anlatımla amaçlanan işlemin bağlı şirket açısından bir haklı sebebe dayanmaması, ortakların dava hakları açısından yeterli görülmüştür.

Ancak şirket açısından bu işlemin yapılması ya da kararın alınması gerekli ise, yasanın deyimi ile haklı bir gerekçeye dayanıyorsa dava reddedilir. Bu husustaki kanıt yükü davacıya aittir.

c) Zarar

Hakim gücün kullanılması sonucu bağlı şirketin yaptığı işlem ya da aldığı karar pay sahiplerine zarar vermiş olmalıdır. Burada söz konusu olan pay sahiplerinin şirketin zararından bağımsız olarak gördükleri *doğrudan doğruya* zarardır¹⁹. Davacı ortak zararını kanıtlamakla yükümlüdür.

Buna karşılık ortaklarca açılacak payın satın alınması talepli davada, zararın somut olarak kanıtlanmasına gerek yoktur²⁰.

2. Davanın Tarafları

a) Davacı

TK 202(2) dava hakkını bağlı şirketin *pay sahiplerine* tanımıştır²¹. Pay sahiplerinin dava açabilmeleri için eğer işlem bir genel kurul kararı ise bu karara olumsuz oy verip, muhalefetini zapta geçirtmiş; dava yönetim kurulu kararından kaynaklanıyorsa karara yazılı olarak itiraz etmiş olmaları gerekmektedir.

b) Davalı

Dava hâkim teşebbüse karşı açılır²².

18 Farklı bir yorum için bkz.: *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 310.

19 Bkz.: *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 398.

20 *Okutan Nilsson*, pay sahiplerinin bu madde kapsamında dolaylı zararları da dava edebilecekleri görüşündedir. (Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 406,407). Dolaylı zararların talep edilebilmesi özel hükmü gerektirdiği için, bu görüşü paylaşma olanağı yoktur.

21 TK 202. maddenin 2. fıkrasındaki davada şirket alacaklılarına dava hakkı tanınmamıştır.

22 Hâkim teşebbüs anonim veya limited şirket ise, TK 202(2) uyarınca şirketlerine karşı açılan davaya yönetim organının bir kararı neden olmuşa, bu davanın kaybedilmesi halinde hakim

c) Davanın Niteliği, Sonuçları ve Teminat

TK 202(2) de düzenlenen dava, işlem ve kararlardan zarar gören pay sahiplerinin *doğrudan zararlarının giderilmesine* yönelik bir tazminat davasıdır. Ancak yasa, TK 202(2)'de bir *seçimlik dava* öngörmüştür. Davacı gördüğü zararın giderilmesine veya “*paylarının mahkemece belirlenecek bir değerle davalı hakim teşebbüs tarafından satın alınmasına*” karar verilmesini talep edebilir. Bu değer payların varsa en az borsa değeri, böyle bir değer yoksa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa gerçek değerdir. Mahkeme genel kabûl gören bir yöntemle belirlenecek değere de hükmedebilir. Gerçek değer, payların mahkeme kararına en yakın tarihteki verilere göre belirlenecek piyasa değeridir.

Dava açıldığında, mahkeme davacıların muhtemel zararlarına, satın alma davasında ise payların satın alma değerini karşılayan tutardaki bir paranın belirleyeceği bir bankaya *teminat olarak* mahkeme adına yatırılmasına karar verir. Yasa bu konuda genel kuraldan farklı olarak teminata hükmedilmesini hakimnin takdirine bırakmamış, zorunlu kılmıştır. TK 202. maddenin 3. fıkrası teminatın cinsini de belirlemiş, *para* olmasını öngörmüştür. Kanımca fıkradaki para sözcüğü, hemen paraya çevrilebilen (devlet tahvili, hazine bonosu gibi likit) değerleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır²³.

şirketin ortakları (ve iflas halinde alacaklıları) yönetim kurulu üyelerine veya müdürlere karşı TK 553 vd. hükümlerine göre bir sorumluluk davası açabilirler.

- 23 TK 202(3) hükmüne göre 2. fıkradaki dava açılınca, davacıların muhtemel zararlarını veya paylarının satın alma değerini karşılayan tutardaki paranın *teminat* olarak, belirlenecek bir bankaya mahkeme adına yatırılmasına karar verilir. Teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz.

Bu hükmün menfaatler dengesine uygunluğu tartışılabilir. Davanın açılması üzerine kararların uygulanmasının kendiliğinden durması, kanımca menfaatler dengesini davalı hakim ortaklığın aleyhine bozmuştur. Gerçi 3. fıkranın son cümlesi davalı hakim teşebbüse de bu riski dengeleyecek bir talep hakkı tanımaktadır: Buna göre, davalı kötü niyetle açılan dava nedeniyle gördüğü zararın müteselsilen tazminini isteyebilir ve bu bağlamda göreceği muhtemel zararlar sebebiyle davacıardan *karşı teminat* yatırmalarını talep edebilir. Davalının karşı teminat talebi davanın kötü niyetle açılmış olması koşuluna ve yargıcın takdirine tabidir. Karşı teminat talebi olanağı yargıcın takdirine bağlı olduğu ve davacıları da çoğu kere güçlerini aşan bir yük altında bırakarak dava hakkını kısıtladığı için menfaatler dengesine sağlamaya yeterli değildir. Kanımca yasa koyucunun bu konuda dava açılınca uygulamanın durması, tâbir caizse tedbirin kendiliğinden devreye girmesi yerine, teminatı ve tedbiri yargıcın takdirine bırakan (anonim şirket genel kurul kararlarına karşı açılan iptal davalarında olduğu gibi: TK 448 (3),449) klasik sistemi muhafaza etmesi daha doğru olurdu.

Davacının alınan genel kurul veya yönetim kurulu kararının butlanını (TK 391,447,622) ya da TK 445. madde uyarınca genel kurul kararının iptalini talep etme hakları saklıdır.

TK 202(3) gereğince, teminat yatırılmadığı takdirde genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiç bir işlem yapılamaz. TK 202(3) bu hükümlerle bir yasal tedbir getirmektedir. Dava açılması ile hakim gücün kullanılması sonucu alınan genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının uygulanması kendiliğinden durur. Yasanın ifadesi ile, bu kararlara ilişkin hiçbir işlem yapılamaz. Bu tedbir ancak mahkemece belirlenecek teminatın yatırılması ile kalkar.

Buna karşılık davalı teşebbüs de açılan davanın kötü niyete dayanması halinde, mahkemedен uğraması muhtemel zararların güvencesi olarak davacının teminat yatırmasını talep edebilir. Bu teminatın gerekliliği, miktarı ve türü hakim tarafından takdir edilir.

d) Zamanaşımı

Tazminat veya payların satın alınmasını istem davası, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilân edildiği tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar. Eğer davaya temel olan yönetim kurulu kararı tescil ve ilâna tâbi değilse zamanaşımı davacının kararı öğrendiği tarihten başlar.

3. Payın Satın Alınması Yoluyla Çıkma

Ortak TK 202(2) uyarınca açtığı davada payının hâkim teşebbüs tarafından satın alınmasını talep etmiş ve dava mahkemece kabûl edilmişse, hükmün kesinleşmesi ile ortaklıktan çıkmış olur. Mahkeme kararı bozucu yenilik doğuran hüküm niteliği taşır.

TK 202(3)'teki özel hüküm uyarınca payın satın alma bedeli karara en yakın tarihteki değeridir. Yukarıda da vurguladığım gibi TK 202 f.2 uyarınca bu değer, payın varsa en az borsa değeri, borsa rayici yoksa veya bu bedel hakkaniyete uygun düşmüyorsa gerçek değer veya mahkemece atanacak uzman bilirkişilerce genel kabûl gören bir yöntemle belirlenecek bedeldir. Gerçek değer, payın şirketler topluluğu içindeki *yaşayan piyasa değeridir*²⁴. Yargıç,

²⁴ *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 21-27, 21-54; *Nihat Taşdelen*, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, İstanbul 2009, s. 161. *İsviçre Federal Mahkemesi* 26.07.1994 tarihli kararında (BGE 120 II 259 s.260-266), anonim ortaklıklarda bir ortağın ölümü üzerine nama yazılı payların satın alınması hakkının kullanılması halinde [Karş: İsvBK 685 b/TK 493(4), ETK 418/IV] belirlenecek gerçek değer, payın *yaşayan işletme içindeki değeri* olması gerektiğine karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için: *Necdet Uzel*, Nama Yazılı Payların Satın Alma Teklifinde Bulunma Hakkına Konu Olması Halinde Gerçek Değer ve Faizin Tespiti İle Kâr Payının Mahsup Edilmesine Dair

maddede sayılan değer belirleme seçeneklerinden, somut koşullarda en adil olanını seçme hususunda takdir hakkına sahiptir²⁵.

TK 202(2) kapsamına giren bir kararın uygulanmasından diğer bir deyişle zararın oluşumundan önce butlan veya iptal davası açılmış ve kararın uygulanması tedbirle durdurulmuşsa, bu dava sonucunda verilecek hüküm, TK 202 (2) uyarınca açılacak davanın sonucunu etkiyeceği için *bekletici mesele* yapılmalıdır (HMK. m 165).

İlkeler, Prof. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İÜHF M C. LXXI, Sa. 2, s.555 vd.) Bu konuda TK 141(1), 493 (5) ve özellikle 641 (1) hükümlerinin gerekçelerine de bakınız.

25 *Okutan Nilsson*, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 411, *Yusuf Z. Sönmez*, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s.119,207

KAYNAKÇA

- ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, C.I. İstanbul, 2014.
- ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, 3. Bası, İstanbul, 2010.
- ERİŞ Gönen**, Gereççeli, Açıklamalı, İçtihatlı, 6335 Sayılı Kanunla Güncelleştirilmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.II m. 52-416, Ankara, 2013.
- KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, İstanbul, 2011.
- OKUTAN NİLSSON Gül**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009.
- PULAŞLI Hasan**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2011.
- SÖNMEZ Yusuf**, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2009.
- TAŞDELEN Nihat**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih, İstanbul, 2009.
- TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013.
- TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, Güncelleştirilmiş 14.Bası, İstanbul, 2012.
- UZEL Necdet**, Nama Yazılı Payların Satın Alma Teklifinde Bulunma Hakkına Konu Olması Halinde Gerçek Değer ve Faizin Tespiti İle Kâr Payının Mahsup Edilmesine Dair İlkeler, Prof. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İÜHFİM C. LXXI, Sa. 2, s.555 vd.

Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk

Doç. Dr. Gül Okutan NILSSON*

Değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Oğuz İmregün için hazırlanan saygı gününde ve onun için çıkarılan bu armağanda, değerli hocamın eski bir öğrencisi olarak katkı sunmaktan onur duyuyorum. Oğuz Hocamızın İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği, ilgiyle izlediğimiz ticaret hukuku dersleri kadar, bilimsel yayınları da bizim için yol gösterici olmuştur. Hocamın yayınlarında kullandığı yalın ve aydınlık ifade tarzı ve sistematik, eserlerinin hukuk öğrencileri tarafından temel başvuru kaynağı olarak benimsenmesini sağlamıştır. Hocamızın “*Anonim Ortaklıklar*”, “*Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*” gibi temel eserleri yanında, “*Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunun Telif Çareleri*”, “*Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Anahatları*” gibi monografileri ve sayısız makaleleri de bilimsel araştırmalarımızda yararlandığımız değerli kaynaklardır. Bize yol gösteren, ışık yakan bilimsel eserleri ve biz öğrencilerini yetiştirmekteki kıymetli emeği için sevgili Oğuz İmregün Hocama en içten teşekkürlerimi ve hürmetlerimi sunuyorum.

Bu armağanı hazırlayarak Oğuz İmregün Hocamıza saygılarımızı sunmamıza fırsat veren değerli Hocam Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a da, bizi bu güzel çalışmaya ortak ettiği için teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

I. Giriş

Konu üç bölümde incelenecektir. Öncelikle medeni hukuk açısından güven sorumluluğu kavramının kabulüne yol açan nedenler açıklanacaktır. Zira güven sorumluluğu, öncelikle bir medeni hukuk kavramıdır. Medeni hukukta

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

bu sorumluluk kaynağının kabul edilmesine yol açan ihtiyaçlar ve kavramın yorumlanış şekli, ticaret hukuku açısından da yol göstericidir.

İkinci olarak, Ticaret Kanunu'nun 209. maddesindeki şirketler topluluğundaki güven sorumluluğuna kaynak teşkil eden İsviçre hukuku prensipleri ele alınacaktır. İsviçre hukukunda şirketler topluluğunda güven sorumluluğu bazı Federal Mahkeme kararları çerçevesinde oluşturulmuştur. Bu kararlardan en önemlisi olan Swissair kararı bizim Kanunumuzun gerekçesinde de anılmıştır. Bu nedenle, hukukumuz açısından mehzaz teşkil eden İsviçre hukukunda şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun ilkeleri incelenmelidir.

Son olarak, bu temel ilkeler ortaya konulduktan sonra bu ilkeler ışığında kanunumuzdaki hükmün değerlendirilmesine geçilecek ve şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun koşullarının nasıl sistematize edilebileceği irdelenecektir¹.

II. Medeni Hukuk Açısından Güven Sorumluluğu Kavramı

Medeni hukuk açısından öncelikle güvenden doğan sorumluluk kavramına neden ihtiyaç duyulduğu ve bu kavramın hangi işlevi gördüğü sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabı, borcun kaynakları açısından yapılan nitelendirme ile ilgilidir. Borçlar Kanunumuzda borç ilişkisinin kaynakları klasik üçlü ayrıma dayandırılmaktadır: Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, haksız fiilden doğan borç ilişkisi ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisi. Bu temel kaynakların yanında, çeşitli kanunlarda birçok özel sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. Ancak ne klasik üçlü ayırım, ne de kazuiistik yöntemle sorumluluk belirleme yolu gerçek hayatta karşımıza çıkan ilişkilerin renkliliği karşısında yeterli çözüm olmuş ve ilave sorumluluk kavramlarına ihtiyaç duyulmuştur. İşte güven sorumluluğu kavramı, özellikle sözleşme sorumluluğuyla haksız fiil sorumluluğu arasında kalan gri alanda işlev görmektedir. Şöyle ki, taraflar arasında bir sözleşme mevcut olmamasına rağmen, onları bir araya getiren özel bir yakınlığın var olduğu hallerde haksız fiil hükümleri tatmin edici çözümler sunamamakta, bu nedenle de bu kavrama başvurulmakta-

¹ Şirketler topluluğunda güven sorumluluğu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yılmaz, A. Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010; Aker, "Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme", AÜHFD 2008, C.57 Sa.4 [1-97]; Okutan Nilsson, G. TTK Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 447vd.

dır². Bu bağlamda güven sorumluluğu, ne sözleşmeye ne de kanuna aykırı bir fiilin bulunduğu hallerde, salt dürüstlük kuralına dayalı davranış yükümlerine aykırılık temelinde ortaya çıkmaktadır.

Güvene dayalı bir sorumluluktan bahsedilebilmesi için, taraflar arasında bir sözleşme olmamasına rağmen, yine de bir güven ilişkisinin varlığına yol açabilecek bir yakınlık (“özel bağ”) veya bir işlem düşüncesi nedeniyle oluşan bir temas (“işlemsel temas”) bulunması aranmaktadır³. Aksi durumda, yani taraflar arasındaki ilişkinin rastlantısal bir karşılaşmadan öteye gitmemesi halinde, haksız fiil kurallarının uygulanması ile yetinilecektir⁴. Buna karşılık taraflar arasında zaten bir sözleşme varsa, o takdirde tarafların ilişkisi ve birbirlerine karşı talepleri aralarındaki sözleşmeye göre belirlenecek ve güven sorumluluğu uygulanmayacaktır⁵.

Öyleyse güven sorumluluğu, aralarında bir sözleşme olmayan, ancak güven ilişkisi doğurabilecek bir temas içerisinde bulunan kişiler arasında söz konusu olabilir. Bunun yanısıra, güven sorumluluğunun doğması için aranan unsurlar şöyle sıralanabilir⁶: Üçüncü kişide güven uyandırabilecek aktif veya pasif davranışlarda bulunması ve bu davranışların güvenilen kişiye isnat edilebilmesi; üçüncü kişinin iyiniyetli ve duyduğu güvenin haklı olması, diğer bir deyişle kendisinden beklenebilecek objektif özen ve dikkati göstermiş olması; üçüncü kişinin bu güvene dayanarak bir tasarrufta bulunması, yani duyduğu güvenin kendi davranışlarına etki etmesi; güvenilen tarafın, kendi üzerine düşen koruma yükümlülüğünü veya kendisinden beklenen davranışı kusurlu olarak ihlal etmesi ve bu ihlal nedeniyle bir zararın oluşması. Ayrıca sorumluluğun makul ölçülerle sınırlandırılması açısından, güvenilen kişinin kendi davranışlarının sonuçlarını öngörebilir olması da gerekmektedir. Diğer bir deyişle, davranışları ile güven uyandıran ve zarar vermeme borcu altına giren kişinin, kime karşı böyle bir borç altına girdiğini, yani sorumluluğunun

2 Yılmaz, s. 22-23; Okutan Nilsson, s. 447 vd;

3 Loser, P. Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, N. 174, s. 207; Brechbühl, B. Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998, s. 52; Burg, B. / von der Crone, H.C., Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 5/2010, s. 417, 419; Demircioğlu, H. R. Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s. 134 vd, 182; Kırca, Ç. Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 119, Yılmaz, s. 77vd, s. 80 vd; Okutan Nilsson, s. 459 vd.

4 Burg / von der Crone, s. 419; Yılmaz, s. 77vd, s. 80 vd; Okutan Nilsson, s. 459vd.

5 Burg / von der Crone, s. 419 ve orada atf yapılan İsviçre Federal Mahkemesi kararları.

6 Yılmaz, s. 74vd, Okutan Nilsson s. 455vd.

sınırlarını bilebilmesi gerekmektedir⁷. Kişi ancak özel bir yakınlık ve işlemsel temas içinde bulunduğu kişilere karşı özel bir davranış yükümü altına girebilir. Aksi durum, güven sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğunu bertaraf edecek şekilde genişletilmesi ve altından kalkılamayacak ağırlıkta bir sorumluluğun yaratılması anlamına gelirdi.

III. İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğuna Güven

İsviçre hukukunda, şirketler topluluğuna güven konusu, Federal Mahkeme'nin verdiği bazı kararlar nedeniyle önem kazanmış ve tartışılmıştır. Bu kararların verildiği davalarda, özellikle şirketler topluluğu bağlamında ana şirkete duyulan güven nedeniyle ana şirketin sorumluluğunun iddia edildiği haller incelenmiştir.

Federal Mahkeme bazı hallerde ana şirketin, yavru şirketlerle işlem yapan üçüncü kişilerde güven uyandırdığını ve bu güven nedeniyle bazı somut davranış yükümleri altına girdiğine hükmetmiştir. Federal mahkemenin, güvene dayalı sorumluluğun varlığına hükmettiği ilk kararları çok eleştiri almış ve mahkeme sorumluluğun şartlarını giderek daha sıkı koşullara tabi tutmuştur.

Bu kısımda, İsviçre Federal Mahkemesinin *Swissair*, *Motor-Columbus* ve *Omni Holding* kararları açıklanacak ve bu kararlar sonucunda varılan ilkelere vurgulanacaktır.

A. *Swissair* Kararı

Swissair kararına⁸ konu olan olayda, *Swissair* grubuna bağlı olarak 1987 yılında kurulan *IGR Holding Golf and Country Residences AG* adında bir şirket, lüks konaklama yerleri inşa ederek bunları bir nevi devremülk gibi kullandırma vaadiyle üyelik satmaya başlamıştır. Çeşitli gerçek ve tüzel kişiler Şirkete 30.000 ilâ 90.000 İsviçre Frangı arasında bedel ödeyerek 40 yıl süreli üyelik sahibi olmuşlardır. Şirket, 1989 yılında üyelerine gönderdiği bir yazı ile, kısa süre sonra *Euroactividade AG* adlı bir şirketin yavru ortaklığı olarak faaliyetlerine devam edeceğini, *Swissair*'in de bu ortaklıkta bir azınlık hissesi olacağını ve yönetim değişikliği ile birlikte işletme konseptinde ve sunulacak hizmetlerde değişikliğe gidileceğini üyelerine bildirmiştir. Bu arada,

7 Loser, N. 227; Walter, ZBJV 1996, s. 294; Kırca, s. 199-200; Serozan, R. Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 719; Okutan Nilsson, s. 461-462.

8 BGE 120 II 331.

konsept değişikliğinin üyelerle yapılan sözleşmede değişiklik anlamına geleceği vurgulanarak üyelerin bu değişikliğe onayı istenmiştir. Birkaç ay sonra üyelere gönderilen bir mektupta şirketin el değiştirdiği ve yeni çalışmalara başlandığı duyurulmuştur. Ancak Mart 1990'a gelindiğinde şirket, istenilen konsept değişikliğinin gerçekleştirilemediğini, bu durumda üyelerin üyelik bedellerinin faiziyle kendilerine geri ödenmesine karar verildiğini üyelere bildirmiştir. Bildirime rağmen anılan para iadesi yapılmayınca, 90.000 İsviçre Frangı ödeyerek üyelik satın almış olan Wibrü AG, Swissair'e başvurmuştur. Swissair ise, şirketin, Mayıs 1989'dan beri Euroactividade AG'nin %100 yavru ortaklığı olarak faaliyet gösterdiğini, ayrıca bu arada şirketin iflasının açılmış olduğunu bildiren bir yanıt vermiştir. Bunun üzerine Zürih Ticaret Mahkesinde Swissair'i dava eden Wibrü AG, bu davayı kaybedince temyize başvurmuştur.

Olayda davacı, Swissair'e karşı olan talebini, üçüncü kişinin fiilini taahhüt (İBK 111, TBK 128), *culpa in contrahendo*, çelişkili davranış yasağı, haksız fiil gibi çeşitli gerekçelere dayandırmıştır. Bu iddiaları değerlendiren Federal Mahkeme, üçüncü kişinin fiilini taahhüt iddiası ile ilgili olarak, şirketin reklamlarında Swissair adının ve logosunun kullanıldığını, reklam broşürlerinde, şirketin "bir Swissair iştiraki" olduğu, Swissair'in şirketin "arkasında durduğu", şirketin "bağımsız bir tüzel kişilik olmasına rağmen ana ortaklığın işletmecilik ilkelerine bağlı olarak faaliyet gösterdiğini", "bu durumun şüphesiz şirketin yönetimine ve güvenilirliğine etki ettiği" gibi ifadeler bulunduğunu, bu ifadelerin Swissair'in bilgisi ve mutabakatı dahilinde reklam broşürlerine koyulması sebebiyle bunların Swissair'e atfedilebilir olduğunu, *ancak bu ifadelerden, Swissair'in, yavru şirket tarafından borçlanılan edimlerin yerine getirilmesini sağlama anlamında bir garanti taahhüdü altına girdiği sonucunun çıkartılamayacağına hükmetmiştir*⁹. Haksız fiil iddiası da, kanuna aykırı bir fiil bulunmaması sebebiyle reddedilmiştir.

Buna karşılık, ana ortaklığın davranışlarının bir güven sorumluluğuna yol açabileceğini belirten mahkeme, "*culpa in contrahendo*" sorumluluğunda olduğu gibi, *ana şirketin, yavru şirketin iş ortaklarına karşı yaptığı açıklamaların onlarda bir güven uyandırması durumunda, sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında doğan hukuki özel ilişkiye benzeyen bir ilişkinin doğduğunu ve bu ilişkinin taraflara dürüstlük kuralına dayalı açıklama ve koruma yükümlülüğü getirdiğini* belirtmiştir¹⁰.

⁹ BGE 120 II 331, s. 334-335, 1 (b)

¹⁰ BGE 120 II 331, 336 (5a).

Mahkeme bundan sonra, bu açıklama ve koruma yükümlülüğünün tam olarak ne olduğunu somutlaştırmaya çalışmıştır. Burada mahkemenin yaptığı araştırma, yukarıda bahsedilen ifadeler nedeniyle, üçüncü kişinin ana şirketten beklemeye haklı olduğu davranışın ne olduğunu belirlemeye yöneliktir. Acaba bu ifadeler nedeniyle ana şirket, yavru şirketin borçlarına kefil olmuş sayılır mı? Veya yavru şirketin edimini gereği gibi yerine getirememesi nedeniyle ana şirkete karşı bu edimin ifası veya tazmini konusunda bir talep ileri sürülebilir mi?

Bu soruların cevabı olumsuzdur. Mahkeme, konzern bağlamında uyarılan güvenden ötürü sorumluluğun, aynı *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olduğu gibi sıkı şartlara bağlanması gerektiğine işaret ederek, *kimsenin kendi menfaatlerinin gözetilmesini sözleşmenin karşı tarafına bırakmayacağını ve bir yavru ortaklıkla iş yapan kişinin de bu ortaklığın mali gücünü değerlendirmek durumunda olup, bu riski veya işlemin tüm ticari riskini doğrudan doğruya ana ortaklığa yükleyemeyeceğini* ifade etmiştir (“*caveat creditor*” – “Risk alacaklıdadır” ilkesi)¹¹. Mahkemeye göre, ana şirket yavru şirketin başarısını garanti etmiş sayılamaz ve yavru şirketin başarısız olduğu her durumda onun iş ortaklarının zararlarından sorumlu tutulamaz¹². “*Kendi dikkatsizliğinin ve mesnetsiz güveninin veya genel iş rizikolarının gerçekleşmesinin kurbanı olan değil, yalnızca haklı güveni kötüye kullanılan kişi korunmaya layıktır*”¹³. Bu gerekçeyle mahkeme, sorumluluğun ancak, ana ortaklığın davranışlarının *belirli somut beklentiler ve güven uyandırması ve bu beklentilerin ve güvenin boşa çıkarılması durumunda* söz konusu olabileceğine hükmetmiştir¹⁴. Bu durumda dahi ana ortaklık, garanti taahhüdünde olduğu gibi yavru ortaklığın üçüncü kişilere karşı borçlarından yavru ortaklığın yanı sıra sorumlu olmamakta, *yalnızca kendi dürüstlük kuralına aykırı davranışı ile illiyet bağı bulunan zararlardan sorumlu olmaktadır*¹⁵. Mahkeme bu şekilde *güven sorumluluğu ile garanti taahhüdünden doğan sorumluluğun arasındaki farkı* ortaya koymuştur.

Mahkeme somut olayda davacının, reklamlarda kullanılan ifadeler nedeniyle ana şirketten hangi haklı beklentilere sahip olabileceğini araştırmış ve iki noktada haklı beklentisi olabileceğine hükmetmiştir. Bunlardan birincisi,

11 BGE 120 II 331, 336 (5a).

12 BGE 120 II 331, 336 (5a).

13 BGE 120 II 331, 336 (5a).

14 BGE 120 II 331, 336 (5a).

15 BGE 120 II 331, 337 (5a).

davacının Şirketin reklamlarında Swissair'in Şirketin "arkasında durduğu" ifadesine dayanarak, Swissair'in hiç değilse başlangıçta şirkete yeterli finansal kaynağı sağlayacağına güvenmekte haklı olduğudur. Mahkeme, Şirketin faaliyetinin başarıya ulaşmasının birçok faktöre bağlı olması nedeniyle bu ifadenin, Swissair tarafından yavru şirketin başarısının garantilendiği şeklinde anlaşılamayacağı, ancak en azından başlangıç safhasında yavru şirkete yeterli mali kaynağın sağlanabileceği şeklinde yorumlanabileceğine hükmetmiştir. Bu beklenti bakımından, Swissair'in şirkete 200.000 İsviçre Frangı sermaye koyduğu ve işletmede kullanılması için 50 milyon Frank kredi verdiği, bu sermayenin şirket faaliyetlerinin başlaması için yeterli olduğu, dolayısıyla sermaye yeterliliği bakımından Swissair'in davacının haklı beklentisini boşa çıkarmadığına hükmedilmiştir.

Görüldüğü gibi yavru şirketin reklamlarında Swissair adının ve logosunun kullanılması, reklam broşürlerinde, şirketin "bir Swissair iştiraki" olduğunun belirtilmesi veya Swissair'in şirketin "arkasında durduğu" şeklinde ifadeler kullanılmasının, üçüncü kişilerde bir güven uyandırması mümkün olsa da, mahkeme bu ifadeler nedeniyle hiçbir şekilde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceğine, ana şirketin yavru şirketin borçlarından sorumlu olacağına, yavru şirket lehine garanti veya kefalet vermiş sayılacağına hükmetmemiştir. Bu ifadelere dayalı olarak üçüncü kişilerin olsa olsa, ana şirketin yavru şirketine yeterli finansal kaynak sağlayacağı yönünde haklı bir beklentiye sahip olabileceğine hükmedilmiş ve somut olayda Swissair gerçekten de bu kaynağı sağladığı için, bu açıdan bir ana şirket olarak üzerine düşeni yapmıştır. Swissair'in davada sorumlu tutulmasının sebebi bu değildir.

Mahkeme, somut olayda davacının ana şirketten başka bir beklentisi daha olabileceğine hükmetmiştir. O da, yavru şirketin üyelere doğru ve güvenilir bilgi vermesinin Swissair tarafından sağlanması gerektiğidir. Madem ki yavru şirketin "bağımsız bir tüzel kişilik olmasına rağmen ana ortaklığın işletmecilik ilkelerine bağlı olarak faaliyet gösterdiği", "bu durumun şüphesiz Şirketin yönetimine ve güvenilirliğine etki ettiği" gibi ifadeler kullanılmıştır, o halde üçüncü kişiler, yavru şirketin dürüst bilgi vereceğine ve Swissair'in bunu sağlayacağına güvenebilirler. Somut olayda ise, yavru şirketin davacıya ve diğer üyelere gönderdiği bültenlerde, şirketin henüz yeterli sayıda üyesi olmamasına rağmen çok sayıda üye edindiğine ve işlerin daha baştan iyi gitmemesine rağmen herşeyin yolunda olduğuna dair yanıltıcı ifadeler kullanıldığı, şirketin Swissair tarafından Euroactividade AG'ye satılmasının gerçek nedenlerinin bildirilmediği, üstelik şirketin tüm hisseleri satılmış olmasına rağmen Swissair'in azınlık hissesi bulundurup yönetimde kalmaya devam edeceği şeklinde

yanlış bir bilginin verildiği, Swissair'in de bültenlerde yer alan bu bilgilerden haberdar olup bu konuda sustuğu, yapması gereken açıklamaları yapmadığı, dolayısıyla Swissair'in üyelere doğru bilgi sağlanacağı konusunda uyandırdığı haklı beklentiyi boşa çıkardığına karar verilmiştir. Bunun sonucunda, davacının gelişmelerin gerçek seyrinden haberi olsa idi bu ortaklıktan çekilip üyelik bedelini geri almış olacağından hareketle, Swissair'in dürüstlük kuralına aykırı davranışının, davacının şirkette üye kalmaya devam ederek uğradığı zarara sebep olduğuna hükmedilmiştir¹⁶.

Sonuçta Swissair, ana şirket olarak dürüst bilgi sağlayacağı konusunda yarattığı güvene aykırı olarak zamanında ve doğru bilgi vermediği ve üçüncü kişileri yanılttığı için sorumlu tutulmuş ve bu yanılmanın doğurduğu zararları tazmin etmek zorunda kalmıştır.

Bu karar İsviçre'de geniş yankı uyandırmış ve çok yönden eleştirilmiştir¹⁷. Eleştirilerin temel noktası, güven sorumluluğunun koşullarının muğlak olmasıdır. Bu bağlamda, yavru şirket tarafından yapılmış açıklamaların ana şirkete isnad edilebilmesinin şartlarının belli olmadığına ve bunun daha açık şekilde belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir¹⁸ ve ana şirketin, yavru şirketin yaptığı her türlü açıklama üzerinde kesintisiz bir gözetim ve denetim uygulaması gerektiği şeklindeki düşüncenin aşırıya kaçtığı eleştirisinde bulunulmuştur¹⁹. Ayrıca güven sorumluluğu ile korunmak istenen “özel güven ilişkisi” kavramının sınırlarının belirsiz olduğu, bunun sorumluluk hukukunda elzem olan hukuk güvenliğinin gereklerini sağlayamayacağı, Swissair kararında da bu “özel ilişki”nin somut kriterlerinin ve buna bağlı olarak güven sorumluluğunun hangi temel üzerine oturduğunun tam olarak ortaya konulmadığı belirtilmiştir²⁰. Özellikle olayda ana şirket ile davacı arasında hiçbir işlemsel temasın var olmaması, ana şirkete isnat edilen güven telkin edici ifadelerin salt reklam materyallerinde ve şirket kağıtlarındaki antette yer almış olması karşısında “özel ilişki”nin nasıl kurulmuş olduğunun temellendirilemediği ifade edilmiştir²¹. Ayrıca Mahkemenin güvenin temeli olarak gördüğü ana

16 BGE 120 II 331, 341.

17 Farklı görüşlerin anlatımı için ayrıca bkz. Aker, s. 29vd; Yılmaz, s. 60vd.

18 Druey, SZW 1995, 93, 97.

19 Gonzenbach, R., Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus “Konzernvertrauen”, recht 1995, 117-130, 127vd, 130.

20 Wick, M., Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 1995, 1270-1282, 1278; aynı yönde: Gonzenbach, s. 124.

21 Wick, s. 1279.

şirketin yavru şirketin “arkasında durduğu” ve yavru şirketin ana şirket ile “aynı işletme ilkeleri altında çalıştığı” ifadelerine dayanarak ana şirketin belli bir davranışta bulunmayı temin ettiği sonucunu çıkarmanın pek de kolay olmadığı belirtilmiştir²². Öte yandan kararda, duyulan güven ile, güvenenin tasarrufu arasındaki nedensellik bağının zayıf olduğu da bir eleştiri konusudur²³. Olayda Mahkemenin dayandığı ‘Swissair yeterli açıklamayı yapsaydı, üyelerin şirketten çekilmiş olacağı’ şeklindeki varsayımının tam bir kesinlikle kabul edilemeyeceği, zira bu bilgiye sahip olsaydı bile ilgili üyenin şirkette kalma kararı verebileceği, veya vermeyip çekilseydi dahi, şirketten para alamayabileceği, hatta tüm üyelerinin çekilmesinin sadece şirketin iflasını hızlandıracağı, dolayısıyla yeterli açıklamanın verilmemesi ile zararın doğması arasındaki nedensellik bağının sorgulanabilir olduğu hususlarına işaret edilmiştir²⁴. Anılan eleştiriler, Federal Mahkeme’nin daha sonra verdiği Omni Holding ve özellikle Motor-Columbus kararlarında sorumluluğun şartlarını somutlaştırmasına ve daha dar yorumlamasına yol açmıştır.

B. Omni-Holding Kararı

İsviçre Federal Mahkemesi, 1996 yılında verdiği, *Omni-Holding* kararı olarak anılan bir başka kararda²⁵, yine şirketler topluluğunda güven konusuna değinmiştir. Bu karara konu olan olayda, SFM Services Financiers & Management SA adlı, merkezi Cenevre’de olan bir şirket, Omni Holding AG’nin Fransız iştiraki olan Omni France SA’nın tüm hisselerini satın almış, ancak daha sonra şirketin kendisine bildirilenden çok daha fazla borcu olduğunu farkederek hisse bedelini ödemekten vazgeçmiştir. Bunun üzerine Omni Holding AG, SFM’ye karşı dava açmıştır. Bu arada, SFM şirketi unvanını değiştirerek merkezini Bern’e taşımış, ve aynı gün şirketin eski adresinde, şirketin eski unvanını taşıyan yeni bir şirket kurulmuştur. Omni Holding AG’nin dava ettiği şirketin bu yeni kurulan şirket olduğu davada ileri sürülerek pasif husumet yokluğu itirazında bulunulmuştur. Mahkeme, her ne kadar şirketler topluluğu mevcut olsa da, grup içindeki her bir şirketin ayrı tüzel kişiliği bulunduğunu ve anlaşmaya unvanı değiştirilmiş olan şirketin taraf olduğunu

22 Von der Crone/Walter; Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53-68, s. 59-60.

23 Chappuis, C., La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165-176, s. 174; Gonzenbach, 129.

24 Gonzenbach, s. 129; Chappuis, 174.

25 BGE 123 III 220.

söyleyerek pasif husumet itirazını kabul etmiş, ancak bir şirketin terk ettiği adreste aynı unvanla şirket kurulmasını yanıltıcı bulmuş, bu nedenle unvanın yanıltıcı olmaması ilkesine aykırı hareket nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararın –dava masrafları gibi– karşılanması gerektiğine hükmetmiştir.

Kararın güven sorumluluğu bakımından önemi, olayda bu konunun da incelenip reddedilmiş olmasındadır. *Mahkeme, kararda güven sorumluluğu bulunup bulunmadığını inceleyerek somut olayda böyle bir sorumluluğa hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Bunun sebebi, somut olayda, uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan bir zararın değil, sözleşmeden kaynaklanan bir alacağın talep ediliyor olmasıdır.* Taraflar sözleşmeyi imzalayan şirketin sorumlu olacağına açıkça karar vermişlerdir. Mahkemeye göre, davalı şirketin açıklamaları ve davranışları dürüstlük kuralı ışığında bir garanti taahhüdü, borç nakli veya borca katılma olarak yorumlanmadığı sürece, güven uyandırıldığı iddiasına dayanılarak, borçlu şirketin borçlarından sorumlu tutulması mümkün değildir. Ana şirketin şirketler topluluğuna güvenden sorumluluğuna dayanılarak yavru şirketin borçlarından ötürü ana şirkete pasif husumet yöneltilemez; ana şirket daha ziyade, üçüncü kişide uyandırdığı beklentilerin dürüst kuralına aykırı şekilde boşa çıkartılması nedeniyle sorumlu olur.²⁶

Bu karar, *güven sorumluluğu ile yavru şirketin sözleşmesel borçlarından sorumluluk arasındaki farkı daha açık şekilde ortaya koymakta ve grup içindeki tüzel kişilerin husumet bakımından birbirinden ayrı hukuk sùjeleri olduğunu vurgulamaktadır.*

C. Musikvertrieb AG / Motor-Columbus AG Kararı

1998 yılında verilen *Musikvertrieb AG / Motor-Columbus* kararı²⁷, şirketler topluluğu bağlamında güven sorumluluğunun sınırlarının daha belirginleştirildiği bir karardır. Karara konu olay, bir firmanın, kendisine sunulan ayıplı hizmet nedeniyle uğradığı zararı, hizmeti sunan şirket yerine, ona hakim olan ana şirketten talep etmesi ile ilgilidir. Davacı Musikvertieb AG, müzik maddelerinin giriş, depolama ve çıkış işlemlerinin bilgisayarla yönetileceği bir

26 BGE 123 III 220, 231-232. “Die Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem Konzernverhalten begründet indes nicht eine Passivlegitimation der Muttergesellschaft anstelle oder neben jener der Tochtergesellschaft für die gegenüber letzterer bestehenden Forderungen; vielmehr haftet die Muttergesellschaft für den Schaden, welcher dem Dritten aus der treuwidrigen Enttäuschung der geweckten Erwartungen erwächst”.

27 BGE 124 III 297.

depo ve dağıtım merkezi kurma çalışmaları ile ilgili olarak, bilgisayar sisteminin kurulması işini EOP AG'ye vermiştir. EOP AG, Motor-Columbus AG'nin yavru şirketi olan Telecolumbus AG'nin yavru şirketidir. EOP AG'nin kurduğu bilgisayar sisteminin, depo ve dağıtım merkezi faaliyete başlar başlamaz çökmesi ve siparişlerin karşılanamaması üzerine Musikvertrieb AG uğradığı zararın tazmini için Motor Columbus AG'ye karşı dava açmıştır. Davada davacı özellikle Telecolumbus AG yöneticilerinin bilgisayar sisteminin çökmesi riskini başka müşterilerde yaşadıkları tecrübelerden bildiklerini ve dolayısıyla riski öngörüp yavru şirketin işine müdahale etmeleri gerektiğini öne sürmüştür. Davaya bakan Ticaret Mahkemesi, Motor-Columbus AG'ye karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Temyizde Federal Mahkeme sorumluluk temellerini incelerken, ana şirketin güvenden ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağını da incelemiştir. Mahkeme, öncelikle Swissair kararına atıfla ve oradaki ifadeleri tekrarlar, yavru şirketle işlem yapan kişilerin, bu şirketin kredibilitelerini kendilerinin değerlendirmesi gerektiğini, kredi riskinin kolayca ana şirkete aktarılamayacağını, kendi dikkatsizliğinin veya ticari risklerin kurbanı olanların değil, haklı güveni kötüye kullanılanların korunmaya layık olduğunu ve ana şirketin sorumluluğunun ancak davranışlarıyla konzern bağlamında belirli beklentilere yol açıp bunları dürüstlük kuralına aykırı şekilde boşa çıkartması durumunda söz konusu olacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, *salt şirketler topluluğuna dahil şirketler arasında bulunan bağ, böyle bir güven sorumluluğuna temel oluşturmaz. Ancak ana şirketin, somut ve belirli bir beklentiye yol açan davranışlarına duyulan güven korunabilir*²⁸.

Olayda, EOP'nin antetli kağıtlarında “Telecolumbus Grubunun bir İşletmesidir” ifadesi bulunmakta, reklamlarında ise EOP, “Telecolumbus Grubunun hızla gelişen bir işletmesi” şeklinde tanıtılmaktaydı. Federal Mahkeme, bu tipten genel referansların, Telecolumbus AG'nin topluluk bağlamında somut bir davranış içine gireceği hususunda dayanak yapılamayacağına hükmetmiştir²⁹. Olayda davacı, Swissair kararını örnek göstermişse de Mahkeme, somut olayın Swissair kararına konu olan olayla kıyaslanamayacağını, zira Swissair olayında, yavru şirketin “ana şirketle aynı işletme ilkeleri” altında çalıştığı ve ana şirketin, yavru şirketin “arkasında durduğu” şeklinde ifadelerin kullanıldığını, şirketin güvenilirliğine etki eden ve yavru şirketin ana şirkete bağlılığını çok kuvvetli bir şekilde vurgulayan bu ifadelerin kararda be-

²⁸ BGE 124 III 297, 303-304, 6a.

²⁹ BGE 124 III 297, 304, 6b.

lirleyici olduğunu, somut olayda ise, bunlarla kıyaslanabilir derecede somut ve vurgulayıcı bir reklam dili kullanılmadığını ifade etmiştir³⁰. Mahkemenin vardığı sonuca göre, *şirketin antetli kağıtlarında ve reklamlarında, şirketler topluluğuna genel olarak atıf yapılması, dürüstlük kuralı ışığında korunması gereken bir haklı güvenin temelini oluşturamaz ve ana şirketin, yavru şirketin sözleşmeye uygun davranmasını temin edeceğine ve sözleşmenin ifası sırasında çıkan sorunları çözeceğine dair bir beklentiye yol açacak şekilde yorumlanamaz*³¹.

Motor-Columbus kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi, güven sorumluluğunun bağlı olduğu koşulları sıkılaştırmış ve açığa kavuşturmuştur. Ne salt şirketler topluluğuna aidiyet, ne de bu hususun şirket reklamlarında belirtilmesi güven sorumluluğuna temel teşkil edebilir. Mahkeme, ancak hakim şirketin, şirketler topluluğu bağlamında belli şekilde davranacağına dair somut ve belirli bir beklenti uyandırması durumunda korunmaya layık bir güvenden bahsedebileceğini vurgulamıştır. Şirket ilanlarında yer alan “bir X kuruluşudur” şeklindeki genel ifadeler, ana şirketi belli bir davranma yükümü altına sokan bir taahhüt veya bu yönde güven uyandırıcı bir açıklama olarak yorumlanamaz.

D. İsviçre Federal Mahkemesinin Belirlediği İlkeler

İsviçre Federal Mahkemesi kararları ışığında, şirketler topluluğu bağlamında güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle ana şirketin, kendisinin sözleşme tarafı olmadığı ancak “özel bir yakınlık” veya “işlemsel temas” içine girdiği üçüncü kişilerde güven uyandıran davranışları söz konusu olmalıdır. Bu davranışlar, yavru şirket tarafından gerçekleştirilmişse, en azından ana şirketin bilgisi ve onayı dahilinde olmuş olmalı, yani ana şirkete isnat edilebilmelidir. Üçüncü kişi, bu davranışlar nedeniyle ana şirkete yönelik bazı somut beklentiler içine girmiş olmalıdır. Mahkemeye göre sorumluluk ancak, ana ortaklığın davranışlarının *belirli somut beklentiler uyandırması ve bu beklentilerin boşa çıkarılması durumunda* söz konusu olabilir³². Esasen güven sorumluluğunun altını doldurmak için yapılması gereken en önemli inceleme, bu somut beklentilerin neler olabileceğini analiz etmektir. Üçüncü kişinin, ana şirketten beklemekte haklı olduğu davranışlar nelerdir? Bu sorunun cevabı, üçüncü kişinin, ana şirketin güven uyandıran

30 BGE 124 III 297, 304, 6b.

31 BGE 124 III 297, 304, 6b.

32 BGE 120 II 331, 336 (5a).

davranışlarına dürüstlük kuralına göre yüklemekte haklı olduğu anlama göre belirlenecektir. Ana şirket, kendisinden beklenen bu davranışı, kusurlu olarak yerine getirmediği durumda sorumlu olacaktır. Sorumluluğun kapsamı, ana şirketin yerine getirmediği bu davranış nedeniyle üçüncü kişide oluşan zararın tazminidir.

Bu sorumluluk için üçüncü kişinin güveninin “haklı olması” gerektiğine de vurgu yapılmaktadır. Üçüncü kişi, somut olayda kendisinden beklenen özen ve dikkati yerine getirmiş ve kendi menfaatini korumak için gereken tedbirleri almış olmalıdır. Federal Mahkeme, 2007 yılında verdiği bir kararda, bir edimin yerine getirilmesi konusunda bir sözleşme yapmak imkanı varken sözleşme yapmayı, nasıl olsa karşı tarafın bir ödemede yapacağına duyulan güvenin haklı bir güven olmadığı ve böyle beklentinin korumaya layık bir beklenti olmadığını belirtmiştir³³.

Ayrıca ana şirketle, ona karşı talep ileri süren kişi arasında bir sözleşme varsa, taraflar arasındaki ilişki sözleşmeye göre belirlenir. Güven sorumluluğu, ancak taraflar arasında sözleşme bulunmayan ve haksız fiil kuralları ile de tatmin edici çözüme ulaşılamayan hallerde boşluk doldurucu bir işlev görür.

IV. TTK m. 209

TTK m. 209, aşağıdaki hükmü amirdir:

“Hâkim şirket topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.”

Bu hüküm, iki kısma ayrılarak incelenebilir. Dikkat edilirse, hükümde “itibar” kelimesi de, “güven” kelimesi de iki kere geçmektedir. Hükmün virgülden önceki birinci kısmında, “topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde”, denilerek, sorumluluğun “ön koşulunun” itibarlı, toplumda güven uyandıran bir topluluğun varlığı olduğu ifade edilmektedir³⁴. Burada bahsedilen güven, toplumun veya tüketicinin ilgili topluluğa duyduğu soyut, genel güvendir. Genel olarak iyi yönetim, iyi kalite, yüksek standart beklentisi gibi. Ancak hüküm bu soyut güveni korumamakta, hakim şirketin sorumluluğunu bu soyut güvene dayandırmamaktadır. Zira hükmün ikinci kısmında hakim şirketin “bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu” olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla hükmün amacı,

33 BGE 133 III 449, 4.1

34 Yılmaz, 305; Aker, s. 69; Okutan Nilsson, s. 487-489.

toplumda itibarlı toplulukların yarattığı soyut güvenin değil, somut olayda bu “itibarın kullanımı” yoluyla oluşan “somut güvenin” korunmasıdır³⁵. Somut olayda, üçüncü kişinin, itibar kullanımı anlamına gelebilecek söz ve ifadelere, dürüstlük kuralı ışığında hangi anlamı yüklemekte haklı olduğu; bu söz ve ifadeler nedeniyle, *hakim şirketten* hangi somut davranışı beklemekte haklı olduğu araştırılmalıdır. Zira hakim şirket, ancak kendisinden beklenen bu somut davranışı yerine getirmediği ölçüde sorumlu olacaktır. Yoksa hakim şirketin, yavru şirketlerin sözleşmesel taahhütlerinden sorumlu tutulması, onların garantörü sayılması, onlarla müteselsil sorumlu olması gibi bir sorumluluk, hükümde düzenlenmemiştir³⁶. Hüküm, dürüstlük kuralı ışığında, itibar kullanımı nedeniyle üçüncü kişilerin *hakim şirketten* beklemekte haklı oldukları fiillerin yerine getirilmemesi nedeniyle ve bu ölçüde doğan zararı giderme amacını gütmektedir. Hakim şirket, kendi dürüstlük kuralına aykırı davranışından sorumludur, yoksa bağlı şirketin sözleşmesel taahhütlerinden değil.

Nitekim yukarıda açıklanan kararlarda Federal Mahkeme, her bir kararında bu “somut güven”in kapsamını tespiti çalışmış; her somut olayda, itibar kullanımı anlamına gelebilecek ifade, söz ve fiiller olup olmadığına bakmış, bunlara dürüstlük kuralı ışığında üçüncü kişilerce hangi anlamın yüklenebileceğini araştırmış, böylelikle üçüncü kişilerin hakim şirketten somut olayla ilgili ne tip bir davranış bekleyebileceği konusunda bir tespit yapmıştır. Daha sonra da hakim şirketin bu beklentiyi yerine getirip getirmediğini incelemiştir³⁷.

Dolayısıyla itibar kullanımı yoluyla güven uyandırmanın ne anlama geldiği her somut olayda incelenmelidir. Somut olayda, ana şirketçe gerçekleştirilen veya onun bilgisi ve kabulü dahilinde gerçekleştirilen ifade, fiil ve

35 Yılmaz, s. 183, 250, 305; Okutan Nilsson, s. 487-489; aynı doğrultuda, Aker, s. 69.

36 Aynı şekilde Aker, s. 90. Kefalet ve garanti sorumluluğu ile güven sorumluluğunun karşılaştırması için bkz. Yılmaz, s. 186.

37 Bu araştırma sonucunda örneğin *Swissair* kararında, ana şirketin yavru şirketin “arkasında durduğu” şeklindeki ifadeden, ana şirketin yavru şirketin borçlarına kefil olduğu anlamının değil, olsa olsa ana şirketin yavru şirkete başlangıçta yavru şirketin işletmesini ayağa kaldıracak kadar finansman sağlamayı üstlendiği şeklinde bir anlamın çıkartılabileceğini belirlemiş ve sonra da somut olayda bu beklentinin ana şirket tarafından yerine getirilip getirilmediğine bakmıştır. Somut olayda ana şirketin bu finansmanı sağladığı görüldüğünden buradan sorumluluk doğmamıştır. *Swissair* kararında sorumluluk, üçüncü kişilerin ana şirketten beklemekte haklı olduğu dürüst bilginin verilmemesi nedeniyle doğmuş, bu bilgiye sahip olmayan üçüncü kişilerin, bu nedenle gereken zamanda sözleşmelerini feshetme fırsatını kaçırmaları sonucunda doğan zararın giderilmesine hükmedilmiştir.

davranışların üçüncü kişilerce dürüstlük kuralı ışığında nasıl yorumlanması gerektiği ve buna bağlı olarak üçüncü kişinin ana şirketten somut olayla ilgili ne gibi bir davranışı beklemekte haklı olduğu araştırılmalıdır. Bu araştırmada, üçüncü kişinin haklı beklentileri tespit edilirken, bu kişinin tacir sıfatıyla basiretli davranış yükümü altında olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Zira Federal Mahkemenin kararlarında belirttiği gibi, üçüncü kişilerin kendilerinden beklenebilecek dikkat ve özeni göstermiş olması ve iyiniyetli olması şarttır.

İtibar kullanımı, somut olayda farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Ancak grup itibarının var olduğu her durum, güven sorumluluğuna yol açmaz. Örneğin, grup şirketleri, ortak markalar ve logolar kullanmaktadır. Bu markalar, toplumun güvendiği, iyi kalite, yüksek standart, iyi hizmet beklediği markalardır. Acaba böyle grup marka ve logolarının kullanımı, somut olayda üründe veya hizmette beklenen kaliteye ulaşamadığı zaman mal veya hizmetteki ayıp nedeniyle, tüketici hukukunun sağladığı imkanların ötesinde, satıcı, ithalatçı, üretici dışında, bir de örneğin markalı üreticinin ana şirketine veya hatta “hakim teşebbüs” (TTK m. 195 f.5) olduğu ortaya koyulabilirse, bu şirketin ana hissedarına başvurulup ayıpla ilgili taleplerin onlara karşı da kullanılması hakkını verir mi? Kanımızca bu soru olumsuz cevaplanmalıdır. Böyle bir hakkın tanınması, ana şirket konumundaki şirketlerin, şirketler topluluğuna dahil bütün şirketlerin tüm mal ve hizmet edimlerini garanti etmesi anlamına gelirdi ve adeta tüzel kişilik kavramını ortadan kaldırırdı. Böyle geniş bir sorumluluk tüketici hukukunda dahi tanınmamıştır. 209. maddenin amacı da böyle otomatik bir garanti sorumluluğu yaratmak değildir. 209. madde ancak, hakim şirketin kendi dürüstlük kuralına aykırı davranışına sorumluluk bağlayabilir. Dolayısıyla salt ortak marka ve logo kullanımı 209. madde çerçevesinde sorumluluk yaratmaz³⁸. Nitekim bu husus, Kanun’un gerekçesinde, “...sorumluluğun merkez şartı, “itibarın kullanılması”dır. Kullanma yoksa, sadece topluluğa “mensubiyet”, sorumluluğu doğurmaz.” denilerek açıklanmıştır³⁹. Aynı şekilde, Federal Mahkeme kararlarında da, bir şirketin bir şirketler grubuna ait olduğunun şirketin reklamlarında belirtilmesinin, güven sorumluluğuna temel oluşturmayacağı belirtilmiştir⁴⁰. Ortak marka ve logo, toplum ve tüketicinin soyut güvenine mazhar olan işaretlerdir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi, 209. madde, bu soyut güveni değil, somut olayda bu itiba-

38 Yılmaz, s. 252; Aker, s. 77. İsviçre hukuku için bkz. Yılmaz, s. 252, dpn. 11’de anılan yazarlar.

39 Bkz. Gerekçe, m. 209.

40 Bkz. yuk. Musikvertrieb AG/Motor-Columbus AG kararı.

rın kullanılması yoluyla hakim şirkete yönelik olarak oluşturulan somut haklı beklentiyi korumakta ve bu beklentinin boşa çıkartılması nedeniyle sorumluluk öngörmektedir.

Bu nedenle her somut olayda hakim şirkete yönelik haklı beklentinin ne olabileceği hususunun tespiti gerekmektedir. Örneğin, grup şirketlerinde, hukuk hizmetleri genelde merkezileştirmekte, ana şirketin istihdam ettiği uzman hukukçular, yavru şirketlere hukuki destek vermektedir. Bu hukukçuların yavru şirketlerin akdedeceği sözleşmelerde destek vermek amacıyla sözleşme görüşmelerine katılmaları da söz konusu olabilir. Acaba, ana şirket avukatının, yavru şirket temsilcileriyle beraber sözleşme görüşmesine katılması, ana şirkete yönelik bir beklenti yaratabilir mi? Örneğin ana şirket avukatının sözleşme görüşmelerinde yer alması olgusuna, o sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ana şirkete başvurulabileceği, edimin veya edim yerine getirilmediği için doğan zararın ana şirketten talep edilebileceği şeklinde bir anlam yüklenebilir mi? Somut olayda, salt ana şirket avukatının, hukuki destek vermek amacıyla sözleşme görüşmelerine katılmasına bu anlam yüklenemez. Ancak ana şirket avukatının, ana şirketin itibarını kullanarak sözleşme görüşmeleri etkilemesi, örneğin ana şirketin bu sözleşmenin ifası ile ilgili olarak bazı müdahalelerde bulunabileceği şeklinde güven yaratabilecek ifadeler kullanması üçüncü kişide somut bir beklentinin doğmasına sebep olabilir⁴¹ ve 209. madde çerçevesinde işte bu beklenti korunabilir. Ancak burada, son derece dikkatli bir uygulama gerekmektedir. Özellikle tarafların tacir olduğu durumda, karşılıklı olarak söz ve ifadelere yüklenebilecek anlam ve hangi beklentinin “haklı beklenti” olduğu, tarafların kendilerinden beklenen dikkat ve özen ışığında değerlendirilmelidir.

Öte yandan, güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, güvenen taraf ile güvenilen taraf arasında, onların belli bir güven ilişkisi kurabilmelerine olanak sağlayacak bir yakınlık olmalıdır. Diğer bir deyişle, güvenen taraf ile güvenilen taraf, salt rastlantısal bir karşılaşmayı aşan, bir işlem düşünce-sine dayanan bir temas içerisine girmiş olmalıdır. Böyle bir “özel bağ” veya “işlemsel temas”ın bulunması, güven sorumluluğunun temel şartıdır⁴². Aksi durumda, haksız fiil kuralları uygulama alanı bulacaktır. Şirketler topluluğunda böyle bir yakınlık, çoğu kez bir grup şirketiyle işlem yapan üçüncü kişi ile

41 Benzer örnek için bkz. Yılmaz, s. 250.

42 Bkz. yuk. dpn. 3'te anılan yazarlar ve özellikle Yılmaz, s. 256; Aker s. 82; Okutan Nilsson, s. 495; Burg/von der Crone, s. 422, ayrıca İsviçre Federal Mahkeme kararlarından BGE 120 II 331 (5a).

hakim şirket arasındaki ilişkiler bakımından gündeme gelebilir. Örneğin hakim şirket ile grup şirketleriyle işlem yapan üçüncü kişiler arasında sözleşme görüşmeleri sırasında bir temas olması söz konusu olabilir.

Güven sorumluluğu ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, sözleşmesel sorumluluk ile güven sorumluluğu arasındaki farktır. Sözleşmesel edimin ifası sözleşme tarafından istenebilir. 209. madde çerçevesinde hâkim şirkete yöneltilebilecek talep, sözleşmesel edimin ifası değildir⁴³. Diğer bir deyişle güven sorumluluğu nedeniyle açılan dava, bir alacak davası değil, hakim şirketin dürüstlük kuralına aykırı davranışının verdiği zararların tazmini davasıdır. Dolayısıyla somut olayda, hakim şirketin hangi davranışının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinin tespiti gerekmektedir. Hakim şirketin sözleşme tarafı olmamasına rağmen, örneğin yavru şirketle işlem yapan üçüncü kişi nezdinde veya ilgili yavru şirket nezdinde bir davranışta bulunacağı, belli bir şey yapacağı, belli bir şekilde yavru şirketine destek vereceği gibi bir davranış beklentisi yaratılmışsa ve dürüstlük kuralı ışığında bu beklenti haklı görülebiliyorsa, bu beklentinin yerine getirilmemesine dayalı olarak tazminat talebi ileri sürülebilir. Buna karşılık hakim şirketin bizzat kendisi sözleşme tarafı ise, hukuki ilişki zaten bu sözleşme çerçevesinde değerlendirilecek, ayrıca güven sorumluluğuna başvurulamayacaktır.

Güven sorumluluğu kusur sorumluluğudur⁴⁴. Hakim şirketin bu şekilde sorumlu tutulabilmesi için, haklı beklentiyi kusurlu olarak karşılayamamış olması gerekir. Kusurun ispatı bakımından, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanması ve hakim şirketin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerektiği görüşü hakimdir⁴⁵.

Hakim şirketin sorumluluğunun kapsamı, hakim şirketin dürüstlük kuralına aykırı davranışı, yani kendisine yönelik haklı beklentiyi karşılamamış olması nedeniyle oluşan zararların giderilmesidir. Burada zarar, malvarlığının, güvene aykırı davranış olmasaydı içinde bulunacağı durum ile, güvene aykırı davranış nedeniyle içinde bulunduğu durum arasındaki farktır⁴⁶.

Dava zaman aşımı konusunda farklı fikirler mevcuttur. Bir görüşe göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşmesel sorumlulu-

43 Bkz. yuk. Omni Holding Kararı. Ayrıca BGE 4C.396/2004, Okutan Nilsson, s. 499. Aynı şekilde Aker, s. 90; Yılmaz, s. 186-187.

44 Aker, s. 87; Yılmaz, s. 270; Okutan Nilsson, s. 453.

45 Aker, s. 87; Yılmaz s. 270, Okutan Nilsson, s. 454.

46 Brechbühl, s. 62; Koch, Die Patronatserklärung, Tübingen 2005, s. 284;

ğa uygulanan zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁴⁷. Ancak bu sürenin uzun olduğu belirtilmekte ve 3 yıl gibi daha kısa bir sürenin kanunla kabul edilmesi önerilmektedir⁴⁸. Kanaatimizce mevcut durumda, güven sorumluluğunun kaynağı ve kapsamındaki belirsizlik, uzun bir zamanaşımı süresinin kabulüne engeldir. Bu açıdan sözleşme sorumluluğundaki zamanaşımı süresinin güven sorumluluğuna doğrudan uygulanması yerinde olmayacaktır. Zira sözleşme ilişkisinin varlığı, tarafların birbirlerine borçlandıkları asli edimlerin önceden bilinebilmesi ve buna göre bir planlama yapılabilmesi anlamına gelir. Güven sorumluluğunda ise, her olayda, somut olgular, tarafların konumu ve olay örgüsü ışığında, tarafların davranış ve beyanlarına dürüstlük kuralına göre yüklenebilecek anlam araştırılacak ve böylece somut durumda tarafların ne gibi bir yükümlülük altında bulunduğuna karar verilecektir. Bu inceleme, iki taraf arasında “işlemsel temas” ve “özel bir ilişki” bulunduğu, bir tarafın davranışının diğerinde “güven uyandırıcı nitelikte olduğu”, diğerinin ona “güvenmekte haklı olduğu” gibi bazı kabullere varılmasını gerektirmektedir. Ancak, bu kavramların içini doldurmak güç olduğu gibi, bu tipten değerlendirmeler, her somut olaya göre değişebilecek ve kimi zaman tarafların gerçek iradelerine ters düşerek, belki tarafların öngörmediği bir takım yükümlülüklerin kabulüne yol açabilecektir. Sorumluluğun kaynağında bulunan beyan ve davranışların hangileri olduğunun, bunların sorumluluk için gereken koşulları yerine getirip getirmediğinin, sonuçta doğacak sorumluluğun kapsamının ne olduğunun önceden kesin olarak bilinemediği bir durumda, sorumluluk ihtimalinin on yıl gibi uzun bir süreyle asılı kalması, hukuk ve işlem güvenliğini sarsıcı bir durumdur. Kanaatimizce böyle bir sorumluluğu iddia eden kişinin, harekete geçmeyi geciktirmeyip, haksız fiiller bakımından öngörülen zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık ve herhalde zararı doğuran fiilin gerçekleşmesinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde iddiasını ortaya koyması gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de hukuk güvenliği gerekçesiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğunu bir yıllık zamanaşımına tabi tutmaktadır⁴⁹.

V. Sonuç

Sonuç olarak TTK m. 209 ışığında güven sorumluluğunun unsurları şu şekilde sistematize edilebilir: Öncelikle itibarlı bir topluluğun varlığı gerek-

47 Aker, s. 90; Yılmaz, s. 310.

48 Yılmaz, s. 310.

49 BGE 4A_499/2007 (Urteil vom 13. Mai 2008 I. zivilrechtliche Abteilung).

mektedir. İkincisi, itibar kullanımını gerekmektedir. Bu itibar kullanımını belirli bir işlem temelinde, özellikle bağlı şirketle iş yapan kişilere karşı hâkim şirket tarafından veya ona isnat edilebilen güven uyandırıcı beyan ve fiillerden oluşabilir. Bu itibar kullanımını sayılabilecek ifade ve fiillere dürüstlük kuralı uyarınca yüklenebilecek anlama göre hâkim şirkete yönelik olarak hangi beklentinin haklı bir beklenti sayılabileceği tespit edilmelidir. Üçüncü kişinin itibar kullanımını sayılabilecek ifade ve fiilere hangi anlamı yüklemekte haklı olduğu ve dolayısıyla ana şirkete yönelik hangi haklı beklentiye sahip olabileceği tespit edilirken, üçüncü kişinin konumu, tacir olup olmadığı, kendisinden beklenen özen ve dikkati somut olayda sarfedip sarfetmediği, iyiniyetli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle güven korunmaya layık olmalıdır. Bu şekilde tespit edilen hakim şirkete yönelik haklı beklentilerin, hakim şirket tarafından kusurlu olarak yerine getirilmemesi durumunda sorumluluk söz konusu olacaktır.

Güven sorumluluğuna dayalı dava, bir alacak davası değil, bir tazminat davasıdır. Alacak davası, sözleşmenin karşı tarafına karşı açılabilir. Hakim şirket bizzat sözleşme tarafı ise, burada zaten sözleşmesel sorumluluk var olduğundan güven sorumluluğu gündeme gelmez. Güven sorumluluğu ancak sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, fakat buna rağmen yine de taraflar arasında bir güven ilişkisi doğurabilecek özel bir yakınlığın bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda sorumluluğu doğuran olay, hakim şirketin dürüstlük kuralına aykırı görülen davranışdır. Bu nedenle öncelikle, kendisi sözleşme tarafı olmayan hakim şirketten somut olayda ne beklenebileceği, hangi itibar kullanımını sayılabilecek söz veya fiillerle hakim şirkete yönelik böyle bir beklentinin yaratıldığı, üçüncü kişinin böyle bir beklentiye sahip olmakta haklı olup olmadığı araştırılmalıdır. Hakim şirketin bu haklı beklentiye kusurlu olarak boşa çıkartması söz konusu ise, sorumluluk doğar.

KAYNAKÇA

- AKER Halit**, “Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hakim Şirketin Güven-den Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme”, AÜHFD 2008, C.57 Sa.4 [1-97].
- BRECHBÜHL Beat**, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern, 1998.
- BURG, Benedict / VON DER CRONE Hans Caspar**, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 5/2010.
- CHAPPUIS Christine**, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165-176.
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan**, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, 2009.
- GONZENBACH Rainer**, Senkrechstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus “Konzernvertrauen”, recht 1995, 117-130, 127vd, 130.
- KIRCA Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 119.
- KOCH Jens**, Die Patronatserklaerung, Tübingen, 2005.
- LOSER Peter**, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern, 2006.
- OKUTAN NİLSSON Gül**, TTK Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 447 vd.
- SEROZAN Rona**, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 719 vd.
- VON DER CRONE/WALTER**, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW, 2001.
- WICK Markus**, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP, 1995.
- YILMAZ Asuman**, Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010.

Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler

Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY*

I. Genel Bakış ve Ele Alınacak Hukukî Sorunun Belirlenmesi

Anonim ortaklığın katı bir sermaye ortaklığı olması¹, bu ortaklık tipinde özden organ ilkesine² uygulama alanı tanımamaktadır. Bunun doğal sonucu ise, yönetime katılmayan pay sahibinin şirketin faaliyetinin akışı ve finansal durumu hakkında yeterince bilgi edinemesidir. Bilgi toplumu hizmetlerindeki gelişmelere ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda bu konuda atılan yenilikçi adımlara karşın Kanunkoyucu, ülkemizdeki girişimcilerin tepkilerini dikkate alarak, yasalaştırdığı bu yenilikleri sonradan yürürlükten kaldırmıştır. Özellikle 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, pay sahiplerinin sürekli olarak bilgilendirilmesini sağlayan hukuki araçlar büyük ölçüde devredışı kalmıştır³.

Bilgi edinemeyen pay sahibi, payını devredip devretmeme konusunda doğru karar vermek imkanından mahrum olduğu gibi, pay sahipliği haklarını hangi doğrultuda kullanacağı konusunda sağlıklı bir yol belirleme olanağından da yoksun kalır⁴. Bu gerçeklikten hareketle Türk Ticaret Kanunu Tasarı-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

- 1 Walter A. Stoffel (Roland Von Büren/ Rolf H. Weber), Grundriss des Aktienrechts, 3. Bası, Zürich, 2011, s. 4, No. 14; Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Bası, Bern, 2012, s. 423.
- 2 Poroy Reha/Tekinalp Ünal (Çamoğlu Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, 2014, No. 513; Arslan Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001, s. 67.
- 3 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 30.06.2012, 28339.
- 4 Kaya, s. 25; Şafak Narbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e

sı'nda pay sahibinin bilgi alma haklarını güçlendiren düzenlemeler kanunda yer almaktaydı. Türk Ticaret Kanunu, 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, getirdiği bir çok değişikliğin ötesinde iki noktada önemli yenilikler getirmekteydi: Finansal durumun ve faaliyet akışının sağlam bir zemine yerleştirilmesi ve kurumsal yönetimin dayandığı hakkaniyet, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkelerinin kapalı anonim ortaklıklar⁵ düzeyinde kabul edilmesi.

Ancak 6335 sayılı Kanun'la, Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden hemen önce gerçekleştirilen yasa değişikliği, Türk Ticaret Kanunu'nun dayandığı temel anlayışı ağır bir biçimde zedelemiştir⁶. Birçok değişikliğin içinde çağdaş muhasebe standardının uygulanmasının isteğe bağlı hale getirilmesi⁷ (TTK.m. 64), pay sahiplerinin borçlanması yasağının zayıflatılması⁸ (TTK.m. 358), yönetim kurulunun oluşumunda kısmen de olsa ihtisasa yer verilmesi kuralının terk edilmesi (TTK.m. 359), bağımsız denetim yaptırma zorunluluğunun belirli nitelikleri taşıyan ortaklıklara indirgenmesi (TTK.m. 397) ve bilgi toplumu hizmetlerinin sadece bağımsız denetime tabi olan ortaklıklar açısından zorunlu kılınması (TTK.m. 1524), pay sahipliği haklarına işlerlik kazandırılması anlayışı yönünden olumsuz gelişmelerdir.

Bu gelişmeler, pay sahibinin anonim ortaklığın finansal durumu ve faaliyet akışı hakkında bilgi edinme olanağını oldukça sınırlandırmıştır. Ortaklıklar Hukuku'na özgü "bilgi", pay sahipliği haklarının kullanılmasında pay sahibi açısından çıkış noktasını oluşturan ve pay sahipliği haklarının hangi doğrultuda kullanılacağına belirlenmesine zemin oluşturan verilerin bütünüdür. Bilgi, pay sahibinin, hakkını hangi yönde⁹ ve hangi kapsamda kulla-

Armağan, C. I, İstanbul, 2007, s. 298; ayrıca meselenin kontrol-mülkiyet ayrımına ilişkin boyutuna işaret eden Ali **Pashi**, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 611.

5 TTK Tasarısı'nda atıflar (örneğin bkz. m. 644) yoluyla limited ortaklıklar açısından da uygulama alanı bulması tasarlanan bu ilkenin, bilinçli olarak TTK Tasarısı'nda benimsendiğine dair bkz. Genel Gerekeççe, TTK Tasarısı, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005.

6 **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, No. 463.

7 TTK.m. 64 hükmü, 6335 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, ticari defterlerin tutulmasında Uluslararası Finansal Raporlama Standardı'na uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları'nın uygulama alanı bulacağını düzenlemekteydi.

8 TTK.m. 358 hükmü, 6335 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, pay sahibinin şirketten ödünç almasını mutlak olarak yasaklamaktaydı.

9 Örneğin genel kurula katılıp katılmama, oy hakkını olumlu, olumsuz veya çekimser şekilde kullanma, sorumluluk davası açıp açmama buna örnek gösterilebilir.

nacağını belirlemekte kullanacağı temel araçtır¹⁰. Payscaleinin olağan olarak bilgi edinmesinin yolu; bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanması, genel kurul toplantısı öncesinde inceleme hakkını kullanması (TTK.m. 437/1) ve genel kurul toplantısında bilgi alma hakkını kullanmasıdır (TTK.m. 437/2). Olağan yolların yeterli yararı sağlayamaması halinde, bilgiye erişmek için, geriye üç hak kalmaktadır: Bilgi alma davası (TTK.m. 437/5); özel denetim isteme hakkı¹¹ (TTK.m. 438-444) ve sorumluluk davası açma hakkı (TTK.m. 553 vd.).

Bu çalışmada, özel denetim isteme hakkının tüm cepheleri ele alınmayacak; sadece bu hakkın kullanılmasına ilişkin koşullar tartışılacaktır. Özel denetim isteme hakkı, TTK.m. 438-444 hükümleri ile ETTK.m. 348 hükmüne nazaran bu amaca çok daha elverişli bir biçimde düzenlenmiştir. Yeni sistemde, özel denetçi sadece mahkeme tarafından atanacağı gibi, özel denetim süreci de mahkemenin nezaretinde yürütülecektir¹². Özel denetim davası açıldığında, TTK.m. 439/1 uyarınca açılan davada özel denetimin koşullarının bulunup bulunmadığının sınıanmasından; özel denetim davasının her iki türünde (TTK.m. 438/1, 439/1) de özel denetçinin atanmasından özel denetim raporunun taraflara açıklanmasına değin işleyen süreçte hakime etkin bir rol düşmektedir.

Zira özel denetime ilişkin kurallar uyarınca artık saf bir “ özel denetçinin atanması” davasının¹³ (ETTK.m. 348) aksine, özel denetim sürecini baştan sona kapsayan bir özel denetim davası sözkonusudur. Özel denetim isteminin genel kurulca kabulü üzerine açılan özel denetim davasında özel denetimin ön koşulunun ve maddî hukuka özgü koşullarının tartışılması sözkonusu olmazken; genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde TTK.m. 439/1 uyarınca açılacak özel denetim davasında, gerek özel denetim istenmesine ilişkin ön koşulun gerek maddi hukuka özgü koşulların varlığının hakim tarafından saptanması gerekecektir. Bu çalışmanın amacı, münhasıran özel denetim isteme

10 **Kaya**, s. 26-27.

11 Özel denetim isteme hakkının, bilgiye ulaşma anlamında sınırlara tabi olan pay sahibi açısından bazen yegâne yol olduğu doğrultusunda Gerald **Spindler**/ Eberhard **Spiltz**/ Sebastian **Mock**, Aktiengesetz, 2. Bası, Münih, 2010, § 142, No. 1.

12 Bu alandaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Narbay**, s. 300.

13 ETTK.m. 348 uyarınca özel denetim usulünün işleyişi için bkz. Murat **Alışkan**, Türk Ticaret Kanununa Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, 2007, s. 29; özel denetçi atanması davasının özellikleri için bkz. Reha **Poroy** (Ünal **Tekinalp**/Ersin **Çamoğlu**), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010, No. 757c; **Pashi**, s. 624 vd.

hakkının ön koşuluna ve maddî hukuka özgü koşullarına odaklanılarak ortaya çıkabilecek hukukî sorunları ele almaktır. Bu amaçla, özel denetimin koşullarını ilgilendirmesi nedeniyle ilk aşamada özel denetim isteme hakkı yönünden hak sahibinin kim olduğu araştırılacak; ardından özel denetim isteme hakkının ön koşulu olan “inceleme veya bilgi alma haklarının kullanılması” koşulu incelencektir. Son bölümde maddî hukuka özgü koşullar olan “paysahipliği haklarının kullanılması yönünden gereklilik” ve “zarar” koşullarına temas edilecektir.

II. Özel Denetim İsteme Hakkı Yönünden Hak Sahibi

Her paysahibi, genel kuruldan belirli olguların özel denetim yoluyla açıklığa kavuşturulmasını isteyebilir¹⁴ (TTK.m. 438/1). Edinilmesi istenen bilgi, somut olgulara ilişkin olmalıdır. Özel denetimin amacı, paysahipliği haklarının kullanılması için gerektiğinde dava malzemesi olarak kullanılacak somut bilgilerin edinilmesi olduğundan¹⁵, özel denetim isteme hakkını kullanan paysahibi daha baştan bu hakkı somut olarak hangi bilgileri edinmek üzere kullandığını açıklıkla ortaya koymalıdır. Bu noktada da, edinilecek bilginin kapsamının ve çeşitli cephelerinin ancak özel denetimin sonucunda ortaya çıkacağı dikkate alınmalı ve paysahibinin edinmek istediği bilgiyi somutlaştırırken henüz açıklığa kavuşmamış olan bu bilgi hakkında her veriyi ortaya koyması beklenmemelidir. Paysahibinin bu bilgiye bir paysahipliği hakkının kullanılması için ihtiyaç duyduğunu ana hatları itibariyle ortaya koyması yeterli görülmelidir¹⁶. Önemli olan, paysahipliği haklarının kullanılmasında yararlanılacak bir bilginin varlığının ikna edici delillerle ortaya konulmasıdır. Bu bağlamda, olası bir menfaat çatışmasına işaret edilmesi yeterli değildir¹⁷. Paysahibi, özel denetim hakkını, ortada hakkında hiçbir veri olmayan bir olası hukuk ihlalini saptamak için kullanamaz¹⁸. Ancak paysahibinin özel denetimin gerekliliğini ikna edici bir şekilde ortaya koyması da yeterli görülmeli-

14 ETTK.m. 348/2 hükmünde, ancak genel kurulun toplantı tarihi itibariyle en az altı aydır sermayenin onda birini temsil eden paylara sahip olmak, özel denetim isteminde bulunmanın koşulu olarak öngörülmüştü; bu hususta bkz. Hayri **Domaniç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, II, İstanbul, 1988, s. 741.

15 Özel denetim isteme hakkının, bir hukuki değerlendirme veya bir hukuki sonuç elde etmeye yönelik olmadığı, münhasıran somut bilgilerin edinilmesine hizmet ettiği yönünde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 20.06.2013 4A_129/2013 sayılı kararı.

16 Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 123 II 161 ve BGE 138 III 252 sayılı kararları.

17 İsviçre Federal Mahkemesi, 06.08.2013 tarihli ve 4A_260/2013 sayılı kararı.

18 Urs P. **Gnos**/ Dominik **Hohler**, Gesellschaftsrecht - Entwicklungen 2013, njus.ch, 2014, s. 74.

dir; çünkü bilgiye sahip olmayan paysahibinin¹⁹ bundan öte bir ispat ölçüsünü sağlaması neredeyse olanaksızdır²⁰.

ETTK.m. 348 hükmünün aksine, genel kuruldan özel denetimin yapılmasını isteme hakkı, azlığa değil tek bir paysahibine tanınmıştır. Genel kurul bu istemi onaylarsa, şirket veya her bir paysahibi, asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK.m. 438/2). Kanun, mahkemeye yapılacak başvuru için otuz günlük bir süre belirlemiştir (TTK.m. 438/1). Kanunkoyucu, şirketi “özel denetim sürecinin işletilebileceği” tehdidiyle uzun süre karşı karşıya bırakmak istememiştir.

Genel kurul özel denetim yürütülmesi istemini onayladığı takdirde²¹, şirket de, herhangi bir paysahibi de mahkemeye başvurabilir. Bu olasılıkta, genel kurulda özel denetim isteminde bulunmayan bir paysahibi dahi mahkemeye başvurabilecektir²². Teorik bir olasılık olmakla birlikte, genel kurulda özel denetimin yürütülmesi istemi müzakere edilirken olumsuz oy kullanan bir paysahibi dahi, sonradan bu konudaki fikrini değiştirerek genel kurulun onay kararına istinaden mahkemeye özel denetçi atanması için başvuruda bulunabilir²³. Zira artık o paysahibinin oyu doğrultusunda karar alınmamış; özel denetimin yürütülmesi hususundaki ihtilaflar, genel kurul kararıyla ortadan kaldırılmıştır.

19 Bilgiye sahip olunmamasının ispat ölçüsünü hafiflettiğine ilişkin olarak bkz. **Gnos/Hohler**, s. 73.

20 Konuyu Türk Hukuku’nda ilk kez etraflıca inceleyen İmregün, şu sonuca varmaktadır: “...*Bu itibarla mahkeme kafî emare görür görmez hususi murakıp tayini talebini kabul etmeye mecburdur, kat’i deliller arayamaz, Tahkikatı Derinleştiremez. Aksi Halde Hususi Murakıp Tayininin Manası Kalmayacaktır*”, bkz. Oğuz **İmregün**, Anonim Şirketlerde Paysahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 74.

21 Bu karar, olağan yetersayılarla alınır (TTK.m. 418); bkz. **Şener**, s. 499; 501, dn.1333; Kanımızca bu yetersayı, anasözleşmeyle ağırlaştırılamaz; zira bireysel ve azlık paysahipliği haklarını güvence altına alan hükümler, kamu düzenine ilişkindir.

22 Bu yönde görüş bildiren **Şener**, s. 499.

23 İlk bakışta bunun çelişkili davranış yasağının ihlaline yol açacağını ileri sürmek mümkündür. Ancak genel kurulda özel denetime karar verilmesine dair müzakerelerin oylanmasından sonra ortaya çıkan gelişmeler, ilkin özel denetim yürütülmesini gerekli görmeyen bir paysahibinin dahi bu yola başvurmamasını haklı kılabılır. Zaten bir kez genel kurul özel denetimin yapılmasına karar verdiğinde, artık özel denetimin gerekli olup olmadığının tartışılması sözkonusu olmadığından, özel denetimin gerekliliği aleyhinde oy kullananın mahkemeye başvurmamasının çelişkili olduğundan söz edilemeyecektir. Kaldı ki, genel kurul tarafından belirli bir olgunun özel denetime tabi tutulmasına karar verildiği takdirde, bu kararın alınmasına karşı olan ve aynı zamanda paysahibi olan bir yönetim kurulu üyesinin, aklanmak için dahi özel denetimin yapılmasını mahkemeden istemesi, yöneticinin hukukî menfaatinin gereği olarak kabul edilebilir.

Mahkemeye birden çok başvuru olduğu takdirde, bu başvuruların birleştirilerek tek bir dosyada ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Genel kurulun özel denetim yürütülmesi istemini onaylaması halinde mahkeme özel denetçi atanmasına ilişkin koşulları irdelemeksizin özel denetçi atamalıdır.

Tek bir paya sahip olan paysahibinin dahi özel denetim isteme hakkıyla donatılması, ideal hukuk açısından olumlu bir adım olmakla birlikte; genel kurulun bu istemi kolaylıkla geri çevirebileceği gözardı edilmemelidir. Bu durumda, azlık paysahibi veya paylarının değeri en az 1 Milyon TL olan pay sahipleri genel kurul toplantısından itibaren üç ay içinde mahkemeye başvurabilir. Görüldüğü üzere, bu olasılıkta da genel kurulda özel denetim isteyen paysahibiyle mahkemeye başvuran paysahiplerinin aynı kişiler olması zorunlu değildir. Örneğin azlık paylarını elinde bulundurmayan bir paysahibi genel kuruldan özel denetim isteyebilir ve genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde, başka paysahipleriyle temasa geçerek azlık paylarını elinde bulunduran paysahiplerini bu davayı açmak üzere biraraya getirebilir. TTK.m. 439 uyarınca açılacak özel denetim davası, TTK.m. 438/2 uyarınca açılacak davadan farklıdır: Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde; şirket ile özel denetim isteyen paysahipleri, özel denetimin gerekliliği konusunda ihtilaf içindedir. Bu ihtilafın mahkemece giderilmesi gerekir. Bu nedenle TTK.m. 439 uyarınca açılacak davada, mahkeme özel denetimin koşullarının varlığını sınayacaktır.

Bu veriler ışığında genel kurulun özel denetim istemi hakkında aldığı karara göre hak sahibi, dolayısıyla davacı sıfatı değişiklik gösterecektir. Genel kurulun istemi onaylaması halinde her bir paysahibi, genel kurulun istemi reddetmesi halinde ise azlık paysahibi veya paylarının değeri en az 1 Milyon TL olan paysahipleri özel denetim davasını açabilecektir. TTK.m. 438 uyarınca açılacak özel denetim davasını her paysahibinin, hatta genel kurulda özel denetim isteminin aleyhine oy kullanmış bir paysahibinin dahi açabileceğini belirtmiştik. TTK.m. 439 uyarınca açılacak özel denetim davası yönünden ise farklı düşünmek gerekir : Kanımızca genel kurul toplantısında özel denetim yapılması aleyhine oy kullanmış bir paysahibi, TTK.m. 439 hükmünde öngörülen özel denetim davasını açtığı takdirde şirket, davacıya karşı çelişkili davranış yasağının (MK.m. 2/2) ihlal edildiği savunmasını öne sürebilecektir. Zira bu olasılıkta paysahibi, genel kurulda özel denetimin gerekli olmadığı yönünde oy kullanmışken bu kez mahkeme nezdinde bilakis özel denetimin gerekliliği doğrultusunda bir istemde bulunmaktadır²⁴.

24 Dikkatle karşı. yuk. dn. 23. Genel kurulun özel denetim istemini kabul ettiği varsayımda, özel denetim aleyhine oy kullanan bir paysahibinin özel denetim davasını yine de açabileceği gö-

III. Özel Denetim İsteme Hakkının Kullanılmasının Ön Koşulu

Paysahibinin bu hakkı kullanmasının ön koşulu, inceleme veya bilgi alma hakkını kullanmasıdır. Kanun inceleme ve bilgi alma haklarından birinin kullanılmış olmasını yeterli görmüş; bu iki hakla özel denetim hakkı arasında bir kademelenme ilişkisi kurmuştur: Bu haklardan herhangi biri kullanılmamışsa, paysahibi özel denetim isteyemez. Zira, bu hakların kullanılması marifetiyle, paysahipliği haklarının kullanılmasyla ilişkili bir olgu tespit edilememelidir ki, özel denetim gibi bu haklara nazaran daha girift bir hukuki süreç uygulanabilsin. Açık bir anlatımla Kanunkoyucu, paysahibinin bilgi almasına yönelik olarak ilkin inceleme ve bilgi alma gibi yalın süreçlerin uygulanmasını öngörmüş; ancak bu haklar kullanılıp tatminkâr bir sonuç elde edilemezse özel denetimin uygulanmasına izin vermiştir.

İnceleme hakkının kapsamı TTK.m. 437/4 hükmünde belirlenmiştir. Hükme göre paysahibinin sorusunu ilgilendiren kısmı itibariyle şirket kayıtları, ancak genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla incelenebilir²⁵ (TTK.m. 437/4). Zira inceleme hakkının amacı, paysahipliği haklarını bilinçli bir şekilde kullanmasını temin etmektir²⁶. TTK.m. 437/4 hükmünün konuluş amacı,

rüşümü; artık özel denetimin gerekliliğinin mahkemede tartışılmayacak olması keyfiyetine dayandırıyoruz. Oysa TTK.m. 439 uyarınca açılan özel denetim davası öncesinde genel kurul özel denetimin yapılmasını onaylamamıştır ve mahkeme özel denetimin gerekliliğine hükmederse özel denetim yapılmasına karar verecektir. Bu durumda bir yanda genel kurulda özel denetimin gerekli olmadığı doğrultusunda oy kullanan bir paysahibinin daha sonra mahkeme nezdinde bu kez bilakis özel denetimin gerekliliğini ileri sürmesi, çelişkili bir davranış oluşturur. Şu kadar ki, yukarıda 23. Dipnotta belirtilen olasılığa burada da göz atmakta yarar vardır: Acaba paysahibinin özel denetimi isteminin genel kurulda oylanması sırasında olumsuz oy kullanmasına rağmen, bu oylamadan sonraki süreçte daha genel kurul toplantısı bitmeden paysahipleriyle paylaşılan bilgiler karşısında özel denetimin bilakis gerekli olduğu kanatine varması mümkün müdür? Kanımızca bu olasılıkta dahi, sözkonusu paysahibi, yeni bir özel denetim talebinde bulunmalıdır. Zira bu paysahibi, başka bir paysahibi tarafından ileri sürülen bu istemin geri çevrilmesi doğrultusunda oy kullanmış; sonradan ise özel denetimin gerekli olduğu kanaatine erişmiştir. Bu durumda, paysahibinin aynı genel kurul toplantısında bu kez şahsen özel denetime karar verilmesi doğrultusunda istemde bulunması gerekir. Zaten genel kurul, önceki özel denetim istemini reddetmiştir ve yeni bir özel denetim isteminin ileri sürülmesine yönelik koşullar oluşmuştur. Önceki özel denetim istemine dair oylamalarda olumsuz oy kullanan bir paysahibi, ancak bu suretle özel denetim talebinde bulunarak ve genel kurulun bu istemi de reddetmesi üzerine özel denetim davası açmaya hak kazanır.

- 25 Türk Ticaret Kanunu'nda örneğin birleşmede (TTK.m. 149), bölünmede (TTK.m. 171), sermaye azaltımında (TTK.m. 473), inceleme hakkının kapsamı genişletilmiştir.
- 26 **Narbay**, s. 288; **Oruç Hami Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012, s. 503.

bu yaklaşımı gerekli kılmaktadır²⁷. Aksi takdirde inceleme hakkının “paysahibini genel kurula hazırlama” işlevinden söz edilmesi mümkün değildir.

Özel denetimin alternatif ön koşulu olan “inceleme hakkının kullanılması”, uyuşmazlık halinde paysahibi tarafından kanıtlanmalıdır. Bu ispat yükünün yerine getirilmesi, bazı güçlükler arz etmektedir. Alışıldık olmamakla birlikte, inceleme hakkının kullanıldığı olgusunun genel kurul tutanağına geçirilmediği hallerde, paysahibinin inceleme hakkının kullanıldığına dair yazılı bir belgeyi şirketten talep etmesi düşünülebilir. Ancak ihtilaflı durumlarda şirketin bu belgeyi düzenlemekten ve paysahibine vermekten kaçınacağı açıktır. Bu bağlamda, inceleme hakkını kullanmaktan alıkonulan veya kendisine inceleme hakkını kullandığına dair bir belge verilmeyen bir paysahibinin, şirkete noterden göndereceği bir ihtarnameyle durumu bir ihtarnameyle şirkete bildirmek suretiyle, şirketi kendisine “inceleme hakkının kullanılması olanağını tanımaya” veya “kendisine bu hususta bir belge düzenleyerek vermeye” davet edebilir.

Bilgi alma hakkı ise genel kurulda kullanılır. Paysahibi, genel kurulda bilgi alma hakkını kullanarak yönetim kurulundan şirket işleri hakkından varsa denetçiden ise denetimin şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Kanunda açıklık bulunmamakla birlikte, bilgi alma hakkının kullanılması halinde, paysahibi tarafından yöneltilen soruların ve bunlara karşılık verilen yanıtların genel kurul tutanaklarına geçirilmesi gerekir. Uygulamada genellikle, sadece paysahibi tarafından bilgi alma hakkının kullanıldığı ve buna yönetim kurulu tarafından yanıt verildiği keyfiyeti tutanağa yansıtılmaktadır.

Oysa, paysahibinin talep ettiği hallerde bilgi alma hakkının ne şekilde kullanıldığı ve şirket tarafından nasıl karşılandığının genel kurul tutanağına geçirilmesi gerekir. Bu ihtiyaç, bilgi alma hakkının özellikle özel denetim isteme hakkının alternatif bir ön koşulu olarak üstlendiği işlev yönünden de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, TTK.m. 437/2 hükmünün dayandığı mantıkî örgü uyarınca, paysahibi, inceleme veya bilgi alma hakkı marifetiyle erişmek istediği bilgiye erişememelidir ki, özel denetim isteminde bulunabilin. Bu aşamada, bilgi alma hakkı ile özel denetim isteme hakkı açısından içerik yönünden bir koşutluğa ihtiyaç vardır: Paysahibi, ancak hakkında bilgi almak istediği fakat bu bilgiye erişemediği hususlara ilişkin olarak özel denetim isteminde bulunabilir. Farklı bir ifadeyle, özel denetimin istendiği durumlarda; kanımızca eğer paysahibi özel denetimin ön koşulu olarak bilgi alma hakkını

27 Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun m. 437 hükmüne ilişkin madde gerekçesi.

kullanmakta ise, bilgi alma hakkıyla özel denetim isteme hakkının açıklığa kavuşturulmaya çalışıldığı hususlar birbiriyle örtüşmelidir.

Özel denetimin alternatif ön koşulları olarak inceleme ve bilgi alma hakları arasındaki temel farklardan biri budur. Özellikle genel kurulun özel denetim istemini onaylamadığı hallerde, özel denetimin yapılmasının gerekli olup olmadığını değerlendirirken hakim, inceleme veya bilgi alma haklarının kullanılıp kullanılmadığını gözden geçirilmelidir. İnceleme hakkı genel olarak genel kurulda ele alınacak meselelerin dayanağını oluşturan belgeleri kapsarken, bilgi alma hakkı somut soruların yönetim kuruluna ve denetçiye yöneltilmesini gerekli kılmaktadır. Özel denetimin ön koşulunu yerine getirmek anlamında pay sahibi, özel denetime konu ettiği hususları daha önceden kendisinin veya bir başka pay sahibinin²⁸ bilgi alma hakkını kullanarak açıklığa kavuşturma girişiminde bulunduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Bu itibarla bilgi alma hakkının hangi konuları kapsadığı bilinmelidir ki, bu hakkın yeterince karşılanmadığı ve özel denetim yapılmasına gereksinim bulunduğu mahkeme tarafından saptanabilsin.

Genel kurul tutanaklarının düzenlenmesinin toplantı başkanlığı tarafından gerçekleştirildiği, genel olarak toplantı başkanlığının yönetim kurulunu da seçen çoğunluk pay sahipleri tarafından seçildiği gözönünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla pay sahibi, bilgi alma hakkını kullanmasına rağmen, bu hakkı kullandığının dahi tutanağa geçirilmesine muktedir olamayabilir. Kanımızca pay sahibi, özel denetimin ön koşulu olan bilgi alma hakkını kullandığını, tanıkla ıspat edebilmelidir. Bazı durumlarda ise bilgi alma hakkının tutanağa geçirildiği fakat tutanakta bu hakkın ne kapsamda kullanıldığının ve karşılandığının belirtilmediği kaydedilmelidir. Kanaatimizce bu olasılıkta, pay sahibinin sırf bilgi alma hakkını kullandığını kanıtlaması, önkoşulun yerine getirilmesi yönünden yeterli görülmelidir. Zira genel kurul tutanaklarının düzenlenmesi şirketin kontrolündedir ve şirket, pay sahiplerinin bilgi alma hakkına konu etmedikleri bir hususu özel denetim yoluyla ileri sürmelerini önlemek istiyorsa, genel kurul tutanağını eksiksiz bir biçimde düzenlemeli ve bilgi alma hakkının ne kapsamda ve hangi hususlara yönelik olarak kullanıldığını açıkça tutanağa geçirmelidir. Kaldı ki; genel kurul tutanağının bu kısmının ticaret siciline tescile ve ilana tabi olmadığını vurgulamak gerekir.

Paysahibinin öncelikli olarak inceleme veya bilgi alma hakkını kullanma-

²⁸ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, Zürich, 2009, s. 2260.

sı koşulu, özel denetimin gerekliliği hususunda pay sahibi ve şirket arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı hallerde hakkın kullanılmasının ön koşulu olurken; buna karşılık bu konuda bir uyumsuzluk bulunup özel denetim davasının TTK.m. 439/1 hükmüne istinaden açıldığı hallerde aynı zamanda bir dava şartı niteliğine bürünür.

Son olarak özel denetim isteme hakkının önkoşulu olarak bilgi alma hakkının kullanılmasının yeterli görüldüğü kaydedilmelidir. Kanunda bilgi alma hakkının karşılanmadığı hallerde, pay sahibinin bilgi alma davası açabileceği düzenlenmektedir. Ancak bilgi alma davasının açılması, özel denetim isteme hakkının kullanılmasının ve giderek bir özel denetim davasının önkoşulu değildir²⁹. Bu noktada, bilgi alma davasıyla özel denetim davasının işlevlerinin birbirinden farkı da ortaya çıkmaktadır: Bilgi alma davası başarıya ulaştığı takdirde, bilgi şirket yönetimi tarafından mahkeme marifetiyle pay sahibine aktarılırken, özel denetimde bilgiyi mahkeme tarafından atanan özel denetçiler toplar ve mahkemeye aktarır.

IV. Özel Denetim İsteme Hakkının Tabi Olduğu Maddî Hukuka Özgü Koşullar

A. Maddî Hukuka Özgü Koşulların Mahkemece Sınanacağı Halin Belirlenmesi

Özel denetim davası, pay sahibiyle şirket arasında özel denetimin yapılması konusunda bir anlaşmazlık bulunup bulunmamasına göre TTK.m. 438 hükmüne veya TTK.m. 439 hükmüne istinaden açılır. İlk olasılıkta, genel kurul özel denetim yapılmasına karar verdiğinden, özel denetimin yapılması konusunda taraflar arasında bir çatışma bulunmamaktadır. Bu karara binaen mahkemeye başvurulmalı ve özel denetim süreci işletilmelidir³⁰. Bu olasılıkta hakim, TTK.m. 438/2 ve TTK.m. 439/2 anlamında özel denetimin maddî hukuka özgü koşullarının bulunup bulunmadığını sınıyamaz; zira taraflar bu koşulların bulunduğu konusunda anlaşmışlardır. Kuşkusuz ki, aslında bu koşulların bulunup bulunmadığını doğrulayacak veya çürütecek olan aşama, özel denetim raporunun mahkemeye ibrazı aşamasıdır. Özel denetim raporunda, araştırılan hususun pay sahipliği hakları için gerekli olmadığı veya şirket açısından bir zararın doğmadığı sonucuna erişilebilir.

²⁹ Böckli, s. 2267.

³⁰ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2015, s. 263 vd.

Davanın TTK.m. 438/2 hükmüne istinaden açıldığı bu birinci olasılık yönünden bir hukuki sorunu daha ele almak gerekir. Acaba özel denetimin yürütülmesi kararının aleyhine oy kullanan ve muhalefetine tutanağa geçirilmesini sağlayan (TTK.m. 446) bir başka pay sahibi, özel denetimin yapılmasına dair kararın iptalini dava edebilecek midir? Özel denetimin koşullarının bulunmadığının, genel kuruldan özel denetim isteyen pay sahibinin önceden inceleme hakkını veya bilgi alma hakkını kullanmadığının veya pay sahipliği hakları açısından özel denetimin gerekli olmadığı için ileri sürülmesi yoluyla, alınan kararın kanuna veya dürüstlük kuralına aykırı olduğundan bahisle iptal davası açılıp açılmayacağı, kritik bir meseledir. Kanımızca TTK.m. 438/2 uyarınca genel kurulun özel denetimi onayladığı haller için bu kapıyı kapatmamak ve soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Zira TTK.m. 438/2 uyarınca açılan özel denetim davasında hakim özel denetimin koşullarını irdelemeyeceği için, TTK.m. 446'da belirlenen koşulları yerine getiren her pay sahibinin bu koşulların oluşmadığını ileri sürerek kanuna veya dürüstlük kuralına aykırılığın varlığı halinde iptal davası açma hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir³¹.

Ancak bu şekilde açılan bir genel kurul kararının iptali davasının, özel denetimin amacını zedelemesine engel olmak gerekir. Şu kadar ki, şirket veya herhangi bir pay sahibi tarafından TTK.m. 438/2 hükmüne istinaden özel denetim davası açılmışken başka bir pay sahibi tarafından TTK.m. 446 hükmündeki koşullar yerine getirilerek iptal davası açılması halinde; hızlı ve verimli bir şekilde yürütülmesi elzem olan³² özel denetim davasında, iptal davası kanımızca bekletici mesele yapılmamalıdır. Zira, özel denetim davasında, özel denetimin koşullarının oluşup oluşmadığı tartışılmayacağına göre, özel denetim yürütülmeli ve özel denetim raporu alınmalıdır. Kuşkusuz ki, özel denetim raporu ibraz edilmeden ve mahkeme tarafından özel denetim raporunun hangi kapsamda açıklanacağı belirlenmeden önce iptal davasının sonucu kesinleşir ve özel denetim isteminin onaylanmasına dair genel kurul kararı iptal edilirse, özel denetim davası da konusuz kalacaktır. Buna nazaran daha güçlü olasılık, özel denetim davasının daha önce sonuçlandırılması ve iptal davasının konusuz kalmasıdır.

Bu çerçevede, Usûl Hukuku anlamında bir engel bulunmadığı takdirde her iki davanın birleştirilmesi de düşünülebilir; ancak davaların birleştirilmesi

31 Kuşkusuz ki, ilgili koşulların varlığı halinde kesin hükümsüzlüğün veya yokluğun tesbiti davalarının ikame edilmesi de mümkündür.

32 Özel denetim davasının işlevselliğine yönelik beklentiler için bkz. **Christoph B. Bühler**, *Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen*, GesKR.,2013, s. 544.

de özel denetimin amacına ters düşer: Bu kez hakim, birleşen davaları incelediğinde, öncelikle iptal istemini ve bu kapsamda özel denetime gerek olup olmadığını incelemek ve ondan sonra özel denetimi yürütmek zorunda kalacaktır ki; bu tür bir hukuki süreç, TTK.m. 438/2 hükmü uyarınca derhal özel denetime başlanmasını gerektiren kurallarla çelişmektedir.

Özel denetim davasının TTK.m. 439/1 hükmüne istinaden açıldığı ikinci olasılıkta ise taraflar arasında özel denetimin gerekliliği konusunda bir çatışma vardır. Bu çatışma, hakimin yargılama sürecinde özel denetimin gerekli olup olmadığı konusunda varacağı kanaate göre çözümlenir. Hakim özel denetim isteminin kabulüne yönelik maddî hukuka özgü koşullar olarak, iki koşulun varlığını arayacaktır: Özel denetimin paysahipliği haklarının kullanılmasından dolayı gerekli olması ve şirketin veya paysahibinin zarara uğramış olması.

B. Özel Denetimin Paysahipliği Haklarının Kullanılması İçin Gerekli Olması

Özel denetim isteme hakkı, başlı başına bir paysahipliği hakkını oluşturmakla³³ birlikte, kullanılmasıyla “bilgi edinilmesinin ötesinde” bir sonuç bahsetmeyen, bu yönüyle esasen diğer paysahipliği haklarına işlerlik kazandıran bir haktır. Özel denetim sürecinin yürütülmesi, ortaklık düzeninde bazı etkiler yaratır; bu cümleden olarak şirketi paysahibinin özel denetim istemi karşısında bir savunma yapmak zorunluluğuyla karşı karşıya bırakabilir; özellikle yönetim kurulu, TTK.m. 439 uyarınca açılan özel denetim davasında, özel denetimin koşullarının oluşmadığı (TTK.m. 438/1, 439/2) hususunda hakimi ikna etmeye çalışacak; bu çabasında başarılı olamadığı takdirde bu kez özel denetim raporunun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer menfaatlerini zedeleyeceği konusunda ispat yükünü yerine getirmeye gayret edecektir (TTK.m. 442/2).

Ancak özel denetim süreci, son tahlilde karanlıkta olan ve aydınlatılması paysahipliği haklarının kullanılmasından önem taşıyan hususların açıklığa kavuşturulması işlevini görecek³⁴. Paysahipleri, özel denetimin sonuçlarından yararlanıp yararlanmamakta özgürdür. Şu kadar ki özel denetim asıl etkisini, özel denetim sürecinin yürütülmesi esnasında ortaklık düzeninde

33 Bu hakkın vazgeçilmez niteliği için bkz. **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, 2014, No. 870e.

34 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich, 1996, § 35 N. 99; *Rolf H. Weber*, Basler Kommentar Obligationenrecht, Basel, 2008, m. 697e N. 7.

meydana gelen bu değişikliklerde değil; özel denetimin sonuçlarının başka payasa hipliği haklarına işlerlik kazandırmasında gösterir. Özel denetim isteme hakkı kullanıldığı ve özel denetim sürecinden verimli sonuç alındığı takdirde, payasa hibi, örneğin yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin (TTK.m. 553) ve denetçinin (TTK.m. 554) sorumluluğuna başvurabilir; elde edilen bilgiler bir haklı sebebin varlığına delalet ediyorsa haklı sebeple fesih davası açabilir (TTK.m. 531); bu bilgiler, hakim şirketin bağlı şirket üzerindeki hakimiyeti hukuka aykırı kullanmasına yol açıyorsa denkleştirme davası ikame edilebilir (TTK.m. 202).

Özel denetimin bu işlevi, özel denetimin kanunda belirlenen maddî koşulunda da kendisini göstermektedir: TTK.m. 438/1 uyarınca özel denetim istenebilmesi için, ‘özel denetimin payasa hipliği haklarının kullanılması için gerekli olması koşulu’ aranır. Bu koşul, İsviçre Hukuku’nda özel denetimin ikincil olduğu, açık bir anlatımla başka payasa hipliği haklarına işlerlik kazandırılması amacıyla yürütüldüğü doğrultusundaki görüşlere yol açmıştır³⁵. Ancak bu ikincilik nitelemesi, özel denetim isteme hakkının bağımsız bir hak olma özelliğine halel getirmez; sadece sonuçları itibariyle aslında başka hakların uygulanmasını mümkün kıldığını gösterir.

Özel denetimin, payasa hipliği haklarının kullanılması için gerekli olması, payasa hibinin özel denetim marifetiyle Ortaklıklar Hukuku anlamında payasa hipliği haklarını kullanmak için ihtiyaç duyduğu bilgiye erişmesiyle ilintilidir. İnceleme ve bilgi alma haklarının özel denetim isteme hakkının önkoşulu haline getirilmesinin mantıkî dayanağı bu noktada belirlemektedir: Her üç hak da, payasa hibinin bilgi edinmesine hizmet eder. İnceleme ve bilgi alma hakkının uygulanmasında payasa hibi, şirket yönetiminin sunduğu kapsamda bilgiye kavuşurken, özel denetimde bilgiyi, uzman kişiler³⁶ devşirir. Bilgi uzman kişiler tarafından devşirildiği gibi, özel denetim raporunda uzman kişiler tarafından yorumlanarak bir anlamda işlenmiş bilgi olarak payasa hibine sunulur. Kuşkusuz ki; payasa hibine sunulacak bilginin kapsamını hakim belirler (TTK.m. 442/2). Özel denetim isteme hakkının alternatif ön koşulu olarak inceleme veya bilgi alma hakkının öngörülmesinin nedeni, payasa hibinin bu yollardan

35 Andreas Casutt/ Catherine Grun Meyer, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, GesKR., 2012, s. 587 ve sözkonusu çalışmada tahlil edilen İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE138 III 246 sayılı içtihadı; Türk Hukuku’nda bu eğilimde Hasan Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 2012, s. 704.

36 **Pulaşlı**, s. 712.

olağan şekilde bilgiye kavuşabilmesi ve böylelikle karanlık bir hususun kalmaması olasılığıdır. Ancak bu hakların kullanılması, bilginin elde edilmesi anlamında verimli sonuçları beraberinde getirmediği takdirde özel denetim, bilginin edinilmesi için yegâne yol olarak gözükmektedir³⁷.

Bu veriler ışığında, pay sahibinin inceleme hakkına konu olan belgelerde (TTK.m. 437/4) veya genel kurulda müzakere edilen hususlara ilişkin olarak genel kurulda pay sahiplerine aktarılan bilgi ve belgelerde (TTK.m. 437/2) açıklığa kavuşması gerekirken karanlıkta kalan hususlar, kanımızca özel denetim isteme hakkına ilişkin maddî hukuk koşulunu sağlamaya adaydır. Açık bir anlatımla, inceleme hakkı veya bilgi alma hakkı kullanılarak elde edilebilecek olan ancak şirketin yönetim kurulunca ve duruma göre denetçisi tarafından açıklığa kavuşturulmayan hususlar, pay sahibinin menfaatinin ilgilendirir. Bu aşamada özel denetim isteme hakkının inceleme ve bilgi alma haklarından farkı, özel denetimin gündeme ilişkin olmayan konuları da kapsayabilmesinde kendisini gösterir³⁸. Her ne kadar TTK.m. 437/2 c. 4 uyarınca, gündemi ilgilendirmemekle birlikte başkaca bir pay sahibine sırf pay sahibi olması hasebiyle verilen bilgiler, genel kurulda diğer pay sahiplerine de aktarılacak ise de bu istisna dışında inceleme ve bilgi alma hakları; gündemle ilişkili konuları kapsar. Oysa özel denetimde durum farklıdır; pay sahibi, haklarını kullanması için gerekli olan hususları, gündemle ilişkili olmasa da özel denetime konu edebilir.

Bu itibarla, ön koşulu yerine getirerek özel denetim isteyen pay sahibi veya bu istemin genel kurulca reddi halinde özel denetim davasının davacıları konumundaki pay sahibi, pay sahiplerine hakkında bilgi verilmeyen bir hususun daha da ayrıntılı bir biçimde incelenmesi için özel denetim istiyorsa, bunun pay sahipliği haklarını ilgilendirdiği konusunda fiilî bir karinenin oluştuğunu kabul etmek gerekir. Zira pay sahibinin haklarını kullanacağı en temel zemin genel kuruldur ve pay sahibinin inceleme veya bilgi alma hakları akamete uğramışsa, pay sahibinin bilgi almak için kat edeceği esaslı yol, bilgi alma davası dışında özel denetim isteme hakkıdır. Bu itibarla, pay sahibi tarafından özel denetim istendiğinde ilk aşamada genel kurulda, ardından dava açıldığı takdirde mahkeme önünde aslında bu istemin pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmadığı konusundaki ıspat yükü, kanımızca şirkete düşmelidir. Bilginin sahibi konumundaki şirket, bilginin pay sahipliği haklarıyla ilintisini çürütmek konusunda oldukça elverişli bir konumda bulunmak-

37 Kuşkusuz ki, pay sahipliği haklarından doğan davalar yoluyla da pay sahibi bilgi edinebilir.

38 TTK.m. 438/1, Genel Kurulun Çalışma Usûl ve Esasları ile Görevlendirilecek Bakanlık Temsilcileri Yönetmeliği'nin 25. Maddesi.

tadır. Denilebilir ki, paysahibi bilgiye vakıf değildir ki, bu bilgiyi kullanarak başkaca paysahipliği haklarını kullanabileceğini ıspat edebilsin.

Bu bağlamda mahkeme, TTK.m. 440/1 uyarınca şirketi ve istem sahibini dinledikten sonra, aydınlığa kavuşturulması gereken hususun gerçekte karanlıkta kalıp kalmadığını ve paysahipliği haklarının kullanılması için özel denetimin gerekli olup olmadığına karar verecektir. Kanımızca hakim, yukarıda sunduğumuz gerekçelerle, paysahipliği haklarının gereği ile özel denetim arasındaki bağıntıyı araştırırken, yüksek bir eşik uygulamamalıdır. Yukarıda gerekçeleri sunulduğu üzere, aydınlığa kavuşmayan bir hususun bulunduğunu davacının, buna karşılık aydınlığa kavuşturulması gereken olgunun paysahipliği haklarıyla ilintili olmadığını ise davalı şirketin kanıtlanması gerekir. Hakimin yüksek bir eşik uygulamamasından kasıt, inceleme veya bilgi alma haklarını kullanmış olan bir paysahibinin elde etmeyi umduğu bilginin paysahipliği haklarının kullanılmasına yönelik etkisi araştırılırken, “ancak özel denetimle saptanabilecek olguların daha baştan davacı tarafından kanıtlanmasının aranmaması” şeklinde tarif edilebilir.

Buna karşılık, özel denetimin paysahipliği haklarının kullanılması için gerekli olduğunu ıspat yükünün davacıya yüklenmesi gerektiği kaydedilmelidir ve davacının karanlıkta kalan hususun paysahipliği haklarının kullanılmasıyla olan ilintisini inandırıcı kılması yeterli görülebilir. Ancak yine de, aydınlığa kavuşturulması gereken olguyla ilgili olarak ancak özel denetim yapıldığı takdirde bilgi sahibi olacak olan paysahibinden bir de bu bilginin paysahipliği hakkıyla ilintili olduğunu kanıtlanmasında katı bir ölçünün uygulanması hakkaniyete uygun değildir.

Bu çerçevede akla gelen bir olasılık da, genel kurulda özel denetim isteyen paysahibiyle TTK.m. 439/1 uyarınca özel denetim davasını açan tarafın farklı kişiler olması olasılığında, özel denetimin kimin paysahipliği haklarının kullanılması için gerekli olacağı sorunudur. Acaba genel kurulda özel denetim isteyen taraf için bu hususların açıklığa kavuşturulması gerekirken davacılar yönünden bu geçerli değilse veya tam tersi olursa hakim nasıl hareket etmelidir? Genellikle bir olgunun açıklığa kavuşmaması, her paysahibinin paysahipliği haklarının kullanılması açısından gereklidir; ancak aksi yönde ortaya çıkabilecek istisnai bir olasılığın da gözardı edilmemesi gerekir. Kanımızca hakim, her durumda davacının paysahipliği haklarının kullanılması açısından bu bağıntının mevcut olup olmadığını sınamakla yetinmelidir. Usûl Hukuku’nda hukukî menfaatin yeri bunu gerektirir. Birden çok davacı varsa ve bunlardan sadece birinin veya bazılarının paysahipliği

haklarını kullanması açısından özel denetim gerekliyse, hakim, kanaatimizce özel denetim davasını açan pay sahiplerinin dava konusu olgunun açıklığa kavuşturulmasında hukuki menfaatinin olup olmadığını her bir pay sahibi yönünden ayrı ayrı incelemelidir. Hukuki menfaati bulunmayan bir kişinin davasının reddedilmesi gerektiğinden, davacılarından herhangi birisinin kendi pay sahipliği haklarının kullanılması açısından bu bilgiye ihtiyacı bulunmuyor ise o davacı açısından özel denetim davasını reddetmek ve kalan davacıların paylarının birlikte azlık oluşturup oluşturmadığına veya kanunun öngördüğü değerde olup olmadığına bakmak gerekir.

C. Şirketin veya Pay sahiplerinin Zarara Uğraması

1. Zarar Koşulunun İspatı Sorunu

Özel denetim isteme hakkının özü TTK.m. 438/1 hükmünde, açıklanırken özel denetimin ancak pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olduğu belirtilmekte, genel kurulun özel denetim istemini onaylamaması halinde TTK.m. 439/1 uyarınca açılacak davada, açıkça davacıların “*kurucuların veya şirket organlarının; kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir biçimde ortaya koymaları*” koşulu aranmaktadır. Bu koşul, TTK.m. 438 uyarınca genel kurulun özel denetim istemini onaylaması yönünden değil; pay sahibiyle şirket arasında özel denetimin gerekliliği konusunda ihtilaf bulunduğu takdirde TTK.m. 439/1 uyarınca açılan davada özel denetim isteminin kabulü açısından aranmaktadır.

Yukarıda irdelendiği üzere, TTK.m. 438/2 uyarınca açılan özel denetim davasında hakim özel denetim isteminin maddi koşullarını incelemeyecek, doğrudan doğruya özel denetçi atama yoluna gidecektir. Buna karşılık TTK.m. 439/1 uyarınca açılan özel denetim davasında hakim, özel denetime karar vermek için bir yandan özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması açısından gerekliliğini inceleyecek (TTK.m. 438/1) ve diğer yandan, davacıların şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir biçimde ortaya koymalarını arayacaktır³⁹. Bu koşul, doğrudan doğruya davacı-

³⁹ Kaynak İsvBK.m. 697b hükmünde yer alan bu koşulun, özel denetim isteme hakkının keyfi bir biçimde uygulanmasını önlemek için getirildiğine işaret eden **Weber (Von Büren/ Stoffel)** s. 224-225, No. 945. Diğer yandan İsviçre Hukuk uygulamasında, mahkemelerin özel denetim hakkına yeterince hassasiyet göstermemeleri ve yüksek bir ispat eşiğini aramaları nedeniyle bu haktan beklenen yararın elde edilemediği ortaya konulmaktadır; bkz. Roland

nın hukuki menfaatini de belirlemektedir: Davacı, şirketin veya kendisinin bir zarara uğradığı hallerde özel denetim yapılmasını isteyebilir.

Madde gerekçesi de zararın oluşmasının ayrı bir koşul olarak aranacağını duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır⁴⁰. Zarar koşulu üzerinde dikkatle durulmalıdır. Hüküm sadece sözel olarak yorumlandığı takdirde, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ettiği fakat henüz bir zararın doğmadığı hallerde özel denetim istenemeyecektir. Madde gerekçesi de hükmün sözünü desteklemektedir. Kaydetmek gerekir ki, bir zararın oluşup oluşmadığı ancak özel denetim raporuyla açıklığa kavuşacak ise, hakim, davacıların bir zararın doğduğuna dair belirtileri ortaya koymaları halinde, pahasıplığı hakları açısından gereklilik koşulunun da yerine getirilmesi kaydıyla, özel denetimin yürütülmesine hükmetmelidir. Zira zararın doğup doğmadığına ilişkin veriler, ancak özel denetimle devşirilebilecek ise, özel denetim yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi için davacıdan zararın varlığını en baştan kanıtlaması beklenmemelidir. Davacının ıspat yükü açısından, zararın bulunduğu dair emarelerin kanıtlanması yeterli görülmelidir⁴¹.

Nitekim özel denetim istemi yönünden ıspat ölçüsü, “ikna edici bir şekilde ortaya koyma” olarak kanunda belirlenmiştir (TTK.m. 439/2). İkna edici ıspat yönünden yargıç, yüksek bir eşik belirlememelidir⁴²: Davacı zaten bildiğinden yoksundur ve bilgiyi uzman eliyle edinmenin aracı, özel denetim davasıdır. Kuşkusuz ki yargıç, görev ihlali ve zarar anlamında hiç olmazsa makul

Müller / Lorenz Lipp / Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich, 2014, s. 344.

40 Bkz. Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, Madde 439, fıkra 2’ye ilişkin gerekçe: “Mahkemenin azlığın talebi üzerine özel denetçi atayabilmesi için, 438nci maddedeki şartların somut olayda varolup olmadıklarını incelemesi yanında, ikinci fıkrada yer alan şartı da araması gerekir. Söz konusu ek şart, kanunun veya esas sözleşmenin ihlal edilmesi suretiyle şirketin veya pahasıplıklarının zarara uğratılmasıdır: İhlal anonim şirketlerin yazısız kurallarına aykırılığı da kapsar. Bu ek şartın usul hukuku anlamında muteber delillerle ıspatı şart koşulmamış, ikna edici olgularla veya inandırıcı bir şekilde ortaya konulması yeterli görülmüştür: Zarar ile borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesi kastedilmiştir”.

41 Fatih **Bilgili/ Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, 10. Bası, Bursa, 2013, s. 511, dn. 1339.

42 İsviçre Federal Mahkemesi, 06.08.2013 tarihli ve 4A_260/2013 sayılı kararında, hakimin özel denetime hükmetmesi için ikna edici delillerle yetinmesinin ne katı bir eşik uygulanmasına ne de –pahasıplığı haklarının kullanılmasıyla ilintisi kanıtlanmayan- dayanaksız iddiaların istemin kabulü için yeterli görülmesine elverişli olmadığını ortaya koymaktadır; bu konuda bkz. kararı tahlil eden Rolf **Sethe/ Fabio Andreotti**, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ, 2014/110, s. 550.

bir belirtinin varlığını aramalıdır. Ancak davacı tarafından görev ihlaline ve zararın varlığına delalet eden maddî olguların bildirilmesi halinde, özel denetimin yürütülmesine hükmedilmelidir. Zira özel denetim davasının ilk aşaması, bir görev ihlalinin ve zararın varlığının kanıtlanacağı aşama değildir; bu unsurlardan herhangi biri varitse, bu durum özel denetim raporu tahtında ortaya çıkacaktır.

Madde gerekçesinde açıkça zarar terimi ile malvarlığının azalmasının kastedildiği belirtilmektedir. Ortaklıklar Hukuku'nda şirketin veya paysahibinin uğradığı zararın ele alındığı sorumluluk davasında dahi, zarar unsurunun varlığının kanıtlanması, uzun zaman almakta ve birçok zorluk arz etmektedir. TTK.m. 439/1 uyarınca ikame edilen özel denetim davasının iki aşamalı olduğu gözönünde bulundurulmalıdır: İlk aşamada hakim özel denetimin ön koşulunun ve maddi hukuka özgü koşullarının varlığına kanaat getirirse özel denetime hükmedecek ve özel denetçi atayacaktır. İkinci aşamada ise hakim, özel denetçiler tarafından özel denetim raporu hazırlanırken (TTK.m. 441) ve özel denetim raporu mahkemeye ibraz edildikten sonra, özel denetim sürecine nezaret eder ve özel denetim raporunu belirlediği kapsamla taraflara açıklayarak özel denetim sürecini tamamlar. Özel denetim davasında ikinci aşamaya geçilmesi için, hakim özel denetimin koşullarının ve bu çerçevede zarar koşulunun varlığına hükmetmesi gerekir. Bu nedenle davacının zararın varlığına delalet eden emareleri ortaya koymasıyla yetinilmelidir.

2. Zarar Koşuluyla Paysahipliği Haklarının Kullanılması Açısından Gereklik Koşulunun Karşılıklı Etkileşimi

Hakim, özel denetim davasında, inceleme veya bilgi alma hakkının kullanılmasına rağmen belirli bir hususun aydınlatılmadığını, bunun açıklığa kavuşturulmasının paysahipliği hakları açısından gerekli olduğunu ve bu hususun şirketin veya paysahibinin zarara uğramasına yol açtığını tespit ettiği takdirde, özel denetçi atayarak özel denetim sürecini başlatacaktır. Bu noktada, “zarar” koşulu ile “paysahipliği haklarının kullanılması için gereklik” koşulları arasındaki etkileşim ortaya çıkmaktadır: Şirketin veya paysahibinin zarara uğradığı yönünde davacı tarafından ortaya konulan emareler, hakim tarafından yeterli görüldüğü takdirde, aslında bu olgu, başlı başına “özel denetimin paysahipliği hakları açısından gerekliği” koşulunu da temellendirecektir.

Açık bir anlatımla, zararın varlığına dair emarelerin ortaya konulması, paysahipliği haklarının kullanılması için özel denetimin gerekli olduğu konu-

sunda da önemli bir ıspat ölçüsünün sağlanması olarak yorumlanmalıdır. Zira zararın oluştuğuna dair emareler, davacının özel denetim neticesinde elde ettiği verilerden hareketle yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler hakkında şahsî sorumluluk davası (TTK.m. 553 vd.) açabileceğini gösterdięinden⁴³, özel denetimin pıysahipliği haklarının kullanılması açısından gerekliliği de somutlaşmaktadır. Bu etkileşim, “özel denetimin pıysahipliği haklarının kullanılması için gerekliliği” koşulunun zarar koşulundan bağımsız bir koşul olduğu gerçeğini değiştirmez. Ancak her iki koşul arasındaki etkileşim, birçoık olay örgüsünde iki koşulun birarada ortaya çıkmasına yol açar.

3. Zararın Doğması Tehlikesinin Özel Denetim İsteme Hakkını Temellendirip Temellendirmediği Sorunu

TTK.m. 439/2 hükmüne ilişkin madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, pıysahibi ile şirket arasında özel denetimin yürütülmesi konusunda ihtilaf oluştuğu ve pıysahibinin TTK.m. 439/1 uyarınca özel denetim davası açtığı durumlarda “şirketin veya pıysahibinin zarara uğraması” koşulu mutlak olarak aranmaktadır. Bu durumda zararın gerçekleşmiş olması gerekir; zararın gerçekleşecek olması keyfiyeti, özel denetim istemine hak kazandırmaz.

İnceleme veya bilgi alma hakları marifetiyle açıklığa kavuşmayan bir hususun yakın ve yoğun bir zarar riski doğurması, TTK.m. 439/2 anlamında yeterli değildir. Zira Kanunkoyucu, özel denetim gibi kapsamlı bir sürecin ancak bir zararın doğması halinde uygulanmasını öngörmektedir. Bu noktada “yakın ve yoğun bir zarar tehlikesi” yeterli görülmemelidir; çünkü bu zarar hiç gerçekleşmediği takdirde özel denetim keyfi bir şekilde yürütülmüş olur.

Ancak bir çok durumda davacının zararın varlığına delalet eden emareleri inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, zararın doğduğu durumla yakın ve yoğun bir zarar riskinin bulunduğu durum arasındaki ayrımı belirsiz kılmaktadır.

Özel denetim sürecinde mahkeme, bir bilirkişi incelemesine nazaran daha etkin bir rol üstlenmelidir. Özel denetçilerin özel denetim raporunu hazırlamak için ihtiyaç duydukları bilgi ve belgelerin temininde yargıç, sürece yapıcı müdahalelerde bulunmalıdır.

Özel denetim isteminin kabul edilip edilmeyeceğinin tartışma konusu olduğu ve “ıkna edici ıspat” ölçüsünün yeterli olduğu ilk aşamanın aksine, özel

⁴³ Özel denetimin özellikle sorumluluk davası açısından zarar unsurunun tesbitine yönelik işlevi açısından bkz. Şener, s. 498, 503; Spindler/Stilz/Mock, § 142, No. 1-2; Hölters/Hirschmann, § 142, No. 3.

denetim raporu mahkemeye sunulduktan sonra özel denetim davasına ilişkin yargılamanın son aşamasında yargıç, özel denetim raporunun inandırıcılığı açıklığa kavuşuncaya değin yargılamayı sürdürmelidir. Açık bir anlatımla özel denetim raporunun içeriğinin kesinleştirilmesini ve mahkemenin vereceği bir kesin kararla yargılamadan el çekmesini gerektiren bu aşamada ikna edici ispat ölçüsü yeterli değildir; yargıç, özel denetçilerin raporlarını dayandırdığı delilleri ve bu delillerden hareketle vardıkları sonuçları sınamalı ve özel denetim raporunun nihai içeriğini bizzat belirlemelidir.

Görüldüğü üzere, 6335 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'nun ilk halinde ifadesini bulan kurumsal yönetim kurallarından geri adım atılması karşısında, özel denetime yönelik ihtiyaç daha da belirgin hale gelmiştir. Ancak özel denetim isteme hakkının diğer pay sahipleriyle ilintisi bakımından doğru bir konuma yerleştirilmesi ve "paysahipliği haklarına işlerlik kazandırma" işlevini yerine getirmesi, yargıcın özel denetim davasında etkin bir rol üstlenmesine bağlıdır.

KAYNAKÇA

- Alışkan Murat**, Türk Ticaret Kanununa Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, 2007
- Bahtiyar Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2015
- Böckli Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, Zürih, 2009.
- Bühler Christoph B.**, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen , GesKR., 2013, s. 544.
- Casutt Andreas/Grun Meyer Catherine**, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, GesKR., 2012, s. 586 vd.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, Zürih, 1996.
- Gnos Urs P./Hohler Dominik**, Gesellschaftsrecht-Entwicklungen 2013, njus.ch, 2014, s. 57-82.
- Hölters Wolfgang**, Aktiengesetz, 2. Bası, Münih, 2014.
- İmregün Oğuz**, Anonim Şirketlerde Paysahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.
- Kaya Arslan**, Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001.
- Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter**, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Bası, Bern, 2012.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/ Plüss Adrian**, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürih, 2014.
- Narbay Şafak**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul, 2007.
- Paşlı Ali**, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 611-647.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, 2014.
- Pulaşlı Hasan**, Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 2012.

Sethe Rolf/Andreotti Fabio, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ, 2014/110, s. 547-552.

Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012.

Von Büren Roland/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Bası, Zürih, 2011.

Weber Rolf H., Basler Kommentar Obligationenrecht, Basel, 2008.

Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül

Prof. Dr. Mehmet HELVACI*

I. Giriş

Eski TTK'da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından müteselsil sorumluluk ilkesi kabul edilmişti. TTK'da ise, kaynak İsv.BK'da "farklılaştırılmış teselsül (*la solidarité différenciée*)" olarak adlandırılan ilke benimsenmiş ve İsv.BK'nın konuyu düzenleyen 759. maddesi TTK'ya alınmıştır (TTK 557). Farklılaştırılmış teselsül, İsv.BK'ya, 1991 yılında yapılan reformla girmiştir; 1991 yılındaki değişiklikten önce, eTTK 336 vd.'nda olduğu gibi, tam teselsül (*la solidarité parfaite*) benimsenmişti. Çalışmanın ana konusu, TTK 557 ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda kabul edilen "farklılaştırılmış teselsül"ün esaslarının ortaya konmasıdır.

Çalışmada; farklılaştırılmış teselsülün tam olarak anlaşılması için, eski TTK'da kabul edilmiş olan tam teselsül ilkesiyle bir karşılaştırma yapmak gereği duyulduğu gibi, kaynak İsv.BK'nın 759. maddesinin nasıl anlaşılıp uygulandığına ilişkin bilgilerin de verilmesi -maddenin uygulanmasına ve doktrinde değerlendirilmesine ışık tutması açısından- gerekli görülmüştür. Davalı yönetim kurulu üyelerinin zarar gören (davacı) ile arasındaki ilişkiye, kısaca dış ilişkiye ait olarak uygulama alanı bulacak olan TTK 557/I ve II'deki esaslar yanında, aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen sorumlular arasındaki ilişkiye, yani iç ilişkiye dair hükme, dış ilişki ile iç ilişkinin birbirinden ayrılan yönlerine ve farklılaştırılmış teselsülü somutlaştıracak örneklerle de Çalışmada yer verilmiştir.

Çalışma farklılaştırılmış teselsül üzerinedir. Böyle olmakla birlikte, TTK'nın yeni sorumluluk hukukunun eski Kanun'dan ayrılan -en temel bul-

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

duğumuz- noktalarına Çalışmanın ilk bölümünü ayırarak, bunlara da işaret etmeyi uygun gördük.

II. Yeni Sorumluluk Hukukuna Genel Bakış

TTK'nın her yanına serpilmiş olan görev ve yetkilere, hatta bazen haklara ilişkin maddeler, yönetim kurulu üyeleri bakımından kendiliğinden bir sorumluluk doğurmaktadır. Bu sebeple, sorumluluğa ilişkin düzenlemeleri bir araya toplamak olası bir şey değildir. Yine de, bu konuda TTK'nın, eski TTK'ya göre daha derli toplu olduğu söylenebilir.

TTK ile, sorumluluk sisteminde bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bunların tamamını reform olarak görmek çok mümkün değildir. Hatta bazı hususlarda, eski Kanun'a nazaran geri gidildiği bile söylenebilir. Örneğin, eski TTK'da şirketin sorumluluk davasını açması söz konusu olduğunda, mutlaka bir genel kurul kararına ihtiyaç vardı (eski TTK m.341). Bu, bir ön koşuldu; genel kurul kararı yoksa mahkeme, bunun tamamlanması için bir mehil verip, ancak bu tamamlanırsa davaya bakmaya başlıyordu. Uygulama bu şekilde gelişmişti. TTK ise, genel kurul kararını bir zorunluluk olarak aramamaktadır. Şu anda yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak olan sorumluluk davasında, genel kurul kararı bir zorunluluk değildir. Genel kurul kararıyla sorumluluk davası açılabilir, belli durumlarda buna ihtiyaç duyulabilir ama bu, artık her koşulda bir zorunluluk değildir¹. Elbette, genel kurul kararı olmadan da yönetim kurulunun dava açabileceği haller olacaktır. Örneğin, bir önceki yönetim kurulunun sorumluluğu açısından yeni yönetim kurulunun veya yönetim kurulu üyelerinden birinin sorumluluğu açısından diğer yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul kararı alınmadan da, sorumluluk davası açabilmesi olanağının bulunduğunu söylemek lazımdır.

TTK, sorumluluk sisteminde, ibrada da değişiklikler yapmıştır. Buna göre;

- 1) İbra kararı, genel kurul kararı ile kaldırılamaz (TTK 558/I-c.1). Bu değişiklik, esasen uygulamanın oluşturduğu, kabul ettiği ama süreçte Türkiye'nin içinden geçtiği bazı kritik meselelerde meydana gelen sosyal tepkilerin ortaya çıkardığı bir kanun değişikliğidir. Aslında, kanunların soyut olması prensibi çerçevesinde bir tepkinin kanuna yerleşmesini çok doğru olarak kabul etmek mümkün değildir. Ancak,

¹ TTK 479'daki, ibra ve sorumluluk davası açılması oylamalarında imtiyazların kullanılmayacağı düzenleyen hüküm, her durumda genel kurul kararına ihtiyaç duyulduğunu göstermeye yetmez, genel kurul kararıyla da sorumluluk davası açılabileceğini gösteren bir hüküm olarak anlaşılmalıdır.

böyle bir tepki Kanun'da yer almıştır. Belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç yoktu, çünkü zaten ibra yenilik doğuran bir haktır, tek taraflı kullanılır ve kullanıldıktan sonra bir daha geri alınması mümkün değildir. Bu sebeple işin doğası gereği ibra kararının alınmasından sonra, bir başka genel kurul kararıyla geri alınması mümkün değildir. Türk mahkemelerinin önlerine gelen bazı (ibra kararının kaldırılmasına ilişkin) olaylar sürüncemede kalmış ve sonuca bağlanmaları gecikmiştir. Son tahlilde mahkemeler, ibra kararlarının geri alınmasının mümkün olmadığı yolunda karar vermişlerdir. Yine de bu gecikmeler, Kanun'a hükmün girmesinin sebebi olmuştur.

- 2) İbrayı bilerek payları satın alan ve ibra lehinde oy kullanan pay sahipleri sorumluluk davası açamazlar. Diğer (ibra aleyhinde oy kullanan) pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşer (TTK 558/II). İfade edelim ki, ibrayı bilerek paylar satın alan ve ibra lehinde oy kullanan pay sahiplerinin dava açma imkanının bulunmadığı da, aslında hakkın kötüye kullanılması yasağıyla çözülebilen bir meseleydi. Ancak, ibra aleyhinde oy kullanan pay sahiplerinin dava haklarının ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşeceği yönündeki düzenleme gerçek anlamda “yeni”dir.

TTK, eski TTK'dan farklı olarak, şirket alacaklılarının dava hakkını sadece iflas halinde tanımıştır (madde 556). Buna gerekçe olarak; tartışmalar sırasında bu davanın Türk uygulamasında çok kullanılmamış olduğu gösterilmiştir. Asıl sebep, İsv.BK'dan yapılan tercümeden kaynaklanmaktadır. İsv. BK'da bu düzenleme eskiden de yoktu, şu anda da yoktur. TTK'nın alacaklıların dava hakkını iflasa bağlaması bir geriye gidiştir. Şöyle ki, bazı hallerde şirketin kendisi ve pay sahipleri birlikte hareket edebilirler. Yani şirket, uğradığı zararı yönetim kurulu üyelerinden tahsil etmek istemeyebilir; çünkü, şirket ve yönetim kurulu aynı kişilerden oluşmaktadır. Pay sahiplerinin de aynı kişilerden oluştuğu durumlarda, sorumluluk davasının davacısı kalmamış demektir. Dolayısıyla, burada yegane gerçek davacı, davayı takip edecek olan kişi, şirket alacaklılarıdır. Bunun sadece iflas haline münhasır kılınması, iflasa kadar şirket alacaklılarının elinin kolunun bağlanması anlamına gelir².

² Şirketler topluluğu hükümlerinde ise, bir istisna mevcuttur: Şirket alacaklılarının, iflas söz konusu olmadan da, dava hakkı bulunmaktadır (TTK 202/c). Tabi bu, sadece anonim şirketlere ilişkin bir düzenleme değildir ama anonim şirketlere de şamil bir düzenlemedir. Demek ki, şirket alacaklılarının aslında dava hakkının ortadan kaldırılması için temel bir gerekçenin olduğunu söylemek çok da mümkün değildir.

Sorumluluk bahsinde, TTK 375'e önemle değinmek gerekir. Madde, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini tespit etmiştir. Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri; yönetim kurulunun bizzat kendisinin yapmasının zorunlu olduğu değil, ama kim yaparsa yapsın sonuçlarından yönetim kurulunun mutlaka sorumlu olduğu hallerdir. Yönetim kurulu, devredilemez görev ve yetkilerini bir başkasına/başkalarına devredemeyeceği gibi, bunlardan vazgeçemez de. Bunlar arasında, özellikle şu görev ve yetkileri sayalım: Yönetim kurulu hem şirketin üst düzey yönetimini bir başkasına bırakamaz, hem de bunlarla ilgili talimat verme görevini de yine kendisi yürütmek zorundadır. Aynı şekilde, şirketin yönetim teşkilatının belirlenmesi de yine yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkilerdendir. Yine muhasebe ve finansmanın denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde finansal planlamanın yapılması, zorunlu devredilemez görevlerdendir. Müdür ve benzeri kimseleri seçmek ve bunların imza yetkilerini düzenlemek, yani yönetim kurulunun altında çalışacak yönetimi şekillendirmek, yine yönetim kurulunun devredemeyeceği görevlerdendir. Bütün bu görevler yürütülürken bir üst gözetim yapmak, bir anlamda denetim yapmak³, yönetim kurulunun devredemeyeceği yetki ve görevler çerçevesinde sayılmaktadır.

Kontrolleri dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulamazlar ve bu, gözetim yükümü gerekçe gösterilerek de aşılabilir (TTK 553/III).

Ekleyelim ki, yönetim (TTK 367/I) ve temsil görev ve yetkilerinin (TTK 370/II) devri halinde, bu görev ve yetkileri devralanların seçiminde makul derecede özen gösterilmediği ispat edilmedikçe, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumluluk söz konusu değildir (TTK 553/II).

Son olarak değinelim: Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu "kusur" esasına dayanır, kusur sorumluluğudur. Eski TTK 338'de bu konuda bir karine (kusur karinesi) kabul edilmiş ve sorumluluk davasının davacılarının yönetim kurulu üyelerinin kusurunu ispatla yükümlü olmadıkları, sadece zara-

³ Gerekçede, "üst gözetim" ile kastedilenin hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi olup, yönetim kurulunun bir kontrol ve denetim organı olmadığı belirtilmiştir. Ancak, kuramsal açıdan ve işletme iktisadı yönünden gerekli işlerin akışının gözetiminden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Her durumda bu, yani yönetim kurulunun üst gözetim yetki ve görevini ifa etmesi, ancak yönetimle görevli kişilerin faaliyetleri bir anlamda *denetlenerek kontrol edilerek* (iç denetim, iç kontrol) mümkün olabilir. Dolayısıyla, her ne kadar eski TTK'nın iç denetim kurumu TTK'ya alınmadıysa ve yönetim kurulu aynı zamanda denetleme organı da değilse bile, iç denetimin tamamen terk edildiğini söylemek çok mümkün görünmemektedir.

rın varlığını ispatın yeterli olduğu, sorumluluktan kurtulmak isteyen yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olduğu benimsenmişti. TTK ise, eski Kanun'dan farklı olarak, bir kusur karinesine yer vermemiştir [TTK 553/I'deki "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ifadesi, 6335 sayılı Kanun'un (RG 30.06.2012, S.28339) 41. maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır]. Böyle olunca, Borçlar Kanunundaki genel sistemin uygulanacağını, yani akitten kaynaklanan borçlarda kural olarak davalının kusurlu addedileceğini ve kusursuzluğunu ispatlamak durumunda olduğunu; haksız fiilden kaynaklanan borçlarda ise davacının davalının kusurlu olduğunu ispatlamak durumunda olduğunu söyleyelim.

III. Eski TTK'da ve 1991 Reformundan Önce İsv.BK'da Kabul Edilmiş Olan Müteselsil Sorumluluk Rejimi, Tam Teselsül İlkesi ve Türk-İsviçre Hukukunun İlkeye Karşı Tutumu

Eski TTK'da ve 1991 reformundan önce İsv.BK'da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun müteselsil olduğu "ifade edilmiş", böylece müteselsil sorumluluk ilkesi benimsenmişti. Müteselsil sorumlulukta, birden fazla kişi, birlikte bir zarara sebebiyet vermekte; bir zararı birden fazla kişinin tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Burada, birden fazla borçludan her biri, alacaklıya/alacaklılara karşı borcun tamamından sorumludur ve bu borçlulardan birinin veya birkaçının ödemesiyle, ödenen miktar oranında diğer borçlular da borçtan kurtulurlar. Alacaklı/alacaklılar, borcun tamamının veya bir kısmının ödenmesini, sıra gözetmeksizin, borçlulardan birinden, birkaçından veya hepsinden isteyebilir/isteyebilirler.

Türk Borçlar Kanunu ile tam teselsül - eksik teselsül ayrımı ortadan kaldırılmış; şöyle ki, TBK 61'de, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin (TBK 162 vd.) uygulanacağı öngörülerek, esasen tam teselsül benimsenmiştir⁴.

Şimdilik bu ikisinin (tam ve eksik teselsül) müteselsil sorumluluğun görünüm biçimleri olduğunu belirtmekle yetinelim; ancak, aşağıda, farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesindeki etkisi bakımından eksik teselsüle de -tam teselsül ile karşılaştırmak suretiyle- değineceğimizi de söyleyelim.

⁴ Borçlar Kanununun meclise sunulan ve tasarı halindeki metninde farklılaştırılmış teselsüle ilişkin bir hüküm öngörülmüştü (madde 60/II). Fakat Kanun Meclis'ten geçerken Borçlar Kanunu bir önceki kanundaki yapısını korudu ve teselsülü sadece eksik teselsülü kaldırmak suretiyle düzenledi.

Tam teselsül, birden çok sorumlunun sözleşmenin kurulduğu sırada borcun tamamından sorumlu olduklarını beyan etmeleri ile sözleşme ya da Kanun gereği olarak doğabilir (TBK 162). Tam teselsülden bahsedebilmek için, bir zararı birlikte meydana getirmiş olmak gerekir. Borçlular, dış ilişkide (zarar gören ile ilişkilerinde), kusurlarının derecesine bakılmaksızın, zarar görene karşı tazminat miktarının tamamından sorumludurlar; iç ilişkide (birbirleri ile olan ilişkilerinde) ise, birbirlerine karşı başvuru (rücu) haklarının bulunup bulunmadığı ve rücu haklarının oranı, her birinin kusuru dikkate alınarak tespit edilir.

Doktrinde, eski TTK'da yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda tam teselsülün benimsenmesi ile davacılar sorumlu yönetim kurulu üyelerini birlikte dava etme imkanının tanındığı, böylece davacılar lehine bir düzenleme yapıldığı (üyelerin kusursuzluklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulmaları mümkün olmak kaydıyla) ve yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlulukları nedeniyle birbirlerini denetleme yükümlülüklerini gereğince yerine getirecekleri ileri sürülerek, müteselsil sorumluluk savunulmaktaydı⁵. Müteselsil sorumluluğun sadece kusurlu yönetim kurulu üyeleri arasında söz konusu olması (eski TTK 338) ve sorumluluk doğuran görevin yönetim kurulu üyelerinden sadece birine verilmesi halinde bu üyenin tek başına sorumlu olması (eski TTK 336/II, 319), birbirini seçmeyen üyeler arasındaki tam teselsülün adaletsiz olabileceği tereddüdünü gidermeye yönelik düzenlemelerdi⁶.

Tam teselsülde dış ilişkide sorumluların kusur dereceleri ve durumun gereklerinin dikkate alınması, her bir sorumlunun kendisine ait indirim sebeplerini (eski BK 43, 44; İsv.BK 43, 44) dış ilişkide davacıya karşı ileri sürememesi, bunun ancak iç ilişkide -rücu davasında- mümkün olması, hafif kusurlu üyenin zararın tamamından sorumlu tutulması ve ödeme güçsüzlüğünün dış

5 **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Bası, İstanbul 2007, s.21-22; **Turhan Atan**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azâlarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967, s.30-31; **Sait Kemal Mimaroglu**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azâlarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967, s.23. Zaten, müteselsil sorumluluğun temel amacı da, zarar görenin alacağını en iyi şekilde elde etmesini sağlamak ve bu yolla alacaklıyı borçlulardan birinin aczine karşı korumaktır.

6 **Çamoğlu**, s.22; **Mimaroglu**, s.21; **Atan**, s.30-31; **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s.35-36; **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması ("a.g.m."), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2001, s.222.

ilişkide ileri sürülememesi gibi neticeler doğurmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutumu bu yönde (sert) olmuştur.

İsv.BK 759'un "Aynı zararı tazminle yükümlü olan kişiler, bu zarardan müteselsilen sorumludurlar. Hakim, bu kişilerin kusurlarının derecesini dikkate alarak aralarındaki rücu davasını karara bağlar." şeklindeki 1991 reformundan önceki metni; -bir görüş, alacaklının korunması amacı ve İsv.BK 50'deki teselsül hükmüne münferit sorumluluk için kabul edilen İsv.BK 43 ve 44'ün uygulanamayacağı gerekçeleriyle müteselsil sorumluların her birinin zararın tamamından sorumlu tutulmaları yönündeki Federal Mahkeme'nin katı yaklaşımı yönünde gelişmişse de⁷- doktrinde, müteselsil sorumlulukta bir kişinin, verdiği zarardan daha fazlasını gidermek zorunda kalması ve bunu ancak daha sonra rücu davası ile geri alması, diğer sorumluların ödeme güçlerinin olmaması halinde zararın tamamını ödemek zorunda kalması ve dış ilişkide İsv.BK 43 ve 44'te yer alan indirim sebeplerinin ileri sürülememesi noktalarında eleştirilmiş ve müteselsil sorumlulardan biri için indirim sebebi bulunduğu takdirde teselsülün bu kişinin şahsen borçlanacağı miktarla sınırlı olacağı, müteselsil sorumluluğun İsv.BK 43 ve 44'ten bağımsız düşünülemediği görüşü⁸ ortaya çıkmıştır. Bu görüş uyarınca müteselsil borçluların sorumlu oldukları oranlarda yapacakları ödemeler, artık bağımsız bir borç olarak nitelenen diğer borçlularının borcunu sona erdirmez.

Belirtelim ki, İsv.BK'da 1991 değişikliği ile farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesinde -Federal Mahkeme'nin sert tutumunda ısrarı da etkili olmakla birlikte- müteselsil sorumluluğun da İsv.BK 43 ve 44 hükümlerinden bağımsız düşünülmemesi gerektiğini ileri süren görüş hakim olmuştur.

TTK 557'yi incelemeye geçmeden önce, TBK tam teselsül - eksik teselsül ayrımını kaldırırsa da, yukarıda belirttiğimiz hususa, o da farklılaştırılmış teselsülün ortaya çıkmasında etkisi bulunan eksik teselsüle değinelim: Eksik teselsülde bir zarardan, birden çok kişi, farklı nedenlerle sorumlu tutulmaktadır. Tam teselsülde olduğu gibi, eksik teselsülde de alacaklı, sorumluların tamamından veya bir kısmından borcun tamamının veya bir kısmının ifasını talep edebilir. Bu açıdan, tam teselsül ile eksik teselsül arasında temel bir fark bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, eksik teselsül şu noktalarda tam teselsülden ayrılmıştır:

7 Bkz. **Helvacı**, a.g.m., s.226-227, dnp.18 ve 19'da belirtilen yazarlar ve dnp.20'de ilgili Federal Mahkeme kararları için atf yapılan yerler.

8 Bkz. **Helvacı**, a.g.m., s.227-228, dnp.21'de belirtilen yazarlar.

- Tam teselsülde, sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi, diğer sorumlular açısından da zamanaşımının kesilmesine neden olur. Eksik teselsülde ise, sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer sorumluları etkilemez.

- Tam teselsülde, rücu hakkından istifade eden müteselsil borçlulardan her biri, ödediği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Eksik teselsülde ise, kural olarak halefiyet söz konusu değildir.

- Tam teselsülde, aynı zarardan sorumlu olan birden çok kişiden yalnız biri lehine tazminatta indirim sebebi mevcut olduğu takdirde, alacaklı, bu indirim nedenine rağmen, borcun tamamının ifasını ondan isteyebilir. Eksik teselsülde, lehine indirim sebebi bulunan borçlu, tazminatın indirilmiş miktarı oranında sorumludur.

Bilhassa tam teselsül ile eksik teselsül arasındaki bu üçüncü fark (bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınıp alınmayacağı), tam teselsülde hafif kusurlu bir yönetim kurulu üyesinin ağır kusurlu yönetim kurulu üyesi ile aynı miktardan sorumlu tutulmasına, kusursuzluğunu ispat eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulmasına rağmen hafif kusurlu yönetim kurulu üyesinin zararın tamamından sorumlu tutulmasına, eski BK 43 ve 44'te yer alan indirim sebeplerine dayanılmamasına sebep olmuştur. Farklılaştırılmış teselsülün kabulünün temelinde, bu farklılığın ortadan kaldırılması gereği yatmaktadır.

IV. Farklılaştırılmış Teselsül

1. Genel Olarak

Farklılaştırılmış teselsül, kısaca, iç ilişkide kural olarak ileri sürülebilecek olan kusurun derecesine ilişkin değerlendirmenin dış ilişkide ileri sürülebilmesi imkanındır. Farklılaştırılmış teselsül gereğince, yönetim kurulu üyeleri, aynı oranda kusura sahip olmadıklarını ileri sürmek suretiyle tam teselsülden kurtulacak ve sadece kendi kusurları ölçüsünde tazminata mahkum edilebileceklerdir. Farklılaştırılmış teselsül ile, aynı zarardan (*même dommage*) sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin her birinin, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebileceği; zararın ancak kusuru ölçüsünde ve durumun gereklerine göre kendisine yükletilebilecek miktarından sorumlu olacağı benimsenmiştir⁹.

⁹ Bu itibarla, müferit sorumluluk bakımından zaten geçerli olan "indirim sebeplerinin dikkate alınması" artık müteselsil sorumluluğu da kapsayacağından, tam teselsül ile eksik teselsülün,

Farklılaştırılmış teselsül öngören -İsv.BK 759'dan alınan- TTK 557, aynen şu şekildedir:

“(1) 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 sorumlu olur.

(2) Davacı birden çok kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.

(3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir” .

Maddenin ilk iki fıkrasında dış ilişkide teselsül, üçüncü fıkrasında ise iç ilişki düzenlenmiştir.

TTK 557/I ile, farklılaştırılmış teselsülde, sorumlu yönetim kurulu üyelerinin, **kusurlarına ve durumun gereklerine göre, zarar kendilerine şahsen isnat edilebildiği ölçüde** diğerleri ile birlikte sorumlu olacakları açıkça öngörülmüştür. Bu hükümde de, müteselsil sorumluluk kabul edilmiş; böyle olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluğuna sınır getirilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluğu, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zararın kendisine şahsen yükletilebilecek miktarı ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, her bir yönetim kurulu üyesi, tek başına (münferiden) sorumluluğuna gidilseydi ne miktara mahkum olacak idiyse, en fazla onu ödemekle yükümlü, kendi eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağı uyarınca sorumludur.

Görüldüğü üzere, farklılaştırılmış teselsül, tam teselsüldeki durumun aksine (alacaklının tatmini amacının üstün tutulması) borçlu lehine bir düzenlemedir.

Burayı biraz açmak gerekirse; hem tam teselsülde, hem de farklılaştırılmış teselsülde bir mağduriyet söz konusudur. Gerçekten de, tam teselsülde yönetim kurulu üyelerinden birisi veya bazıları aslında %100 kusurlu oldukları, daha az kusurlu oldukları halde tazminatın tamamını ödemek suretiyle mağdur olurlar. Farklılaştırılmış teselsülde ise, yönetim kurulu üyeleri

esasen münferit sorumluluk ile müteselsil sorumluluğun birbirlerine yaklaştığı dile getirilmiştir (Helvacı, a.g.m., s.232).

kusurları oranında sorumlu oldukları için, özellikle bütün yönetim kurulu üyelerinin malvarlığı tazminat borcunu ödemeye yetmediğinde, bu defa ortaya alacaklının mağduriyeti çıkacaktır. Bir örnek verelim: İki yönetim kurulu üyesi bulunmaktadır. Biri %100 kusurlu, diğeri ise %10 kusurludur. Tazminatın da 1.000 TL olduğunu varsayalım. Birinci yönetim kurulu üyesinin malvarlığı yetersizse veya hiç yoksa, tazminatın sadece %10'luk bölümü tahsil edilebilecek ve alacaklı farklılaştırılmış teselsülde sadece %10'luk kısmı almak suretiyle %90 nispetinde mağdur olacaktır. Eğer tam teselsül korunmuş olsaydı, burada yönetim kurulu üyesi %10 kusurlu olduğu halde %100 oranında tazminat ödemek durumunda olduğu için, bu defa yönetim kurulu üyesinin mağdur olduğunu söyleyecektik. Tabii burada bir tercih yapmak gerekir. Ortada bir mağduriyet olacağı kesindir. Ancak, bu mağduriyetin kimin üzerinde kalmasının hakkaniyete daha uygun olacağına bakmak lazımdır. Kanun farklılaştırılmış teselsülü benimsediği için, mağduriyet burada artık alacaklının üzerinde kalacaktır. Bunun doğru bir sistem olmadığı, bir mağduriyet söz konusu olacaksa, kurul halinde çalışan kimseler açısından, mağduriyetin bu kurul üyeleri üzerinde kalmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz¹⁰. Ayrıca, mağdurun kusursuz, yönetim kurulu üyesinin ise az ya da çok kusurlu olduğu da sabittir.

Belirtmek gerekir ki, ister tam teselsül, ister farklılaştırılmış teselsül söz konusu olsun, müteselsil sorumluluk, sadece aynı zarardan birden çok kişinin sorumlu olması halinde mevcuttur. Nitekim, TTK 557/I'de yer alan "**aynı zarar**" ifadesiyle "**birlikte verilen zarar**"ın kastedildiğine, tek başına verilen zararların birlikte verilen zarar kavramının kapsamında değerlendirilemeyeceğine madde gerekçesinde de değinilmiştir. Bu halde, zarara tek bir kişi sebep olmuşsa farklılaştırılmış teselsül uygulanmayacağı gibi, birden fazla kişinin ayrı ayrı verdikleri zararlar söz konusu ise müteselsil borç ilişkisi doğmayacağından, yine farklılaştırılmış teselsül uygulanamaz. Örnek verecek olursak: Zarar 10.000 TL olduğunu kabul edelim. Bu zararın yarısının (5.000 TL) doğumuna yönetim kurulu üyelerinin tamamı (A, B, C ve D) sebep olmuştur, her biri %100 kusurludur. Kalan yarısına ise, tek başına (A) sebep olmuştur, diğer yönetim kurulu üyeleri kusurlu değildirler. Bu halde farklılaştırılmış teselsül ve sonuçta müteselsil sorumluluk sadece (A), (B), (C) ve (D)'nin sebep

10 Tam teselsülün varlığı bakımından ileri sürülen en önemli gerekçe olan alacaklıların korunması ilkesinin -bütünüyle olmasa da büyük ölçüde- böylece borçlular lehine terk edilmesinin, teselsülün sadece usuli bir düzenleme haline dönüşmesine yol açacağı ve kanun koyucunun kanuni teselsül olarak düzenlediği sonuçların alacaklıları koruyamayacağı daha önce tarafımca ileri sürülmüştü (Helvacı, a.g.m., s.232).

olduğu 5.000 TL’lik zarar için uygulanacak, (A)’nın tek başına verdiği 5.000 TL’lik zararın tazmininde uygulanmayacaktır¹¹.

Belirtelim ki, TTK 557’nin gerekçesinde, tek başına verilen zararın müteselsil sorumluluk kapsamında talep edilebileceğine yönelik **hatalı** ifadelerle de yer verilmiştir. TTK 557/II’de “zararın tamamı” içinde tek başına verilen zararın/zararların talep edilmesine imkan verilmiş olması, tek başına verilen, diğer sorumluların işlemleriyle/eylemleriyle illiyet bağı kurulamayan zararın/zararların müteselsil sorumluluk çerçevesinde tazmin edileceği anlamına gelmemektedir.

Neticede müteselsil sorumluluk söz konusu olduğu için, farklılaştırılmış teselsülde de her bir borçlunun (sorumlu yönetim kurulu üyesinin), bireysel sorumluluk/teselsül tavanı içinde açığı kapama yükümü olduğunu, borcun tamamı ödeninceye kadar bütün borçluların (yönetim kurulu üyelerinin) sorumluluğunun devam edeceğini (TBK 163/II, İsv.BK 144/II) de söyleyelim.

2. Farklılaştırılmış Teselsül ile Tam Teselsülün Ayrılan ve Birleşen Yönleri

Farklılaştırılmış teselsül, sonuç itibarıyla müteselsil sorumluluğun bir görünüm biçimidir, fakat adı üzerinde ondan farklılaşan yönleri de bulunmaktadır. Burada, yukarıda da bahsi çok geçen tam teselsül - farklılaştırılmış teselsül ilişkisine, bunların ayrılan ve ortak en temel özelliklerine bir de topluca değinilmiştir.

2.1) Farklılaştırılmış Teselsülün Tam Teselsül ile Ortak/Benzer Yönleri:

- Farklılaştırılmış teselsülün mevcut olduğu hallerde de, davacının yönetim kurulu üyelerinden birini, birkaçını ya da tamamını dava etmesi, aynen tam teselsülde olduğu gibi mümkündür (TTK 557/II). Dolayısıyla, hem farklılaştırılmış teselsülde hem de tam teselsülde, davacı, sorumlulardan dilediğine başvurabilir. Esasen bu, sorumluluğun müteselsil olmasının bir sonucudur.

- İç ilişkide (rücu ilişkisi) de talep, istenilen sorumluya/borçluya yöneltilir. Davalı (kendisine dava yöneltilen yönetim kurulu üyesi), kendisine düşen oran ile sınırlı olarak sorumludur.

¹¹ Mahkemenin, talep edilen şirket zararı bakımından, önce “aynı (=birlikte verilen) zarar” ve “tek başına verilen zarar” ayrımı yapması gerekir. Zararın tümü davacı tarafından “birlikte verilen zarar” diye nitelendirilerek talep edilmiş olsa bile, mahkeme, bu araştırmayı yapacak, ondan sonra teselsülde farklılaştırmaya gidilecektir.

2.2) Farklılaştırılmış Teselsülün Tam Teselsülden Temel Farkları:

- Farklılaştırılmış teselsülü tam teselsülden ayıran en temel özellik, her bir borçlunun kusuru, eyleminin sonuca etkisi (nedensellik) ve durumun gerekleri gibi, sorumluluğun şahsen daha düşük miktarda takdir edilmesini gerektiren sebepleri alacaklıya karşı savunma imkanı olarak ileri sürme imkanı vermesidir.

- Buna bağlı olarak, mahkeme, borçluların zarar bakımından kusurlarının derecesini, nedenselliğin etkisini ve şartlara göre diğer indirim nedenlerini dikkate alarak, sorumluluk miktarında indirim yapabilir. Nedensellik bağı ve kusur derecesi dışındaki nedenler de, dış ilişkide sorumluluk miktarını etkileyebilir.

- Davalı sorumlulardan (yönetim kurulu üyelerinden) her biri, zarara tek başına sebep olsaydı ne miktara mahkum edilecek idiyse, bundan daha fazla bir tazminat ödemeye mahkum edilemez. Hiçbir davalı yönetim kurulu üyesi, bireysel sorumluluk tavanını aşacak oranda sorumlu tutulamaz.

- Farklılaştırılmış teselsülde, alacaklının borcunu tahsil etmekteki menfaati, borçlunun borcun doğumundaki etkisi esas alınmak suretiyle zayıflatılmıştır¹².

- Davacı, davayı birden fazla yönetim kurulu üyesine karşı ikame etse ve zararın tamamını bunlardan talep etse bile, davalı tarafta sayı itibarıyla tek bir davalı varmışçasına yargılama giderlerine ve vekalet ücretine mahkum edilir. Federal Mahkeme, ATF 122 III 324 vd.'nda, müteselsil borçluların müşterek zarar nedeniyle dava edilmeleri halinde, davacının yargılama giderleri bakımından taşıdığı riskin sanki karşısında tek bir davacı varmış gibi hesap edileceğini öngörmüş; İsv.BK 759/II (TTK 557/II) ile davacının, hakkında dava reddedilen sorumlulara karşı dava masraflarına katlanma yükümlülüğünden kurtarıldığını karara bağlamıştır.

3. Dış İlişki ile İç İlişkinin Ayırt Edilmesi

Farklılaştırılmış teselsülde, kısaca, dış ilişkide (alacaklı/alacaklılar ile borçlular arasındaki ilişki) de sorumluluk miktarları bireyselleştirilmekte, yani farklılaştırılmaktadır. Bu açıdan, yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluk oranı, özellikle TBK 51 ve 52'de yer alan indirim sebepleri de

¹² Bkz. yukarıda IV/1. altındaki açıklama.

dikkate alınarak belirlenecektir¹³. Teselsülün “farklılaştırılmış” olarak adlandırılmasının temelinde bu yatmaktadır.

Farklılaştırılmış teselsülü, iç ilişkideki (sorumluların birbirleriyle olan ilişkileri) rücu ile karıştırmamak gerekir. Dış ilişkide zararın, örneğin üç kişi arasında, % 30, % 60, % 10 olarak paylaştırılması şart değildir. Bu şekilde % 100’e tamamlanacak bir paylaşım ancak iç ilişki açısından geçerlidir. Dış ilişkide sorumluluk, sorumlulardan her birinin eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağı uyarınca kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde söz konusudur. Dış ilişkide, her bir borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamı, onun zarar gören (davacı) ile ilişkisine göre tespit edilir.

Hafif kusur sebebiyle tazminattan indirim, hatırlatılmalıdır ki, kusurun *tamamen* “hafif” (*faute particulièrement légère*) olarak nitelendirilmesi halinde mümkündür¹⁴. Bunun nedeni, kusurun derecesinin dış ilişkide her bir sorumlu bakımından ayrı ayrı belirlenmesi, ancak sorumluların kusurlarının birbiriyle karşılaştırılmamasıdır. Bu karşılaştırma, iç ilişkide yapılır. İç ilişkide, her bir sorumlunun kusur derecesinin belirlenmesi yanında, ayrıca bunlar birbirleriyle de karşılaştırılır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin teselsülün varlığı halinde borçlunun zarara olan katkısını ve kusurunun derecesini dikkate almayan uygulamasında, borçlunun zarara katkısının diğer borçlularınkine göre son derece düşük olması, istisnai olarak dikkate alınmıştır¹⁵.

Corboz, şu örnekle dış ilişki ile iç ilişkiyi aydınlatmaya çalışmıştır:

“Bir yönetici, muhasebe stratejisi ile aşırı borçlanmayı başarılı biçimde gizlemiştir. Daha sonra, bu yönetici ile işbirliği içinde olan denetçiler, genel kurulu uyarmamışlardır. Denetçiler bu durumda, en temel yükümlülüklerinden birini ihlal etmişler ve denetim organının anlamını boşaltmışlardır, bu nedenle ağır kusurludurlar. İflastan sonra alacaklılar toplanması tarafından arandıklarında, denetçiler, hafif kusurlu olduklarını ileri süremezler ve dış ilişkide zararın tamamından sorumlu tutulurlar. Ancak hakim, somut olayın koşullarını inceledikten sonra, sorumlular arasındaki rücu aşamasında, yöneticinin hukuka aykırı inisiyatifini aldığı, strateji yaptığı ve kusurunun de-

13 İsviçre Federal Mahkemesi de, artık farklılaştırılmış teselsülü nedensellik bağı açısından değerlendirmekte ve dış ilişkide de -eskiden sadece iç ilişkide mümkündü- İsv.BK 43 ve 44 gereğince kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. ATF 133 III 116.

14 Bkz. ATF 4C.243, 14.12.1998.

15 Bkz. ATF 127 III 266.

netçilerin kusurundan daha ağır olduğu sonucuna varabilir (denetçilerin bu durumda sadece ihbar yükümlülüğüne aykırılığı bulunmaktadır), dolayısıyla hakim zararın üçte ikisinin yönetici, üçte birinin denetçiler tarafından tazmin edilmesine karar verebilir¹⁶.”

4. TTK 557/II Hükümü

TTK 557/II hükmünde, davacının, birden fazla sayıda sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebileceği ve hakim aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebileceği öngörülmüştür. Bu hüküm de, aynı maddenin birinci fıkrası hükmü gibi dış ilişkide teselsül ile ilgilidir.

Hüküm, zarara uğrayanı, yani çoğu kez anonim şirketi, gereğinde pay sahibini veya alacaklıyı, önce farklılaştırılmış teselsül hesabını (her bir davalının bireysel sorumluluk tavanını) bizzat yapıp buna göre davayı açmak zorunluluğundan kurtarmak amacıyla öngörülmüştür. Söz konusu hesabı yapmak güçtür. Bu sebeple, davacıya “zararın tamamını” dava etmesi olanağı tanınmış ve ayrıca müteselsil sorumluların (dış ilişkide) tazminat borçlarını teker teker tespit etmesini mahkemeden talep etme hakkı verilmiştir.

Bu kuraldan, öncelikle davacının *aynı ve tek bir davada* birden çok kişiye (bütün veya dilediği sorumlulara) talebini yöneltebileceği sonucuna varılır. Esasen bu usul, şirketler hukukundaki sorumluluk davalarının doğasından kaynaklanmaktadır. Organlar genellikle birden çok kişiden oluşmaktadır ve zarar verici eylemin birden çok kişiye isnat edilmesi de mümkündür.

“Zararın tamamı”, (*totalité du dommage*) ile kastedilen, hükmün gerekçesine göre, zarar verenlerin anonim şirketler hukukuna aykırı eylem ve kararlarının doğurduğu, tek başlarına veya birlikte verdikleri zarar kalemlerinin toplamıdır. Gerekeçedeki, “*tek başlarına... verdikleri*” ifadesi tartışılmalıdır. Tek başına verilen zarar farklılaştırılmış teselsülün ve tabi müteselsil sorumluluğun kapsamında değildir. Bir usuli kolaylık sağlanarak, birden fazla sorumlunun zararın tamamı için birlikte dava edilebilmesinde ve bu davada uğranılan tüm (tek başına/birlikte verilen) zararların toplamının talep edilmesinde, zararın tamamı birlikte ve tek başına verilen zararları kapsasa bile, her bir davalı tek başına sebep olduğu zarardan kendisi sorumludur. Tek başına veya birlikte verilen zarar ayırımını yapacak olan hakimdir.

¹⁶ **Bernard Corboz**, Commentaire Romand, Code des obligations II, (édité par Pierre Tercier, Marc Amstutz), Helbing Lichtenhahn-Bâle 2008, s.1412-1413.

Buna göre, teselsülde zarar, zarar veren bir grubun veya birden fazla sorumlu grubun (ki, farklılaştırılmış teselsül, tazminatla yükümlü farklı gruplar ortaya çıkarabilir) verdikleri münferit zararların toplamından oluşabilecek bir bütündür. Bu zarar, aynı ya da farklı hukuki sebepten kaynaklanabilen, farklı sorumlular ya da sorumlu gruplarının sebebiyet verdiği münferit zararların toplamını, başka bir deyişle müteselsil sorumluluk hükümlerine göre dava edilen kimselerin verdiği zararın toplamını ifade eder.

Davacıya sorumluları birlikte dava etme imkanı tanınmasının en önemli sonucu, daha önce de belirttiğimiz üzere, davalı tarafta birden çok kişi bulunmasına rağmen davalıların tek davalı olarak kabul edilmesi ve böylelikle davacının talebinin sadece bazı davalılar tarafından reddedilmesi halinde, sorumlu tutulmayan davalılar açısından davacının yargılama giderlerine mahkum edilememesidir.

5. Farklılaştırılmış Teselsülün İç İlişkide Uygulanması

ETTK’da, sorumlular arasındaki rücu ilişkisi düzenlenmemiştir¹⁷. Sorun, eski BK 50 çerçevesinde çözümlenmekteydi. TBK 61’de dış ilişkide müteselsil sorumluluk, TBK 62’de ise iç ilişkide müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. TBK 62’de, sorumlular arasındaki başvuru TTK 557/III’e benzer şekilde düzenlenmiştir. Öyle ki, TBK 62/I, “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*” şeklindedir.

TTK 557/III, “*Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir.*” hükmü ile sorumlular arasındaki iç ilişkiyi açıkça hüküm altına almıştır.

Maddenin gerekçesinde, hükümde ödemede bulunan sorumlulardan birinin bağımsız bir rücu davası ikame etmesi halinin düzenlendiği, dış ilişkiye ait sorumluluk davasında sorumlular arasındaki ilişkiye ait rücuun davacı tarafından talep edilmesinin zaten pek düşünülmemeyeceği belirtilmiştir. Bundan başka gerekçede, başvurunun sorumluluk davasının davalıları ile sınırlandırılmadığı, örneğin yedi üyeli bir yönetim kurulunda sorumluluk davası üç üyeye karşı açılmış olsa bile rücu kararının yedi üyeyi yargılayarak verilebileceği, bağımsız rücu davasının da üç üye hakkında değil de daha fazla üyeyi kapsa-

¹⁷ İsv.BK 759’un 1991 değişikliğinden önceki halinde, hakimin, müteselsil sorumluların kusurlarının derecesini dikkate alarak rücu davasını karara bağlayacağı öngörülmüştü.

yacak şekilde açılabilceği, bu olanağın hükümde “birden çok sorumlu” sözcüğü ile vurgulandığı, uygulamada çeşitli sebeplerle bazı üyelerin dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlandığı, rücu davasını da davalılara özgülemenin hem haksızlığı katmerli hale getireceği hem de davacıya adil olmayan bir güç sağlayacağı da ifade edilmiştir.

Müteselsil sorumluların dış ilişkide alacaklıya karşı sorumlu oldukları miktar ile iç ilişkide kendilerine başvurulabilecek miktar birbirlerinden farklı olabilir. Dış ilişkide indirim sebeplerinin ileri sürülmesi, borçlular açısından nihai olarak sorumluluk miktarının saptanması anlamına gelmemektedir. İç ilişkide sorumluların kusur derecelerinin, daha genel olarak sorumluluk şartlarının birbiriyle karşılaştırılabilir olması, durumun tüm gereklerinin dikkate alınması dış ilişkide her bir sorumluya düşen miktar ile iç ilişkide sorumlu olunan miktarın farklı olmasına yol açabilir.

Hükme uygun olarak hakim, rücu davasında başvuruyu, tüm sorumlular yönünden durumun gereklerini dikkate alarak belirler; kusurun ağırlığını ve TBK 51 ve 52’yi dikkate alır. Bu konuda hakime çok geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Kusurun ağırlığı, tazminat yükünün sorumlular arasında dağılımında esas kriteri oluşturur. “Durumun bütün gerekleri” ibaresini, sorumluların kusur oranları ile sınırlı olarak düşünmemek gerekir. Hakim, sorumluların kusurları (örneğin, üyelerden birinin hafif kusurlu olması, diğerinin ihmal ile hareket etmesi) dışında, sorumlular arasındaki hiyerarşik ilişkiyi, az ücretlendirmeyi, yetki devrini, iş bölümünü ve genel olarak TBK 51 ve 52’de yer alan hususları dikkate alabilir. Bu aşamada sorumlular arasındaki ilişkiler derinlemesine incelenmektedir; hakim, dış ilişki açısından yaptığı değerlendirmelerle -tekrar belirtelim- bağlı değildir.

Sorumlu yönetim kurulu üyelerinden birinin diğerine/diğerlerine karşı rücu isteminde bulunabilmesi için, dış ilişkide davacıya tazminat ödemiş olması ve bunun miktarının kendisine iç ilişkide yükletilen miktardan yüksek olması gerekir. Rücu isteminde bulunan yönetim kurulu üyesi, her bir davalıya ancak payı oranında rücu edebilir (TBK 167/II).

Müteselsil sorumlulardan biri aciz halinde ise, ondan tazmin edilemeyen tutar, diğerleri arasında eşit olarak paylaşılır (TBK 167/III).

V. Örnekler

Farklılaştırılmış teselsül uygulamasına ışık tutması için, basitçe kurgulanmış şu birkaç örneği verebiliriz:

1. Zarar, 120.000 TL'dir.

Yönetim kurulu üyeleri (A), (B) ve (C)'dir.

Dış ilişkide:

(A), % 30 kusurludur.

(B), % 30 kusurludur.

(C), % 50 kusurludur.

Zararın yarısı (60.000 TL), (C) tarafından ödenmiştir.

İç ilişkide sorumluluk oranları ise şöyledir:

(A): % 30

(B): % 30

(C): % 40

Buna göre; (C), 120.000 TL'lik zararın -dış ilişkide % 50 kusurlu bulunduğu için- yarısını (60.000 TL) ödediği için, kendisine iç ilişkide düşen 48.000 TL'lik tazminat miktarından 12.000 TL fazla ödemiştir. Bu miktar (12.000 TL) için, diğer borçlulara, iç ilişkideki sorumluluk oranlarına göre başvurabilecektir. Yani (C), (A)'dan 6.000 TL ve (B)'den 6.000 TL talep edebilecektir.

2. Zarar, 300.000 TL'dir.

Yönetim kurulu üyeleri (A), (B), (C) ve (D)'dir.

(A)'nın kusurunun bulunmadığı, (B)'nin % 100, (C) ve (D)'nin her birinin ise % 30 kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Zararın tamamı, dış ilişkide % 100 kusurlu bulunan (B) tarafından ödenmiştir. Oysa, iç ilişkide (B)'ye % 70, (C) ve (D)'nin her birine % 15 oranında sorumluluk yüklenmiştir.

Bu halde, (B), iç ilişkide kendisine düşen ($300.000 \times 70/100 =$) 210.000 TL'den 90.000 TL fazla ödemiştir. (B)'nin (C) ve (D) aleyhine açacağı rücu davasında, (C) ve (D), ayrı ayrı 45.000 TL'ye mahkum edilebilecektir.

(D)'nin ödemedi aciz halinde bulunduğunu, bunun yargılama sırasında kesinleştiğini varsayalım. Bu durumda, müteselsil sorumlu (D)'ye düşen 45.000 TL zarara (B) ve (C) birlikte katlanırlar. (B), kendisine düşen payı (22.500 TL) (C)'nin payına (22.500 TL) ve iç ilişkide ona

düşen 45.000 TL'ye ekleyerek, (C)'den 90.000 TL isteyemez, ondan 67.500 TL isteyebilir.

3. Zarar 600.000 TL'dir.

Yönetim kurulu üyeleri (A), (B) ve (C)'dir.

Dış ilişkide:

(A), % 30 kusurludur.

(B), % 40 kusurludur.

(C), % 30 kusurludur.

İç ilişkideki sorumluluk oranları, dış ilişki için yukarıda verilen oranlar ile aynıdır. Zararın 180.000 TL'si, (A) tarafından ödenmiştir. Bu durumda (A), dış ilişkide kendisine düşen % 30 oranında tazminat tutarının (=180.000 TL) tamamını ödemiştir. Buna göre, (A), iç ilişkide (B)'ye ve/veya (C)'ye başvuramaz.

Şirketin (600.000 - 180.000=) 420.000 TL zararı karşılanamamıştır. Şirket, (B)'den (600.000 x 40/100=) 240.000 TL, (C)'den (600.000 x 30/=) 180.000 TL talep edebilecektir.

4. Zarar, 200.000 TL'dir.

Yönetim kurulu üyeleri (A) ve (B)'dir.

Dış ilişkide:

(A), % 25 kusurludur.

(B), % 75 kusurludur.

Zararın, 150.000 TL'si (B) tarafından ödenmiştir.

İç ilişkide sorumluluk oranları şöyledir:

(A): % 55

(B): % 45 (Hafif kusur sebebiyle % 40 indirim yapılmıştır.)

Bu halde (B), dış ilişkideki (200.000 TL x 75/100 =) 150.000 TL tazminat borcunun tamamını ödemiştir. Bu tutar, iç ilişkide ödemesi gereken (200.000 x 45/100=) 90.000 TL'den 60.000 TL fazladır. (A)'ya düşen tazminat yükü (200.000 x 55/100=) 110.000 TL'dir. (B), fazladan ödediği 60.000 TL'yi (A)'dan talep edebilir.

Tazminat alacağıın bakiye (200.000 TL - 150.000 TL =) 50.000 TL'lik kısmını, şirket, (A)'dan (200.000 TL x 25/100=50.000 TL) talep edebilecektir.

VI. Sonuç

TTK 557 ile getirilen farklılaştırılmış teselsül, kural olarak iç ilişkide ileri sürülebilecek olan kusurun derecesine ilişkin değerlendirmenin dış ilişkide ileri sürülebilmesi imkanıdır. Farklılaştırılmış teselsül gereğince, yönetim kurulu üyeleri aynı oranda kusurlu olmadıklarını ileri sürerek, tam teselsülden kurtulacak ve sadece kendi kusurları ölçüsünde tazminata mahkum edilebileceklerdir.

Eski TTK'da benimsenen tam teselsülden farklı olarak, farklılaştırılmış teselsülde sonuca, daha doğrusu mağduriyete katlanacak olan borçlu (davalı yönetim kurulu üyeleri) değil, alacaklıdır (davacıdır). Kanun koyucu, farklılaştırılmış teselsülü kabul etmekle, tercihini alacaklının (davacının) mağduriyete katlanması yönünde kullanmıştır.

Kanaatimce, farklılaştırılmış teselsül, bu şekliyle adil bir sistem değildir; bir mağduriyet söz konusu olacaksa, kurul halinde çalışan kimseler açısından, mağduriyetin bu kurul üyeleri üzerinde kalması hakkaniyete daha uygun olurdu. Hem, mağdur neticede kusursuzdur, yönetim kurulu üyeleri ise *kesinlikle* az ya da çok kusurludur.

Kanaatimce farklılaştırılmış teselsül davacının hiç mağdur olmadığı halere özgülenmelidir. Eğer ödeme imkansızlığı veya güçlüğü nedeniyle davacının mağdur olması söz konusu olursa sistemin tam teselsül şeklinde uygulanması ise adalete daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Atan Turhan**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967.
- Corboz Bernard**, Commentaire Romand, Code des obligations II, (edite par Pierre Tercier, Marc Amstutz), Helbing Lichtenhahn-Bâle 2008.
- Çamoğlu Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Bası, İstanbul, 2007.
- Helvacı Mehmet**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2001.
- Helvacı Mehmet**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı, ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 7'9. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C. 1, İstanbul, 2001.
- Mimaroğlu Sait Kemal**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967.

Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilecek Sorumluluk Davaları

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN*

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (eTK) anonim şirket kurucularının (m. 305/310), yönetim kurulu üyelerinin (m. 336-341), müdürlerinin (m. 342) ve denetçilerin (m. 359) sorumluluğunu farklı yerlerde düzenlemekteydi. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TK) ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 752 ila 760. maddelerinde olduğu gibi, anonim ortaklıkta hukuki sorumluluk hallerini, anonim ortaklığa ilişkin düzenlemelerin sonunda tek bir bölüm halinde ele almıştır.

SORUMLULUK SEBEPLERİ

Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile kurucular ve tasfiye memurlarının sorumluluk sebeplerine ilişkin düzenlemelere TK 549 ve devamı maddelerde yer verilmiştir¹.

Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilmesi (m. 553)

Diğer sorumluluk sebeplerine nazaran daha genel bir sorumluluk hali öngören TK m. 553 uyarınca yönetim kurulu üyeleri, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara verdikleri zarardan sorumludurlar.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

¹ Belirtilmelidir ki, söz konusu maddelerde kurucular ve tasfiye memurları aleyhine de sorumluluk davası açılabileceği ifade edilerek, kurucular TK 549 ila 551. maddelerde öngörülen sorumlulukların dışında, organ olmamalarına rağmen TK m. 553 ile organ sorumluluğuna paralel bir sorumluluğa tabi tutulmuşlardır (**Tekinalp Ü. Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları** [Tek Kişi Ortaklığın Esasları], İstanbul 2012, s.270). TK m. 337'de tanımlanan kurucular, bu madde uyarınca anonim şirket payını taahhüt eden ve esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişilerdir. Ayrıca, esas sözleşmeyi üçüncü bir kişi adına imzalayanlar da kurucular gibi sorumlu olacaklardır.

Maddede açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu düzenleme kusur sorumluluğu esasına dayanmaktadır. Kanun Tasarı halindeyken çeşitli itirazlara rağmen eklenen² “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ibaresi, TK’da 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler arasında kaldırılmıştır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından bir kusur karinesi öngören eTK m. 336 hükmüne paralel bir düzenlemeye yer vermemesi nedeniyle TK m. 553 kapsamında kusuru ispat yükünün davacıda olduğu savunulmaktadır³.

HELVACI: Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu “kusur” esasına dayanır, kusur sorumluluğudur. Eski TTK 338’de bu konuda bir karine (kusur karinesi) kabul edilmiş ve sorumluluk davasının davacılarının yönetim kurulu üyelerinin kusurunu ispatla yükümlü olmadıkları, sadece zararın varlığını ispatın yeterli olduğu, sorumluluktan kurtulmak isteyen yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olduğu benimsenmişti. TTK ise, eski Kanun’dan farklı olarak, bir kusur karinesine yer vermemiştir [TTK 553/I’deki “*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*” ifadesi, 6335 sayılı Kanun’un (RG 30.06.2012, S.28339) 41. maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır]. Böyle olunca, Borçlar Kanunundaki genel sistemin uygulanacağını, yani akitten kaynaklanan borçlarda kural olarak davalının kusurlu addedileceğini ve kusursuzluğunu ispatlamak durumunda olduğunu; haksız fiilden kaynaklanan borçlarda ise davacının davalının kusurlu olduğunu ispatlamak durumunda olduğunu söyleyelim.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kural olarak şahsidir; ancak TK m. 367 ile yönetimin, TK m. 370/2 ile temsilin devredilebileceği öngörülmüş ve bu durumda devralanın sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Yönetim görev ve yetkisini devralanlar, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, “yönetici”⁴ sıfatıyla TK m. 553 kapsamında şahsen sorumlu olacaklardır. Yönetim kurulu üyeleri ancak yönetim görevi ve yetkisini devralanların seçiminde makul derecede özen gösterilmediği ispat

2 **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s. 280.

3 **Akdağ Güney** N. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 209.

4 “‘Yönetici’ terimi, AO adına karar alıp onu icra eden ve imza yetkisi bulunan, bu suretle ortaklık adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde gerekli olan işlemleri yapan genel müdürü, genel müdür yardımcılarını, müdürleri, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kişileri ve benzeri yetkilileri ifade eder. Nispi anlamda zorunlu organlar ile fiili organlar şartları varsa ve somut olayın özellikleri hakkı gösteriyorsa sorumlu tutulabilirler” (**Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s. 271).

edilirse sorumlu olacaktır⁵. Maddenin ikinci fıkrasında, yönetim kurulunun görev ve yetkilerini devretmesi halinde dahi sorumluluktan kurtulamayacağı, ancak görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özenin gösterildiğinin ispatı halinde sorumluluğun ortadan kalkacağı açıkça belirtilmiştir. Doktrinde görevin ve yetkinin devri hallerinde sorumluluğun nitelik değiştirdiği, “*yükümlülüklerin ihlali sorumluluğu yerine seçimde özensizlik sorumluluğu*” geçtiği ifade edilmektedir⁶.

Maddenin son fıkrasında ise, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından aranacak illiyet bağı hakkında bir düzenleme öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, yönetim kurulu üyeleri kontrolleri dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar ve yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır⁷. Düzenlemenin açık ifadesine göre, bu halde gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek dahi yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olduğu iddia edilemez. Tekinalp, söz konusu iki kuralın birbirinin tekrarı gibi görülebilecek olmasına rağmen, özellikle madde metnine alındığını, zira yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluklarını ispat etmelerine rağmen “gözetim görevi” ileri sürülerek sorumlu tutulabileceklerinden endişe edildiğini, oysa gözetim sorumluluğunun doğabilmesi için illiyet bağının varlığının şart koşulmak istendiğini ifade etmiştir⁸.

Madde metninde “yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler” ifadesinin tercih edilmesinin tek nedeni yönetim görev ve yetkisinin devri halinde ve gözetim görevi dolayısıyla sorumluluğun düzenlenmesi değildir. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, tüzel kişinin yetkili organı tarafından seçilmiş ve sicile tescil edilmiş kişilerden daha geniş bir çevreyi kapsamaktadır. Belirtilen şekilde göreve gelmemesine rağmen bir kimsenin yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlıkta bulunması ve temel hususları açacak bir biçimde yardımcı olması halinde, fiili organ olarak kabul edilmesi gerekecektir⁹. Bu kişiler, görevli olmadığı halde, yönetime ka-

5 **Pulaşlı H.** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2014, s. 2026; **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s. 275.

6 **Tekinalp Ü.** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 381.

7 **Pulaşlı**, s. 2113 vd.; **Koşut Doğrusöz H.** Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 166.

8 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 383-384.

9 Madde metnindeki bu ifade özellikle tercih edilmiş, ancak “fiili organ”ları aşan şekilde yorum yapılması istenmediğinden, İBK’deki ifade aynen alınmamıştır. Gerekçe’de bu husus şöyle açıklanmıştır: “*Hükümümüzde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye*

rışarak talimat veren “bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere” gizli yöneticilerdir¹⁰. Fiili organın sorumluluğu, maddi anlamda karıştığı görevlere veya alanlara ilişkindir.

Şirketler topluluğunda da sadece tam bağlı şirketin, yani tamamen hakim şirkete ait olan bağlı şirketin yönetim kurulu değil, şirketi fiilen yöneten hakim şirketin yönetim kuruluda fiili organ olarak sorumluluk altındadır¹¹. Görevlerini genellikle bir vekalet sözleşmesine dayalı olarak yerine getiren inancı yönetim kurulu üyeleri de kural olarak işlem ve eylemlerinden dolayı sorumluluk altındadır. Ancak, menfaat sahibinin de fiilen yönetici gibi davrandığı hallerde, yönetici kavramına dahil edilerek sorumlu tutulmasının mümkün olduğu savunulmaktadır¹². Gerçekten de, inanan kişi, inancı üye vasıtasıyla tipik organ biçiminde hareket ederek tüzel kişinin iradesinin oluşmasına bilfiil ve kesin olarak katılmış ve etkili olmuşsa, fiili organ olarak sorumlu olur. Ayrıca, pay sahibinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilen hallerde, söz konusu pay sahibinin davranışının şirketin menfaatinin olumsuz yönde etkilemesi halinde menfaat sahibi pay sahibinin sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir¹³.

Yönetim kurulu üyesinin bir tüzel kişinin temsilcisi olması halinde ise, sorumluluk tüzel kişiye aittir. TK m. 359/2 uyarınca bir tüzel kişinin yönetim kuruluna üye seçilmesi halinde, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunacaktır. TK m. 364/1 kapsamında tüzel kişi tarafından her an değiştirilmesi mümkün olan bu kişinin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorumluluk tüzel kişiye aittir. Zira, özel hukuk tüzel kişilerinin temsilci-

memurları” denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fiili organ” lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür” (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 553).

10 **Pulaşlı**, s. 2037.

11 **Pulaşlı**, s. 2040.

12 **Korkut Ö.** Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007, s. 205; **Pulaşlı**, s. 2039-2040.

13 **Korkut**, s. 208.

leri bakımından özel bir düzenleme bulunmasa da, söz konusu temsilcilerin davranışlarından tüzel kişinin sorumlu olacağı sonucuna MK m. 50/2-3 dolayısıyla varılabilmektedir¹⁴. TK m. 334/3 ise kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri bakımından özel bir düzenleme öngörmüştür. Esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle kamu tüzel kişileri tarafından anonim şirkete atanan yönetim kurulu üyeleri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yetkilerine sahip olmakla birlikte, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla işledikleri fiiller ve yaptıkları eylemlerden dolayı kamu tüzel kişisi sorumlu olacaktır. Ancak, kamu tüzel kişinin şirket yönetim kurulundaki temsilcisine rücu hakkı saklıdır.

Anonim ortaklık yönetim kurulunda belirli grupların temsil edilmesi de söz konusu olabilir. TK m. 360/1 uyarınca, esas sözleşmede öngörülmek şartıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Ancak burada kastedilen bir önerme hakkıdır ve söz konusu grubun kendi temsilcisini tek başına belirleyip yönetim kuruluna gönderme hakkı yoktur. TK m.360/1 uyarınca üye önerme sistemiyle seçilen üyenin diğer üyelerden bir farkı olmayıp, verdiği zararlardan kişisel olarak sorumludur¹⁵.

Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olması (m.549)

Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin 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 katılanlar¹⁶ sorumludur¹⁷.

14 **Doğrusöz Koşut** H. “Anonim Şirketlerde Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Karahan S. (ed.) Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 791-792.

15 **Pulaşlı**, s. 2038.

16 Pulaşlı, “katılanlar” arasına “danışmanların” da girebileceğini ifade etmektedir: “*sorumlu olan kişilerin çevresinin belirlenmesinde “katılan veya etkili olanların” sorumluluğunun sınırlandırılması gerekir. Buna göre, zararın meydana gelmesinde “etkili olma” nitelik itibarıyla “yaratıcı” olmalıdır. Böylece, her kişinin belirli faaliyetleriyle ilgili bir sorumluluğu söz konusu olabileceği göz önüne alındığında, şirket kuruluşuna dışarıdan önemli derecede etkili yani “yaratıcı” biçimde katılan danışmanların da, kuruluş sorumluluğuna dahil edilmesi söz konusu olabilir”* (**Pulaşlı**, s. 2043).

17 TK m. 193, yeniden yapılanma işlemlerine katılanların şirkete, ortaklara ve alacaklılara kusurlarıyla verdikleri zararlardan sorumlu olacaklarını ifade etmiştir. Doktrinde hem TK m.

Tekinalp, belge ve beyanların doğru olmamasından doğan sorumluluğun niteliğinin sorumlu olanların sıfatlarına göre değiştiğini, kurucu, yönetici ve ortaklık çalışanı gibi şirket ile arasında hukuki ilişki bulunanların sorumluluğunun sözleşmesel, üçüncü kişi konumundakilerin ise haksız fiil sorumluluğuna tabi olduğunu ifade etmektedir¹⁸. Doktrinde, belge ve beyanlara katılanların sorumluluğu açıkça kusurlarına bağlandığından, belgeyi düzenleyen ve beyanda bulunanlar için kusursuz sorumluluk benimsendiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedirler¹⁹. Ancak, hükümde, yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı ve gerçeği saklayan beyanlardan söz edilirken, aslında kusur ya da kastın varlığına atıf yapılmıştır. Sorumluluk hukukunda kusur temel koşuldur; kusura dayalı sorumluluk esas, kusursuz sorumluluk istisnadır. Bu nedenle, istisnai nitelikte olan kusursuz sorumluluğun kanun tarafından “açıkça” öngörülmüş olması gerekir. Doktrinde yer alan bu yorum kanunun lafzına dayanmakta, kusur koşulunun özel olarak belirtildiği hükümler dışında “kusursuz sorumluluğu” kabul etmektedir. Oysa, Kanun’un kusursuz sorumluluğu açıkça öngördüğü, başka bir ifadeyle sorumluluk için kusurun aranmadığını belirttiği haller dışında, temel prensip olan kusur sorumluluğuna sadık kalınmalıdır.

Sermaye Taahhüdü ve Ödemeler Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi (m.550)

Sermaye taahhüt edilmemişse ya da taahhüt edilmiş ve ödenmemişse, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş sayılırlar ve zararı müteselsilen öderler. Ayrıca ikinci fıkra uyarınca, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler de, taahhüdün ödenmesinden doğan zarardan sorumludurlar.

Doktrinde, sadece şirket yetkililerinin kusurundan bahsedilmesi nedeniyle, diğer sorumlular için kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği kabul edilmektedir²⁰. İkinci fıkra kapsamında öngörülen sorumluluk hali bakımından ise, sermaye taahhütlerine ilişkin ödeme yetersizliğini bilip de onay veren

193 hem de TK m. 549’un uygulama alanına giren bir fiilin varlığında, yeniden yapılanma işlemleri ile ilgili bilgi ve beyanlarda hukuka aykırılığı düzenleyen özel bir hüküm olan TK m. 549’un öncelikle uygulanması gerektiği savunulmaktadır (**Doğrusöz Koşut**, s. 783).

18 **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s.260.

19 **Kendigelen** A. Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 454; **Doğrusöz Koşut**, s. 783;

20 **Kendigelen**, s.455; **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s. 265; **Doğrusöz Koşut**, s. 785.

kişinin bu durumu bilmesi arandığından sorumluluğun kusura tabi tutulduğu kabul edilmektedir²¹. Bu açıdan madde hükmünden kurucuların pay taahhüdünde bulunan kişinin ödeme yeterliliğini inceleme yetkisine sahip olduğu, ancak bu yönde yükümlülük altında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır²².

Değer Biçilmesinde Yolsuzluk (m.551)

Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile aynılara değer biçilmesinde yolsuzluk yapanlar TK m. 551 ile bundan doğan zararlardan sorumlu tutulmuştur. Değerlemede gerçekleştirilecek yolsuzluk halleri sınırlı sayıda belirlenmemiş, emsaline oranla yüksek fiyat biçmek, işletme ve aynının niteliğini veya durumunu farklı göstermek başta olmak üzere işletme ve aynıların değerlemesine ilişkin tüm yolsuzlukların sorumluluğa yol açacağı kabul edilmiştir.

Doktrinde Kendigelen, belge ve beyanların kanuna aykırı olması ve sermaye hakkında yanlış beyanlar ile ödeme yetersizliğinin bilinmesinden kaynaklanan sorumluluk hallerine ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, TK m. 551 ile kusur konusunda özel bir düzenleme öngörülmediğinden, bu sorumluluk halinin kusur esasına dayalı olduğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadır²³.

Tekinalp'e göre burada haksız fiil sorumluluğu vardır ve kusur haksız fiil sorumluluğunun doğal şartıdır. Ayrıca, kurucuların bilirkişileri etkilemesi, yönlendirmesi ve onlarla işbirliği yapması, kanundan, esas sözleşmeden, iş ve vekalet sözleşmelerinden kaynaklanan görevlerinin ihlali ve dolayısıyla asli edimi bulunmayan kanuni borçlar öğretisi ve iş görme sözleşmesine aykırılık ve sözleşmesel sorumluluk teşkil etmektedir²⁴.

Halktan Usulsüz Para Toplamak (m.552)

TK m. 552, eTK'da yer almayan bir sorumluluk sebebi öngörmekte ve yurt dışında ve yurt içindeki vatandaşlardan bir anonim şirketin kurulması ve sermayesinin artırılması amacıyla izinsiz ve denetimsiz para toplanması girişimlerini engellemeyi amaçlamaktadır²⁵. Hükme göre, SPK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, belirtilen amaçlarla halka çağrıda bulunmak yasaktır.

21 **Doğrusöz Koşut**, s. 786.

22 **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığın Esasları, s. 264.

23 **Kendigelen**, s. 456. Aynı yönde **Doğrusöz Koşut**, s. 788.

24 **Tekinalp**, s. 268.

25 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 552.

Doktrinde Koşut Doğrusöz, söz konusu maddenin uygulamasının kusura bağlı olmadığını, yani bir kusursuz sorumluluk halinin söz konusu olduğunu savunmuştur²⁶.

SORUMLULUK DAVASI

TK m. 555 uyarınca şirketin zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini şirket tarafından talep edilebilecektir. Şirketin zarara uğraması dolaylı olarak pay sahiplerinin de zarara uğraması anlamına geldiğinden, her bir pay sahibi de bu zararların tazminini, tazminatın şirkete ödenmesini istemek kaydıyla talep edebilecektir.

Kural olarak, alacaklıların şirketin uğradığı zararın tazminini talep etme imkanı bulunmamaktadır. Ancak şirketin iflası halinde TK m. 556 ile özel bir düzenleme getirilmiş ve yine tazminatın şirkete ödenmesini istemek kaydıyla şirketin uğradığı zararların tazminini talep etme hakkına alacaklıların da sahip olacağı TK m. 556 ile kabul edilmiştir. Söz konusu talep alacaklılar ve pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açması için öncelikle iflas idaresine yöneltilenektir. İflas idaresinin ikinci alacaklılar toplantısından sonra sorumluluk davası açmaması halinde, pay sahipleri ile alacaklılarına sorumluluk davası açma hakkı verilmiştir.

DOĞRUDAN ZARARLARA DAYANAN SORUMLULUK DAVASI

Anonim şirketin veya pay sahibinin ya da alacaklının malvarlığında doğrudan bir değer eksilmesi yahut malvarlığında oluşması beklenen değer artışının meydana gelmemesi şeklinde ortaya çıkan zarar doğrudan zarar teşkil eder. Yönetim kurulunun fiillerinden dolayı şirketin uğradığı zarar doğrudan zarar niteliğindedir ve pay sahipleri ile alacaklılar bakımından dolayısı ile zarar teşkil ederken, söz konusu fiiller sonucunda pay sahipleri ve alacaklıların ferdi ve hususi hakları ihlal edilirse bu onlar bakımından doğrudan zarar teşkil eder²⁷. Pay sahibinin veya alacaklının uğradığı doğrudan zararın ise, anonim şirket ile ilgisi yoktur ve şirketin zararından tamamen bağımsızdır²⁸. Pay sahibinin uğrayabileceği doğrudan zararlara örnek olarak, şirket kurucularının bilirkişi ile anlaşması sonucu aynı sermayenin düşük bedelle değerlendirilmesi, yönetim kurulunun pay sahibine rüçhan hakkını hiç kullandır-

26 Doğrusöz Koşut, s. 789.

27 Akdağ Güney, s. 188.

28 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, No. 609.

maması veya eksik kullandırması, yönetim kurulunun gerçeğe aykırı bilanço düzenlemesi sonucu şirkete kredi verilmesi, kar payının ödenmemesi veya eksik ödenmesi ile basılmış hisse senetlerinin dağıtılmaması ve devrin zorlaştırılması hallerinden doğan zararlar verilebilir.

Doğrudan Zarar Davasının Niteliği

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete verdiği doğrudan zararların tazminine ilişkin davalar sözleşmeye dayanırken, pay sahibinin uğradığı doğrudan zararlardan kaynaklanan sorumluluk davası ise çoğu kez haksız fiil sorumluluğu esasına bağlıdır²⁹. Ayrıca, koruyucu hükümlerin ihlali dolayısıyla asli edimi bulunmayan kanuni borç öğretisine dayanılması da mümkündür³⁰.

“Asli edimi bulunmayan kanuni borç ilişkisi teorisi” Jhering tarafından ortaya atılmış ve son dönemlerde Alman hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Güvene dayalı sorumluluk temeline dayanan söz konusu teoriye göre, bazı kurumlar ile müşterileri arasında sözleşmeden doğmayan ve dolayısıyla asli edim yükümü ihtiva etmeyen sözleşme dışı özel bir ilişki vardır. Bu ilişki, özel güven gerektiren bir iş ilişkisidir. Bu nedenle, taraflar arasında fiili iş ilişkisinin kabulü, sözleşmeden ve asli edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin de var olduğunun kabul edilmesi sonucunu doğurur. Bu hallerde, sözleşmeden doğan bir asli edim bulunmadığı için, taraflar bakımından bazı davranış yükümlülüklerinin (özen gösterme, koruma yükümlülükleri gibi) doğduğu kabul edilir³¹.

Alacaklıların tazmin talepleri bakımından da haksız fiil sorumluluğu yanında, güvenden doğan sorumluluk kapsamında asli edimi bulunmayan kanuni borç öğretisine dayanılabileceği kabul edilmektedir³². Alacaklılar, sadece şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerini koruyan hükümlere aykırılığa dayanarak sorumluluk davası açamayacaklardır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin

29 eTK zamanında da tartışmalı olan pay sahiplerinin doğrudan zararlar dolayısıyla dava hakkının hukuki dayanağı bakımından bir görüş sorumluluğun sözleşmesel olduğunu (**Domanic H. Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet**, İstanbul 1964, s. 54); diğer bir görüş ise haksız fiil esasına dayandığını savunmaktaydı (**Çamoğlu E. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2010, s. 152).

30 **Tekinalp**, s.288.

31 “Asli edimi bulunmayan kanuni borç ilişkisi teorisi” ile ilgili olarak bkz. **Battal A. Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2001, s. 118-119.

32 **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 288.

1984 tarihli bir kararında³³ alacaklıların zarara uğradığının kabulü ve İBK m. 754/1'de (TK m. 553/1) yer alan sorumluluk davasının alacaklılar tarafından açılması için kanunun alacaklıları koruyan hükümlerinin ihlal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Doğrudan Zarar Davasında Davacılar

Doğrudan zarar davasında davacı anonim şirket, pay sahipleri veya alacaklılardır.

Doğrudan zarar davasını, kural olarak, şirket adına yönetim kurulu açar. Ancak, aleylerine dava açılacak yönetim kurulu üyelerinin halen görev başında olmaları durumunda çıkar çatışması söz konusu olacaktır. eTK'da, böyle bir halde davanın denetçiler tarafından açılacağı hükme bağlanmıştı (eTK m. 341/2). TK'da denetçiler organ olarak düzenlenmemiş ve Kanunda buna muadil bir maddeye yer verilmemiştir. Pulaşlı, şirketi mahkemede temsil edecek bir özel temsilci yani kayyım gerektiğini ifade etmiştir³⁴. Yazara göre, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesinin dava edilmesi halinde davalı olmayan yönetim kurulu üyeleri de davayı açabileceklerdir³⁵. Şirketin feshi halinde ise, tasfiye memurları davayı açar.

Pay sahibinin de dava açma hakkı bulunmaktadır. Hem şirketin, hem de pay sahibinin dava açması sonucunda hangi malvarlığının zarar gördüğünün belirlenmesi gerekir. Burada ayırım genellikle şirket bakımından doğrudan ve pay sahipleri bakımından dolayısı ile zarar olarak yapılır. Ancak, hem şirket için, hem de pay sahibi için doğrudan zarar söz konusu ise, içtihatlar da pay sahibinin doğrudan zarar davası açabilmesi için ayrı bir hukuki temele dayanması gerektiği kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli kararlarında failin zarar verici davranışının doğrudan alacaklının veya pay sahibinin malvarlığında etki doğurduğu hallerde, bir doğrudan zararın varlığına hükmetmekteydi³⁶. Mahkeme BGE 122 III 176 sayılı kararında, aşağıdaki hallerde bir doğrudan zararın varlığına hükmedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir:

- i. Zarar görenin bir mutlak hakkının ihlali (İBK. m. 41 vd)

33 BGE 110 III 395.

34 Pulaşlı, s. 2141. Aynı yönde Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 288.

35 Pulaşlı, s. 2140.

36 BGE 122 III 176, 190 vd., aynı yönde BGE 125 III 86, 88; 127 III 374, 377; 128 III 180, 182 ff.

- ii. Anonim ortaklıklar hukukunun alanı dışında öngörülen bir koruma hükmünün ihlali (İBK. m. 41 vd.)³⁷
- iii. Münhasıran alacaklıyı/pay sahibini koruyan bir koruma hükmünün ihlali
- iv. Güven sorumluluğu veya culpa in contrahendo sorumluluk doğuran haller.

İsviçre Federal Mahkemesi, Biber kararında³⁸, bu görüşünü değiştirmiş gözükmektedir. Eğer şirketin kendisi zarar görmemişse, ihlal edilen normun koruma amacına yönelik büyük beklentiler geliştirilmemelidir; çünkü İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre bu olasılıkta, birbiriyle yarışan dava haklarından söz edilemez. Bu içtihat öğretide çeşitli tartışmalara yol açmıştır³⁹. Açık bir anlatımla, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, eğer yöneticilerin kusurlu davranışlarıyla ihlal edilen normun koruma amacı doğrudan doğruya alacaklıyı/pay sahibini korumaya yönelik bir amaç değil ise, bu takdirde alacaklının/pay sahibinin bağımsız bir dava hakkı yoktur; bu kişiler olsa olsa dolaylı sorumluluk davası açabilirler ki, bu yorum bu kişilerin dava hakkını haddinden fazla kısıtlamaktadır. Zira, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yaklaşımı benimseirse, alacaklının/pay sahibinin doğrudan sorumluluk davası açabileceği durumlar, nadiren ortaya çıkacaktır: pay sahibinin rüçhan hakkının ihlali, şirketin mali durumu hakkında yanlış bilgiler verilip şirkete kredi verilmesinin sağlanması, tasfiye bakiyesinin vaktinden önce dağıtılması, vs.

Alacaklı ise, ancak şirketin iflası halinde doğrudan zarar davası açabilir.

DOLAYISI İLE ZARARLARA DAYANAN SORUMLULUK DAVASI

Yönetim kurulu üyelerinin kusurları ile verdikleri zarar şirket açısından doğrudan zarar olmasına karşılık, pay sahipleri için dolayısı ile zarardır. Yönetim kurulu üyelerinin sebep oldukları zarar, örneğin karın azalmasına sebep olduğunda, bunlar pay sahiplerine hisseleri oranında yansır. Kısaca, şirketin malvarlığında meydana gelen zararın ortakların ve alacaklıların malvarlığına yansması halinde dolayısıyla zarara uğramaları söz konusudur; kural olarak

³⁷ Bkz. BGE 110 III 391 vd.

³⁸ BGE 131 III 306.

³⁹ Tartışmalara ilişkin bkz. Akdağ Güney, s. 287, dn. 27.

dolayısıyla zarar görenin zarar verenden tazminat talep hakkı olmasa da, yasal bir düzenlemenin varlığında tazminat talep edilmesi mümkün hale gelir⁴⁰. TK m. 555 ile bu halde, tazminatın ancak şirkete ödenmesinin istenebileceği açıkça ifade edilmiştir.

İflas haline ilişkin TK m. 556 hükmü de, sadece dolaylı sorumluluk davaları açısından uygulama alanı bulur. Zira hüküm, “B) Şirketin Zararı” bölümü altında “I. Genel Olarak” başlığını taşıyan TK m. 555 hükmünün hemen devamında yer almaktadır. TK m. 556 hükmünün özelliği, ilkin, alacaklının dava hakkında kendisini gösterir; şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesine yönelik sorumluluk davaları, alacaklı tarafından ancak şirket iflas ederse açılabilir. Pay sahibi ise, şirketin iflas etmemesi halinde de, iflas etmesi halinde de dava hakkı sahibidir. Başka bir ifadeyle, TK, eTK m. 309 hükmünden ayrılarak, alacaklıların sadece iflas halinde dolayısıyla zarar nedeniyle dava açabileceğini kabul etmiştir⁴¹. Şirketin iflası, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava haklarının kullanılmasını da etkilemektedir: İflas halinde, şirketin zararının tazminini bir sorumluluk davası marifetiyle talep etme hakkı, ilk aşamada sadece şirkete, diğer bir deyişle onun adına dava açmaya münhasıran yetkili olan iflas idaresine aittir. TK m. 556/1 ve 556/2 birlikte yorumlandığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: İflas eden şirketin uğradığı zarara ilişkin sorumluluk davası, iflas idaresi tarafından açılırsa, pay sahipleri ve alacaklılar, dolaylı sorumluluk davası açmak hakkından mahrum kalırlar⁴².

Dolayısı İle Zarar Davasının Niteliği

Tekinalp, doğrudan zararlar nedeniyle açılan sorumluluk davasında olduğu gibi, dolayısı ile zararlar bakımından da davanın temelini asli edimi bulunmayan kanuni yükümlülükler öğretisi bağlamında sözleşme olduğunu savunmaktadır⁴³.

40 Akdağ Güney, s. 189.

41 Akdağ Güney, s. 190.

42 Bu yönde Kendigelen, s. 463.

43 Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 295. eTK zamanında da Çamoğlu, dolayısıyla zararların varlığında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hallerin unsurları itibariyle birer haksız fiil teşkil ettiğini tespit etmekle birlikte, söz konusu halin pay sahiplerinin taraf olmadıkları bir sözleşmeye dayanabilmelerine izin verilen özel bir hal olarak kabulü ile açılan davanın akde dayandığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Çamoğlu, s. 144-145).

Dolayıyla İle Zarar Davasında Davacılar

Pay sahipleri

Pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkı şirketinkinden bağımsız olmakla, pay sahipleri bu davayı her zaman açabilirler. Pay sahibinin şirketin dava açmaktan vazgeçmesini beklemesine gerek yoktur. Her ikisi de ayrı ayrı dava açabilirler. Pay sahibi açtığı dava ile şirketin uğradığı zararın tamamını talep eder ve bu meblağın şirkete verilmesini ister. Bunun nedeni, dolayısıyla zararın şirket bünyesinde gerçekleşmesi, ortakların ve alacaklıların malvarlığında somutlaşmamış olmasıdır⁴⁴.

Pay sahibi davacının davanın açıldığı vakit pay sahipliğini ispat etmesi gerekir⁴⁵.

Şirketin zararının tümü üzerinden dava harcı verilir ve pay sahibi bu masrafları üstlenmek durumundadır. Davanın kazanılması halinde bu masrafları karşı taraftan tahsil eder. Buna karşılık, davanın kaybedilmesi halinde dava masrafları ve vekalet ücretine şahsen mahkum olur. TK bu konuda bir yenilik getirmiş ve hakimın hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde yargılama giderlerinin pay sahibi ile şirket arasında hakkaniyete göre paylaşılabilirliğini hükme bağlamıştır (TK m. 555/2).

İsviçre Federal Mahkemesi, birden çok davalının olması durumunda, yargılama giderlerinin bir davalı varmış gibi belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durum, sadece ilk derece mahkemesinde ve davalıların aynı savunmaları sunmaları ve tek bir vekil ile temsil edilmeleri durumunda geçerlidir⁴⁶.

İflas halinde pay sahipleri dolayısıyla ile uğradıkları zararı dava edemezler. Bu zarar iflas idaresi tarafından talep edilir. İflas idaresinin zararı davadan kaçınması halinde pahasahipleri de bu davayı açabilirler. Bu davada elde edilecek meblağ, öncelikle pay oranına göre pay sahibine verilir. Bakiye kaldığı takdirde bu miktar iflas masasına verilir.

Alacaklılar

Alacaklılar bu davayı ancak şirketin iflası halinde ve iflas idaresinin bu konuda dava açmaktan kaçınması halinde açabilirler. Burada da, alacaklı elde edilen miktardan öncelikle kendi alacağını tahsil eder, bakiyesi iflas masasına verilir.

44 Akdağ Güney, s. 191.

45 ATF 131 III 640 c.4.1.

46 ATF 125 III 138 c.2; 122 III 324 c.7; TF, SJ 1999 I 349 c.4.

Alacaklı sıfatının dava tarihinde bulunması gerekir⁴⁷.

Tahvil sahipleri genel kurulu, tahvil alacakları üzerinde kendisi alacaklı olmadığı için, dava açma hakkına sahip değildir⁴⁸.

TK m. 556'nın 2. fıkrası uyarınca elde edilen hasıla, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis edilir; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir. Görüldüğü üzere, alacaklı ile pay sahipleri dava açmışlarsa, öncelikle alacaklıya ödeme yapılmaktadır. Hasıladan ilk önce dava masrafları ödenir, geri kalanı alacaklıların sırasına göre ödenir. Eğer hasıla aynı sıradaki alacaklıları tatmin etmeye yetersiz ise, alacaklarına oranla ödeme yapılır ve sonraki sıradakiler hiçbir şey alamaz. Ancak artan bakiye olursa, pay sahiplerine sermaye payları oranında dağıtılır. Eğer bir kişi hem alacaklı hem de pay sahibi ise, prensip olarak bu iki sıfatından da ilk alacaklı olarak, sonrasında pay sahibi olarak faydalanabilir. Bu sıraya uygun dağıtımdan da bir bakiye kalırsa, bu meblağ masaya verilir.

İflas idaresinin şirketin uğradığı zararın tazmini için bir sorumluluk davası açmaması olasılığında, paysahipleri ve alacaklılar dava hakkına kavuşmaktadır. TK m. 556/2 bu davanın açılmasına yönelik koşulu (iflas idaresinin bu davayı açmaması) ve davanın hükümlerini (elde edilen hasılanın paylaşımını) düzenlemekte; ayrıca TK m. 556/3, İİK m. 245 hükmünü saklı tutmaktadır.

Öğretide Kendigelen, TK m. 556/2 hükmünde öngörülen hasılanın dağılımı konusundaki kuralın Gerekçe'de yeni bir kural olarak takdim edilmesine rağmen esasında yeni bir kural olmadığını, ayrıca TK m. 556/2 hükmü dikkate alındığında, artık İİK m. 245 hükmüne yapılan yollamaya ihtiyaç kalmadığını ileri sürmektedir⁴⁹. Yazarın eTK m. 309/2 hükmünden hareketle, İİK m. 245 hükmüne yapılan yollamanın yeni olmadığını dair görüşü haklıdır. Ancak, TK m. 556/3 hükmünde İİK m. 245 hükmüne yapılan yollamanın gereksiz olduğu yönündeki görüşe aşağıdaki gerekçelerle katılmıyoruz:

TK m. 556/2, ilke olarak İİK m. 245 hükmünün getirdiği sisteme "paralel" bir sistem getirmektedir. Ancak iki sistem birbiriyle özdeş değildir.

İİK m. 245 hükmünde, doğrudan doğruya borçluya (müflise) ait olan bir hakka ilişkin olan davayı takip yetkisinin istekli olan alacaklıya devredilmesi düzenlenmektedir. Oysa, TK m. 556/2, özü itibariyle borçluya (müflis şirkete)

47 ATF 132 III 342 c.2, 564 c.6.1; 122 III 195 c.9b

48 ATF 113 II 283.

49 **Kendigelen**, s. 464.

ait olan, fakat belirli koşullarda pay sahibi ve alacaklılar tarafından da davaya konu edilebilen bir hakkı konu edinmektedir.

İİK m. 245 hükmünde, “davayı takip yetkisi”, iflas idaresinin bir kararıyla devredilmektedir. Oysa, TK m. 556/2 hükmünde, sırf iflas idaresinin davayı açmaması, paysahiplerinin ve alacaklıların bu davayı açma hakkına kavuşmalarını temin etmektedir; ayrıca bir iflas idaresi kararına lüzum yoktur.

Bu durumda, TK m. 556/2, İİK m. 245 hükmünün öngördüğü sisteme benzer bir sistem getirmişken neden TK m. 556/3 hükmünde İİK m. 245 hükmüne hâlâ atıf yapılmaktadır?

Çünkü, Kanun koyucu, İİK m. 245’teki “davayı takip yetkisinin devrine” ilişkin kuralı bertaraf etmek istememiştir. Dileyen alacaklı (pay sahibi, tasfiye bakiyesine ilişkin alacağı ve varsa şahsi alacağı dışında bu yola gidemez), TK m. 556/2 yerine İİK m. 245’ten yararlanmayı tercih edebilir.

Bir alacaklı iflas idaresinden sorumluluk davası açma yetkisini İİK m. 245 uyarınca devralmışsa, artık TK m. 556/2 işlemez; bu davayı kanımızca sadece takip yetkisini devralan alacaklı yürütebilir ve hasıla, İİK m. 245 hükmüne göre paylaşılabilir.

Dolayısı İle Zarar Sebebiyle Alınan İlamın İcraya Konulması

Dolayısı ile zarara dayanan sorumluluk davasında davacı pay sahibi, şirketin sorumluluk davasından bağımsız bir dava hakkına sahiptir ve kanundan doğan bir yetkiyi kullanmaktadır. Bu kapsamda, dolayısıyla zarara dayanan sorumluluk davalarında pay sahipleri “kanuna dayanan dava yetkini”⁵⁰ olarak nitelendirilmeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dava açma yetkisini doğrudan kanundan alan pay sahipleri davayı asil sıfatıyla takip etmekte ve yargılamada taraf konumunda bulunmaktadırlar; harçları ve mahkeme masraflarını ödemekte, davayı temyiz ve karar düzeltme dahil her safhada takip etmektedir. Dava sonunda ilamın tazminatın şirkete ödeneceğini öngörmesi, ilamın pay sahibi tarafından icraya konulmasına engel teşkil etmez⁵¹.

50 Dava yetkinliği adı verilen halde üçüncü bir kişinin kendisine yabancı bir hak için taraf sıfatıyla davayı takip etmesi söz konusu olur. Dava yetkinliğinde, üçüncü bir kişinin kendisine yabancı bir hak veya ilişki için taraf sıfatıyla kendi adına davayı takip etmesi söz konusudur (**Deren Yıldırım** N. Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 27-28).

51 **Ayoğlu T.** Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2009, Yıl: 7, Sayı: 73, s. 81-82.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY Necla**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.
- AYOĞLU Tolga**, Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi, *Legal Hukuk Dergisi*, Ocak 2009, Yıl: 7, Sayı: 73, s. 81-82.
- BATTAL Ahmet**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.
- ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010.
- DEREN YILDIRIM Nevhis**, Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- DOMANIÇ Hayri**, Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul.
- KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012.
- KORKUT Ömer**, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007.
- KOŞUT DOĞRUSÖZ Hanife**, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010.
- KOŞUT DOĞRUSÖZ Hanife**, Anonim Şirketlerde Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Karahan S. (ed.), *Şirketler Hukuku*, Konya 2013.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010,
- PULAŞLI Hasan**, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, Ankara 2014.
- TEKİNALP Ünal**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları [Tek Kişi Ortaklığın Esasları], İstanbul 2012,

Birleşme Bölünme ve Tür Değişirmede Yeni Davalar

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM*

I. Giriş

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (“**TTK**”), mülga Türk Ticaret Kanunu’na kıyasla birleşme işlemi ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirdi, bölünme işlemi ilk defa düzenledi, tür değiştirme işlemi de kapsamını önemli ölçüde genişleterek ele aldı².

TTK’nın yeniden yapılandırmaya ilişkin düzenlemeleri İsviçre’nin Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu³ (“**İBirK**”), Avrupa Birliği’nin birleşme işlemlerine ilişkin 78/855/EEC sayılı Üçüncü Yönergesi⁴ ve bölünme işlemlerine ilişkin 82/891/EEC sayılı Altıncı Yönergesi’ni⁵ temel alır.

* Galatasaray Üniversitesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

Bu makale 30 Ocak 2014 tarihindeki mevzuat dikkate alınarak hazırlandı. Kaynakların taranmasındaki yardımları için Av. Leyla Orak’a teşekkür ederim.

1 14 Şubat 2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de (“**RG**”) yayımlandı ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girdi.

2 Bu makalede “yeniden yapılandırma işlemleri” birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerini ifade edecek şekilde kullanılmıştır.

3 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) / Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et le Transfert de Patrimoine (LFus). Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekeçleri, İBirK’nın Avrupa Birliği’nin birleşmelere ilişkin 78/855/EEC sayılı Üçüncü Yönerge ile bölünmeye ilişkin 82/891/EEC sayılı Altıncı Yönerge’den yararlandığını, TTK hazırlanırken İBirK’dan faydalanma sebeplerinden biri olarak belirtir.

4 Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978.

5 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982.

TTK, yeniden yapılandırma işlemlerini ele alırken, Türk hukukunda önceden bulunmayan çıkma, çıkarma, ayrılma akçesi gibi yeni kurumları düzenler ve yeni ortaklık hakları getirir. Alacaklıların korunması sistemini değiştirir. TTK, yeniden yapılandırma işlemlerini engelleyen eski sistemi terk etmiştir. Ortaklıkların ölçeklerine göre kolaylaştırılmış usulde birleşmeye izin verir. Tüm gelişmeler toplu olarak incelendiğinde TTK'nın yeniden yapılandırma işlemlerini kolaylaştırdığı ve yeniden yapılandırmayı özendirdiği görülür.

Her ne kadar TTK yeniden yapılandırma işlemlerinin kolaylaştırılmasını ve bu işlemlerin ayakta tutulmasını hedeflese de, bu işlemler farklı menfaat sahipleri arasında çıkar çatışmalarına yol açabilir. Örneğin, bazı durumlarda, ortaklara sağlanan haklar, devralan, yeni kurulan ya da tür değiştiren ortaklıkta gerektiği gibi sürdürülemeyebilir ve ortakların hakları çiğnenebilir. Bu nedenle kanun koyucu, farklı çıkarlar arasındaki dengeyi korumak için bazı yeni dava hakları getirir. Bu çalışmada incelenecek dava haklarından ilki, yeniden yapılandırma işlemi sonucunda ortakların pay ve haklarının sürekliliğinin sağlanmasına ilişkindir. İkinci dava, yeniden yapılandırma işlemine ilişkin kararların iptaline yöneliktir. Üçüncü dava ise söz konusu işleme katılanların kusurları ile verdikleri zarara ilişkin özel bir sorumluluk davasıdır⁶.

II. Ortaklık Pay ve Haklarının İncelenmesi Davası

A. Genel Olarak

TTK, yeniden yapılandırma işlemlerinde ortakların hak ve paylarının devamlılığı ilkesini benimser. Madde gerekçeleri⁷ ortak olma durumunu, yani

⁶ TTK, bu üç davayı düzenlerken, imtiyaz, oydan yoksun pay, şahsa tanınan hak gibi özel hak sahiplerinin korunmasını ayrıca ve özel olarak ele almaz. Özel hak sahiplerinin korunması bu makalede ancak aşağıda incelenecek üç dava ile ilgili olduğu ölçüde irdelenir. Özel hak sahiplerinin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hülya Coştan**, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, S. 3, 2008 (Anılış: **Coştan**, *Özel Hak Sahiplerinin Korunması*), s. 403 vd.; **Şengül Al Kılıç**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*, İstanbul 2009, s. 194 vd.

Yabancılık unsuru içeren işlemler bakımından TTK ve milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuattaki eksiklikler ve birleşme işlemlerinde kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Barış Teksoy**, “*Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilâfında Kurumsal Sorunlar*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIX, S. 2, Haziran 2013, s. 167 vd.

⁷ Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 140. Bölünme işlemlerinde hakların korunmasına ilişkin m. 161 de m. 140'ın gerekçesine atıf yapar. Buna göre devrolunan/bölünen ortaklığın her bir ortağı devralan ortaklıktan eski paylarını veya payın verdiği hakla-

ortaklık payının devamlılığı ilkesini özellikle vurgular. TTK m. 140, 161 ve 183, ilgili yeniden yapılandırma işleminin niteliğine göre hakların korunmasına ilişkin temel esasları düzenler. Kural olarak ortaklar, mevcut haklarını, birleşen, bölünen veya tür değiştiren yeni ortaklık yapısına uyarlanmış olarak aynen devam ettirmelidir. Buna göre, birleşen, bölünen veya tür değiştiren ortaklıktaki ortaklar, yeni şirkette pay ve ortaklık haklarının sahibi olurlar.

Kanun koyucu, yeniden yapılandırma işlemlerindeki koruma sisteminin merkezine ortaklık haklarının devamlılığı ilkesini oturtur⁸. Zira birleşmede devrolunan ortaklığın malvarlığı devralan veya yeniden kurulan ortaklığa, belirlenecek değişim oranına göre kendiliğinden (*ipso iure*) geçer. Dolayısıyla ortaklar, devralan ya da yeni kurulan ortaklıkta kendiliğinden ortak haline gelir. Bu kural birleşmede olduğu gibi bölünme ve tür değiştirmede de geçerlidir⁹.

Ortaklık haklarının devamlılığı ilkesine kanunun tanıdığı tek ayrık durum ayrılma akçesidir. TTK m. 141 uyarınca, birleşme sözleşmesinde ortaklara birleşen ortaklıkta yer almama yönünde bir seçim hakkı tanınabilir veya azlığın çıkartılması söz konusu olabilir. Gerek çıkma gerekse çıkarma hakkının kullanılması halinde ortağa ortaklık paylarının gerçek değerine denk gelen bir bedel ödenir. Böylelikle, çıkma veya çıkarma hakkının kullanılması, var olan ortakların pay ve haklarının birleşme sonucu devralan veya yeni kurulan ortaklıkta aynen devam etmesi ilkesine bir ayrık durum oluşturur¹⁰.

rına eşit hakları talep edebilir. Tür değiştirmeye ilişkin m. 183'ün madde gerekçesi de ortak olma konumu ile ortaklık haklarının korunacağını vurgular.

Bu makalede atf yapılan madde gerekçeleri, 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı için hazırlanmıştır. Dolayısıyla gerekçenin atf yaptığı madde numaraları ile kanunlaştığı haliyle TTK madde numaraları her zaman birbirini tutmamaktadır.

- 8 Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 192; **Hasan Pulaşlı**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011 (Anılış: **Pulaşlı**, Şerh), No. 52; **Sevgi Epçeli**, “*Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Bölünmeye İlişkin 159 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 1, Yıl: 2010, s. 201.
- 9 Ancak eşdeğer olmayan bölünmede mevcut pay sahipliği oranı esas alınmaksızın pay sahipliğinin devamı söz konusudur. Bu şekilde bölünen ortaklığın ortağı dilerse paylarını ayarlayarak eski ortaklıkta kalabilir, yeni ortaklığa geçebilir veya yeni ortaklıktan hiç pay almayabilir; yani ortaklıktan ayrılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ercüment Erdem**, “*Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri*”, Bankacılar Dergisi S. 79, Aralık 2011 (Anılış: **Erdem**, Bölünme), 80, 81; **Mutlu Kağıtçioğlu**, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012 s. 145, 146.
- 10 **Ünal Tekinalp**, “*Birleşmede Ayrılma Akçesi*”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası, C. 2, S. 1, 2012/1, s. 22, 23.

TTK m. 141’de düzenlenen ayrılma akçesi dışında ortaklar yeniden yapılandırma işlemi sonucunda ihraç edilemez; ortaklık haklarının devralan, yeni kurulan veya tür değiştiren ortaklıkta sürdürülmesi sağlanmalıdır. TTK, birleşme dışındaki yeniden yapılandırma işlemlerinde (bölünme ve tür değiştirme), ortaklara seçimlik hak olarak ayrılma akçesini alıp çıkma hakkının tanınmasına veya azlığın çıkartılmasına olanak tanımaz¹¹.

Özetle, yeniden yapılandırma işleminde ortakların pay ve haklarının devamlılığı ilkesi esastır. Ortaklar ortaklık dışında bırakılamaz ve hakları uygun olarak korunmalıdır¹². Eğer söz konusu pay ve haklar birleşen, bölünen veya türü değişen ortaklıkta devam etmiyorsa ortak TTK’ya aykırı olarak haksızlığa uğrar¹³.

TTK m. 191’de düzenlenen ortaklık hak ve paylarının incelenmesi davası ile ortakların haklarının gereğince korunup korunmadığı, TTK’nın hakların korunmasına ilişkin hükümlerinin doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenir¹⁴.

B. Davanın Konusu ve Niteliği

Ortağın, yeniden yapılandırma işlemi sonucunda devralan, yeni kurulan veya tür değiştiren ortaklıkta ortak olmayı sürdürme hakkının korunması gerekir. TTK m. 191 ile düzenlenen dava, ortağa tanınan ortaklık hakları, ayrılma akçesi ve diğer hakların uygun olup olmadığının incelenmesine, denetlenmesine ilişkindir. Bu davayı açan ve ortaklık haklarının korunmasında haksızlığa uğrayan ortak katlandığı zararın tazminini değil, hakkaniyete uygun bir denkleştirmenin ödenmesini ister¹⁵.

11 **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2013 (Anılış: **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku), No. 263; **Al Kılıç**, s. 24. Ayrılma hakkının Alman mevzuatının aksine, TTK uyarınca sadece birleşmede tanındığı hakkında bkz. **Hakan Çebi**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010, s. 279, 280. Ayrılma akçesinin bölünmede uygulanmamasının isabetli olmadığı görüşünde bkz. **Cüneyt Büyükyaka**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası, S. 1, Kasım 2011, s. 123.

12 **Message Concernant la Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et la Transfert de Patrimoine**, İsviçre Federal Konseyi, 13 Haziran 2000, <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2000/3995.pdf> (erişim tarihi 28 Ocak 2014) (Anılış: **Message İBirK**), s. 4140.

13 **Sami Karahan** (ed.), Şirketler Hukuku, 1. Bası, Konya 2012 (Anılış: **Karahan**), s. 234.

14 **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013, İstanbul 2013 (Anılış: **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku), No. 15-52; **Pulaşlı**, Şerh, No. 53.

15 Dolayısıyla bu davanın yeniden yapılandırma davası olduğu yönünde, **Karahan**, s. 236; **Pu-**

Mahkeme zarar hesabı yapmaz, yeniden yapılandırma işlemine ilişkin sözleşmeyi inceleyerek olması gereken karşılığın ödenmesine karar verir¹⁶. Yani mahkeme bu dava ile yeniden yapılandırma işleminin geçerliliği incelemeyebilir veya değişim oranını değiştirerek yeniden hak tahsis etmez. Yeniden yapılandırma işlemi sözleşmesine göre belirlenen değişim oranındaki düzeltme, denkleştirme akçesinin saptanması yoluyla yapılır¹⁷.

Davacı bu davada değişim oranı veya ayrılma akçesinin adil olmadığını, haklarının uygun olarak korunmadığını ispat yükü altındadır¹⁸. 6335 sayılı Kanun¹⁹, TTK'yı önemli ölçüde değiştirerek, yeniden yapılandırma işlemlerindeki işlem denetçisi incelemesini ortadan kaldırdı. İşlem denetçisi; kuruluş, sermaye artırımı, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul değer ihracı gibi nitelikli işlemleri denetleyen uzmanlara verilen addır. TTK'nın kanunlaştığı haliyle işlem denetçisi, önem arz eden işlemlerin denetlenmesi ve bu yolla ortaklar ve şirket alacaklıları başta olmak üzere tüm ilgililerin korunması bakımından yerinde bir düzenlemeydi. İşlem denetçisi kurumunun kanundan çıkarılmasıyla, bu nitelikli işlemlerin denetim dışı kalması söz konusu oldu. Özellikle birleşme ve bölünmede değişim oranının, ayrılma akçesinin veya denkleştirme tutarının adil olup olmadığı işlem denetçisi tarafından denetlenecekti. İşlem denetçisinin raporunun yokluğunda ortağın yeniden yapılandırma sürecinde haklarının olması gerektiği gibi devam etmediğini ispatlaması güçleşmiştir.

Denkleştirme davası sonucu mahkemenin ödenmesine hükmedeceği denkleştirme, TTK m. 141/2 uyarınca ortaklara ödenecek denkleştirme akçesi ile karıştırılmamalıdır²⁰. TTK m. 191 ile istenecek denkleştirme akçesi ise ortağa tanınan pay, hak veya ayrılma akçesinin uygun olmaması (örneğin pay değişim oranının düşük takdir edilmesi) sebebiyle talep edilen bir denkleştir-

laşlı, Şirketler Hukuku, No. 264. **Kendigelen** ise bu davayı "denkleştirme davası" olarak nitelendirir; **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 141.

16 **Al Kılıç**, s. 186; **Kağıtçıoğlu**, s. 152.

17 **Message İBirK**, s. 1414.

18 **Message İBirK**, s. 4140.

19 Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 30 Haziran 2012, S. 28339. Bu kanun, TTK'nın yürürlüğe girmesinden bir gün önce RG'de yayımlanarak TTK ile aynı tarihte yürürlüğe girdi.

20 TTK m. 141, pay değişim oranlarının hesaplanmasında ortaya çıkabilecek küsuratın denkleştirilmesi için, ortağın paylarının onda birini aşmayan oranda nakit ödeme yapılmasını öngörür. Böylelikle küsuratın birleşme işlemini zorlaştırmasının önüne geçilmek hedeflenir. Bkz. **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 24-38; **Büyükyaka**, s. 127; **Al Kılıç**, s. 185.

me, ek bir ödemedir²¹. Mahkeme, TTK m. 141/2’de denkleştirme akçesi için öngörülen %10’luk oranla bağlı değildir (TTK m. 191/1).

C. Davanın Tarafları

Yeniden yapılandırma işlemine katılan ve haklarının ihlal edildiğini ileri süren her ortak TTK m. 191’de düzenlenen davayı açabilir. Yani devrolunan, bölünen, devralan, tür değiştiren tüm şirket ortaklarının bu davayı açma hakkı vardır. Pay ve hakların incelenmesine ilişkin bu talep ortaklara tanınan bireysel hak niteliğindedir²².

Sadece ortaklar bu davanın davacısı olabilir, alacaklılar ve çalışanların korunması bu davanın kapsamının dışındadır²³. Ortak, TTK m. 135’te tanımlanır. Anonim şirket pay sahipleri, limited şirket, şahıs şirketleri ve kooperatiflerde ortaklar “ortak” tanımına girer. Oydan yoksun pay sahipleri ile intifa senedi sahipleri bu tanımın dışındadır. Dolayısıyla TTK m. 193’ün lafzından intifa senedi sahiplerinin doğrudan davacı olabileceği sonucu çıkmaz²⁴. Bununla birlikte birleşme işleminde ortaklık pay ve haklarının korunmasını düzenleyen TTK m. 140, bu maddeye atıf yapan bölünme işlemine ilişkin TTK m. 161 ile tür değiştirmede hakların korunmasına ilişkin TTK m. 183 intifa senedi sahiplerinin haklarının korunmasına ilişkin özel hükümler getirir. Bu düzenlemelere göre, intifa senedi sahiplerine eşit haklar tanınmalı veya intifa senetleri birleşme, bölünme veya tür değiştirme sözleşmesi/planının yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın alınmalıdır. İntifa senedi sahiplerine bu dava hakkını vermemek, intifa senedi sahiplerinin haklarını koruyan bu düzenlemeleri işlevsizleştirir. Bu nedenle intifa senedi sahiplerinin de kıyasen bu dava hakkından yararlanmaları gerektiği görüşündeyim²⁵.

Kanunda davacının ilgili yeniden yapılandırma kararına olumsuz oy kullanıp zapta geçirme zorunluluğu açıkça düzenlenmez. Öğretide, iptal davasında aranan bu şartın bu davada da aranması gerektiği savunulur. Bu görüşün gerekçesi, karara olumlu oy kullanan davacının karar aleyhine dava açması-

21 Çebi, s. 281.

22 Pulaşlı, Şerh, No. 54

23 Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-57; Karahan, s. 235.

24 Cahit Ağaoğlu, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler”, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, Yıl: 2012, s. 227.

25 Aynı yönde bkz. Çoştan, Özel Hak Sahiplerinin Korunması, s. 426; Kendigelen, s. 142.

nın genel hukuk ilkeleri ile bağdaşmayacağı ve çelişkili davranma yasağına aykırı olmasıdır²⁶.

Kanımca TTK m. 191’de yer almayan bu şartın aranması, hükmün lafzı ve ruhu ile bağdaşmaz ve dava açılmasını haksız olarak zorlaştırır. İlk olarak genel kurulda olumsuz oy kullanılmamış olması mutlaka çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak nitelendirilemez. Zira ortak, hakkının ihlal edildiğini ilgili genel kurul kararından sonra öğrenmiş olabilir. Özellikle inceleme hakkının kullandırılmadığı²⁷ veya fiilen kısıtlandığı hallerde durum budur²⁸.

İkinci olarak, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, TTK m. 192’de düzenlenen iptal davası ile ortaklık pay ve haklarının incelenmesi davası arasında organik bir bağ veya bir neden-sonuç ilişkisi yoktur. Her iki davanın amacı farklıdır. Bu nedenle iptal davası için aranan bir şart, ortaklık pay ve haklarının incelenmesi davasında da aranamaz.

Üçüncü olarak, özellikle işlem denetçilerinin kaldırılmasından sonra yeniden yapılandırmada ortaklık pay ve haklarının korunmasının en etkin silahı bu davadır. Bu davanın açılmasını daha da ağır koşullara bağlamak çoğunluğu hak ihlallerine özendirir.

Son olarak, yeniden yapılandırma işleminin kolaylaştırılması ve ortakların pay ve haklarının korunması arasındaki denge işlem denetçisinin kaldırılmasıyla hakların korunması aleyhine bozulmuştur. Bu dengeyi daha da bozmanın haklı gerekçesi yoktur.

Bu davanın kime karşı açılacağı, söz konusu yeniden yapılandırma işlemine göre değişir. Birleşme işleminde devralan ortaklık davalı olur. Bunun iki sebebi vardır: (i) ortaklık haklarının devamlılığı devralan ortaklıkta kurulu düzende gereği gibi sağlanamamıştır ve (ii) devrolunan ortaklık(lar) infisah etmiştir. Tam bölünme ve tür değiştirmede davalı yeni ortaklıklara veya tür değiştiren ortaklığa karşı açılır. Kısmi bölünmede ise ortağa tahsis edilen malvarlığını edinen ortaklık davalı olur²⁹.

26 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-57.

27 TTK m. 149/5 uyarınca birleşmede ve TTK m. 171/2 uyarınca bölünmede tüm ortakların onaylaması halinde küçük ve orta ölçekli şirketler inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçebilirler.

28 Fiilen kısıtlamadan kasıt inceleme süresinin kanunda öngörülenden daha kısa tutulması (birleşmede TTK m. 149/1 uyarınca 30 gün; bölünmede TTK m. 171/1 uyarınca iki ay), incelemeye açık belgelerin eksik verilmesi, belgelerden kopya verilmemesi, ortakların danışmanlarının incelemeye katılımının engellenmesi gibi durumlardır.

29 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-58.

D. Davanın Hükümleri

1. Süre

Ortaklık haklarının incelenmesine ilişkin dava, ilgili yeniden yapılandırma işlemine dair kararın Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ("TTSG") ilan edilmesinden itibaren iki ay içerisinde açılmalıdır (TTK m. 191/1)³⁰.

Tescil ve ilan edilmiş bir yeniden yapılandırma işlemine ilişkin kararın varlığı dava şartıdır³¹. Birleşme ve tür değiştirme işlemlerinde ilgili kararın TTSG'de ilanı kanunda açıkça düzenlenir (TTK m. 154 ve m. 198/2). Ancak bölünmeye ilişkin kanun hükümleri sadece kararın tescilini öngörür ve ilanı açıkça düzenlemez. Her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da, TTK m. 35/3 uyarınca, aksi belirtilmedikçe tescili gereken her husus ilan edileceğine göre, bölünme kararının da TTSG'de ilan edileceği kabul edilmelidir³².

2. Dava Giderleri

TTK, ortaklık pay ve haklarının incelenmesi davasının dava giderlerinin "devralan" ortaklığa ait olduğunu öngörür. "Devralan" ortaklık, yeni kurulan veya devralan ortaklık (birleşme veya bölünme sonucu yeni kurulan ortaklık veya devrolunan ortaklığı devralan ortaklık, tür değiştirmede yeni türdeki ortaklık) olarak anlaşılır.

Yukarıda da incelendiği üzere, davalı esasen dava giderleri yükletilen "devralan" ortaklıktır. Kanun koyucu hakları ihlal edilen ortakların davanın yükünü çekmesinin doğru olmadığı ilkesini benimser. Özellikle de davanın sonuçlarının aynı durumdaki tüm ortaklar bakımından da hüküm ifade edeceği göz önünde bulundurulduğunda, davacı ortağa bu yükü yüklemek adil olmaz. Bununla beraber, TTK özel durumların haklı göstermesi halinde giderlerin kısmen veya tamamen davacıya yükletilebileceğini düzenler. Kötü niyetle açılan dava da veya davanın reddedilmesi halinde dava giderleri davacıya yükletilebilir³³.

Böylelikle kanun koyucu bir yandan davacının giderleri karşılayamadığı için haksızlığa sessiz kalmasını önlemeyi, diğer yandan ise haksız davaları özendirmemeyi amaçlar³⁴.

30 Hukuk güvenliği sebebiyle sürenin kısa tutulduğu yönünde bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, No. 264. Aynı kaygı İBirk'nın gerekçesinde de vurgulanır; bkz. **Message İBirk**, s. 4140.

31 **Karahan**, s. 235.

32 **Erdem**, Bölünme, s. 85; **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-59.

33 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-60.

34 Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 192; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku s.

Bu düzenleme İBirK'dan aynen alınmıştır³⁵. Ancak kanun koyucu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³⁶ (“HMK”) m. 114/1, g hükmünü dikkate almamıştır. Zira bu hüküm, gider avansının yatırılmasını dava şartı olarak düzenler. Avansın yatırılmaması halinde HMK m. 120 uyarınca hâkimin davacıya (bu davada ortak) iki haftalık süre vermesi ve bu sürede de avansın yatırılmaması halinde dava şartı yokluğundan davayı reddetmesi gerekir³⁷. Dava giderlerinin devralan ortaklığa ait olduğu ve özel durumların haklı göstermesi halinde davacıya yükletilebileceğine ilişkin TTK m. 191/3 hükmü HMK m. 114/1, g ile uyumsuzdur. HMK m. 114/1, g hükmü karşısında dava harçlarının ve gider avansının davacı tarafından yatırılması gerekir. Ancak dava sonunda dava masraflarına ilişkin hüküm kurulurken TTK m. 191/3 hükmü dikkate alınır. Bu durumun TTK m. 191/3'ün ruhu ve lafzıyla bağdaşmadığı ve davacıya ek zorluk yarattığı kuşkusuzdur.

3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Ortaklık haklarının incelenmesi davası, yeniden yapılandırma işlemine katılan ortaklıklardan birinin merkezine bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir (TTK m. 191/1). Böylelikle ortağa davayı işleme katılan ortaklıklardan herhangi birinin merkezinde bulunan mahkemede açabilme olanağı sunulur.

E. Hükümün Etkisi

1. Genel Olarak

Davacı, bu davayı yeniden yapılandırma işleminde pay değişim oranının, denkleştirme tutarının, yani ortaklık haklarının uygun olmadığını belirterek açar. TTK m. 191/1 uyarınca davacı uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını talep eder. Bu davada denkleştirmeden başka bir talepte bulunulamaz.

Mahkeme, yeniden yapılandırma sözleşmesinde belirlenen değişim oranından daha düşük bir değişim oranına veya davacıya devralan, yeni kurulan

141; Karahan, s. 236. Aynı kaygılar İBirK'nın gerekçesinde de vurgulanmıştır; bkz. **Message İBirK**, s. 4140.

35 İBirK m. 105/3: “*Les frais de la procédure sont à la charge du sujet reprenant. Si des circonstances particulières le justifient, le juge peut mettre tout ou partie des frais à la charge du demandeur.*”

36 RG 4 Şubat 2011, S. 27836.

37 **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 418.

veya tür değiştiren ortaklığın payının verilmesine hükmedemez. Bu davada sadece davacıya yapılacak bir denkleştirme ödemesine hükmedilebilir³⁸.

TTK m. 191/4 uyarınca bu dava birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez. Bu düzenleme TTK'nın, yukarıda açıklanan, yeniden yapılandırma işlemlerini kolaylaştırmayı, özendirmeyi ve ayakta tutmayı benimseyen anlayışına uygundur. Bu dava hakkı tanınarak yeniden yapılandırma işleminin kolaylaştırılması ile ortakların haklarının korunması arasında bir denge sağlanır.

2. Kesin Hükümün Etkisinin Genişlemesi

Bu dava sonucunda verilecek karar, davacı ile aynı konumda olan tüm ortaklar hakkında da hüküm doğurur.

TTK m. 191/2'de bu dava sonucu verilecek mahkeme kararının, davacı ile aynı hukuki durumda bulunan ortaklar bakımından da hüküm ifade edeceği düzenlenir. Madde gerekçesinde bu madde ile bir "class action" düzenlendiği belirtilir³⁹.

Topluluk davası HMK m. 113'te ele alınır. Bu hüküm uyarınca bir grubun, sınıfın veya topluluğun menfaatini korumak için o grubu temsilen hareket edecek kişiler dava açarak, ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve hak ihlalinin önüne geçilmesini talep edebilir. Ancak HMK, tazminat istemi içeren bir topluluk davası getirmez⁴⁰. Nitekim öğretilerde TTK m. 191 ile getirilen davanın bir topluluk davası olmadığı, bu madde ile HMK m. 303'te düzenlenen kesin hükmün nispi etkisine istisna getirildiği savunulur⁴¹.

Aynı hukuki durumda bulunan ortaklar ifadesi, anonim şirketlerde aynı türden veya eşdeğer pay sahipleri olarak anlaşılır. Ancak imtiyazlar ve oydan yoksun paylar gibi ayrı durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle mahkemenin hangi ortakların neden hukuken aynı durumda bulunduğunu açıklaması yerinde olur.

TTK, mahkeme hükmünün diğer ortaklar bakımından nasıl icra edilebi-

38 Çebi, s. 292.

39 Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 192. Bu hükmün eşit işlem ilkesinin bir yansıması olduğu görüşünde **Karahan**, s. 236.

40 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 494-496.

41 **Kendigelen**, s. 142. Kesin hüküm ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 851 vd.

leceğine, davanın diğer ortaklara ihbar edilmesinin gerekli olup olmadığına, aynı konumda farklı ortakların ayrı davalar açması halinde bu davaların nasıl yürütüleceğine açıklık getirmez⁴². Birden çok ortağın denkleştirme davası açması halinde, bir davanın reddinin diğer ortaklar için hüküm ifade etmemesi, başka bir ortağın davasının kabulü halinde ödenen denkleştirmenin diğer ortaklara da ödenmesi gerekir. Ancak her halde, davalar birleştirilmedikçe mahkemelerin çelişkili karar vermesi riski çok yüksektir.

3. İptal Davası ile İlişkisi

Öğretide bu davanın TTK m. 192’de düzenlenen iptal davası ile birlikte açılmasının gerektiği savunulur. Bu görüşe göre, TTK m. 191 uyarınca açılacak davanın kabulü halinde yeniden yapılandırma uyarınca tanınan haklarda yeni bir durum ortaya çıkacağı için bu yenilik doğurucu bir davadır⁴³. Davanın, yeniden yapılandırma sonucunda tanınan ortaklık hakları bakımından (pay değişim oranı, denkleştirme akçesi, ayrılma akçesi gibi diğer haklar) yenilik doğurucu sonuçlarının doğabilmesi için iptal davası ile birlikte açılması gerektiği ileri sürülür⁴⁴.

Ancak TTK m. 191/4’te de açıkça düzenlendiği gibi, ortaklık haklarının incelenmesine ilişkin bu dava, ilgili birleşme, bölünme ya da tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez⁴⁵. Bu dava, haksızlığa uğrayan ortağa denkleştirme ödemesine ilişkindir; ilgili yeniden yapılandırma kararının iptali sonucunu doğurması davanın amacını aşar. Eğer, ortaklık haklarının incelenmesi davasının konusunu oluşturan yeniden yapılandırma kararının iptali için gerekli şartlar yerine gelirse, iptalin ayrıca dava edilmesi gerekir⁴⁶.

Bu nedenle, tercih edilmesi gereken görüşe göre, davada denkleştirmeye hükmedilmesi için ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının iptal edilmesi⁴⁷ veya bu davanın iptal davasıyla birlikte açılması aranmamalıdır.

42 Öğretide, bu dava sonucu aynı konumda bulunan tüm ortaklara davacıya ödenmesi kararlaştırılan denkleştirmenin ödeneceği savunulur, bkz. **Çebi**, s. 293.

43 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-53.

44 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, No. 15-54. Ancak yazar bu paragrafta “*Bu sebeple 191. Maddedeki davanın çoğu kez 192. maddedeki iptal davası ile birlikte açılması gerekir*” demektedir.

45 İsviçre hukuku açısından bkz. **Marc Bauen/Robert Bernet**, Swiss Company Limited by Shares, Company Law, Merger Law, Stock Exchange Law, Tax Law, Schulthess 2007, s. 305.

46 Aynı yönde bkz. **Karahan**, s. 235; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, No. 267.

47 Aynı görüşte, **Al Kılıç**, s. 186, 187.

Üstelik ilgili yeniden yapılandırma kararının iptal edilmesi halinde iptal kararı geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağından, ortada denkleştirilmesi gereken bir hak ihlali veya ayrılma akçesi de kalmayacaktır.

Nitekim madde gerekçesinden de kanun koyucunun iradesinin, bu davanın ancak iptal davası ile beraber açılabilceği yönünde olmadığı anlaşılır. Zira ilk fıkraya ilişkin gerekçe, bu dava ile iptal davası açılması olanağının bulunmadığı hallerde de denkleştirme talep edilebileceğini vurgular⁴⁸. Dördüncü fıkranın açık hükmü de dikkate alındığında TTK'nın bu iki davanın birlikte açılmasını zorunlu kılmadığı sonucuna varılır.

Bu iki davanın yarışıp yarışmayacağı da çözümlenmelidir. Yeniden yapılandırma sözleşmesindeki değişim oranının adil olmaması halinde ortaklık pay ve haklarının incelenmesi (denkleştirme) davasının, bu durumun ortaklık sıfatının kaybına sebebiyet verecek derecede ağır olması halinde iptal davasının açılacağı ileri sürülebilir. Ancak (aşağıda da incelendiği üzere) her iki davanın da iki aylık süre içerisinde açılması aranır. Bu nedenle, iptal davasının reddedilmesi halinde ortağın denkleştirme davası açması mümkün olmaz. Dolayısıyla, eğer koşulları mevcut ise, her iki davanın da açılabilceği kabul edilmelidir.

III. İptal Davası

A. Genel Olarak

TTK, anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptalini m. 445 ve devamı maddelerde düzenler. Bu maddeler kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık olmak üzere üç iptal sebebi öngörür. Benzer hükümler limited şirketler için TTK m. 622 ve kooperatifler için 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu⁴⁹ m. 53'te bulunur.

Ancak, yeniden yapılandırma işlemlerine dair kararların iptali TTK m. 192 ile özel olarak düzenlenir. Bu hükme göre, yeniden yapılandırma işlemlerini düzenleyen TTK m. 134 ila 190'ın ihlali halinde, ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş ortaklar, ilgili kararın TTSG'de ilanından itibaren iki ay içinde karar aleyhine iptal davası açabilir.

48 Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gerekçeleri, m. 192.

49 RG 10 Mayıs 1969, S. 13195.

B. TTK'da Düzenlenen İptal Davaları Arasındaki İlişki

Kanuna aykırılık, genel düzenlemeler uyarınca genel kurul kararlarının iptal sebepleri arasındadır. Buna rağmen kanun koyucu TTK m. 192'de yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin kanun hükümlerine aykırılık halinde özel bir iptal davası düzenler. Dolayısıyla, ayrı ve özel bir iptal rejimi getirir.

Bu özel düzenlemenin birkaç amacı olabilir. Yukarıda “Genel Olarak” başlığı altında ele alınan genel düzenlemeler, anonim, limited ve kooperatif şirketlere ilişkindir. Ancak kollektif ve komandit şirketlerin de yeniden yapılandırılması mümkündür. TTK m. 192, bu şirketlerde gerçekleştirilecek kanuna aykırı yeniden yapılandırma işlemlerine karşı kanun yolu oluşturur⁵⁰.

TTK ayrıca kolaylaştırılmış usule imkân tanır. TTK m. 155 ve m. 156'da belirtilen hallerde genel kurulun birleşme işlemine onay vermesi zorunlu değildir. Dolayısıyla yeniden yapılandırma işlemine ilişkin karar genel kurulun yanı sıra yönetim organı tarafından da alınabilir. Yönetim organının kararının kanuna aykırı olması sebebiyle iptal edilebilmesi için TTK m. 192 ile getirilen özel düzenleme gereklidir⁵¹. Kolaylaştırılmış birleşme halinde iptal davası yönetim kurulu kararına karşı açılmalıdır⁵².

Yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin TTK m. 192 özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Bu hükme rağmen, yeniden yapılandırma işlemlerini düzenleyen TTK m. 134 ila 190'ın ihlali halinde genel hükümlere göre iptal davasının açılıp açılmayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bizim katıldığımız görüşe göre TTK m. 192, genel iptal davasını bertaraf etmez. Şartlarının sağlanması halinde genel iptal davası da açılabilir⁵³.

Aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, bu özel iptal davası, gerek iptal sebepleri, gerek tarafları, gerekse davanın açılacağı süre gibi konularda genel iptal davasından ayrılır.

C. Davanın Konusu ve İptal Sebepleri

TTK m. 192 uyarınca birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin kararların iptali için dava açılabilir. Gerek genel kurul gerekse yönetim organının aldığı bu yeniden yapılandırma kararlarının iptali talep edilebilir. Dola-

50 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-29.

51 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-29.

52 **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, No. 268.

53 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-30.

yısıyla, yönetim organının aldığı kolaylaştırılmış birleşme kararının da iptali mümkündür.

Bu iptal davası, TTK m. 134 ila 190 hükümlerinin ihlal edilmesi halinde açılır⁵⁴. Yani yeniden yapılandırma sürecinde bu hükümlerin ihlal edilmesi halinde ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının iptali mümkündür. Bizzat iptali talep edilen genel kurul veya yönetim organı kararının kanunu ihlal etmesi gerekli değildir. Yeniden yapılandırma sürecine ilişkin herhangi bir hükmün ihlali m. 192 uyarınca iptal davasının açılabilmesi için yeterlidir⁵⁵. Bununla birlikte TTK'nın diğer hükümlerine aykırılık bu iptal davası açısından önemsizdir. Mutlaka yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin TTK m. 134 ila 190 hükümlerine aykırılık olmalıdır.

TTK m. 445 ve devamında anonim şirketler, m. 622'de limited şirketler için düzenlenen (bu hüküm TTK m. 445 ve devamına atıf yapar) genel kurul kararının iptal davası için aranan, kararın esas sözleşmeye veya dürüstlük kullarına aykırı olması şartı, bu dava için aranmaz.

D. Davanın Tarafları

İptali talep edilen karara olumlu oy vermeyen ve bunu tutanağa geçiren, yeniden yapılandırma işlemine katılan tüm ortaklıkların pay sahipleri TTK m. 192 uyarınca iptal davasını açabilir⁵⁶. Ancak, yeniden yapılandırma kararını yönetim organının alması halinde ortakların bu kararda oy kullanmaları söz konusu olmadığından bu şart aranmaz⁵⁷.

Her ne kadar m. 192 “*olumlu oy vermemiş*” olmaktan söz ederse de, bu ifadeyi TTK m. 446'ya uygun olarak “*olumsuz oy*” şeklinde anlamak gerekir. Burada genel kuraldan ayrılmak için haklı bir neden yoktur.

Davacılar bakımından, TTK m. 192'de düzenlenen özel iptal davasının genel iptal davasından ayrıldığı görülür. Toplantıya katılmayan ortakların⁵⁸,

54 Öğretide bu kanun hükümlerine aykırılığın tek yaptırımının iptal edilebilirlik olması eleştirilir (Al Kılıç, s. 182). Ancak kanunda iptal edilebilirlik hallerinin sayılması mutlak butlan veya yokluk ile batıl bir hukuki işlemi iptalin ileri sürülebileceği zamanaşımı süresinin bitimi halinde geçerli bir hukuki işlem haline getirmez. Butlan davasının açılabilmesi görüşünde bkz. Kağıtçıoğlu, s. 153, 157.

55 Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-31; Karahan, s. 237.

56 İsviçre hukuku açısından bkz. Message İBIRK, s. 4141.

57 Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-37; Al Kılıç, s. 183.

58 Toplantıya katılıp olumlu oy veren ancak bu oyu vermesindeki iradesi sakatlananların bu davayı açabilecekleri hakkında bkz. Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-36.

yönetim kurulu üyelerinin veya bizzat yönetim kurulunun (karş. TTK m. 446/1, b-d) bu davayı açma hakları bulunmaz.

Bu iptal davası, iptali talep edilen yeniden yapılandırma kararını alan ortaklığa karşı açılır. Bu nedenle devrolunan, bölünen, tür değiştiren ortaklık gibi devralan ortaklık da davalı olur. Ancak birleşme veya tam bölünmede olduğu gibi, kararı alan ortaklığın infisah ederek ticaret sicilinden silinmesi halinde yeni kurulan veya devralan ortaklık davalı olur⁵⁹.

E. Süre

TTK m. 192 uyarınca iptal davası, ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının TTSG’de ilanından itibaren iki ay içinde açılmalıdır. Hâl-buki kanunda düzenlenen iptal davalarında bu süre üç aydır (anonim şirketler için TTK m. 445, limited şirketler için m. 622, kolektif şirketler için sırasıyla TTK m. 445, 622 ve 227; kooperatifler için 1163 sayılı Kooperatif Kanunu m. 53/1). Dolayısıyla, davanın açılabileceği süre ile ilgili hükümler arasında bir uyumsuzluk bulunur⁶⁰.

TTK m. 192, yeniden yapılandırma kararının ilanın gerekmediği hallerde sürenin tescilden itibaren başlayacağını düzenlemiş olsa da bu hükmün gerekli olmadığı görüşümdedir⁶¹. Zira kural olarak yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin kararlar ilan edilir⁶². TTK m. 154 birleşme kararlarının, m. 190 ise tür değiştirme kararlarının TTSG’de ilan edileceğini açıkça düzenler. Kolaylaştırılmış birleşmede kararın yönetim organınca alınması söz konusudur. Ancak bu halde dahi, Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 126/3 uyarınca yönetim organının kararı da tescil ve ilan edileceği için süre ilandan itibaren işler. Pay ve hakların korunması davasını incelerken de belirtildiği üzere, her ne kadar bölünmeye ilişkin hükümlerde böyle açık bir düzenleme olmasa da, TTK m. 35 uyarınca bölünme kararının da ilan edilmesi gerektiği, dolayısıyla iptal davasına ilişkin iki aylık sürenin ilandan itibaren işleyeceği kabul edilmelidir. Ancak öğretilerde aksine görüşler de ileri sürülür⁶³.

⁵⁹ **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-35.

⁶⁰ İsviçre Borçlar Kanunu genel kurul kararlarının iptali için genel hak düşümü süresini de iki ay olarak ön gördüğünden, bu davanın süresinin iki ay olması İsviçre’de bir uyumsuzluk yaratmaz. TTK kapsamında iptal davaları için farklı süreler öngörülmesinin tutarsız olduğu yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 143.

⁶¹ Aynı görüşte, **Kendigelen**, s. 143.

⁶² **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-34.

⁶³ Bazı yeniden yapılandırma işlemlerinde ilana gerek olmadığı ve dava açma süresinin tescil-

F. Dava Sonucu Verilecek Karar ve Etkisi

1. Eksikliklerin Giderilmesi

TTK birleşme, bölünme ve tür değiştirme işleminin ayakta tutulması ilkesini benimser. Yukarıda da incelendiği üzere, iptal davasının açılması için yeniden yapılandırma kararının bizzat kanuna aykırı olması aranmaz, sürece ilişkin bir hükmün ihlali bu davanın açılması için yeterlidir. Kanun koyucu, bu durumda doğrudan iptale karar verilmenin önüne geçmek için, eksikliklerin giderilmesi sürecini düzenler. Buna göre, iptal davasının açılmasına temel olan kanuna aykırılık, yeniden yapılandırma işlemlerindeki bir eksiklikten kaynaklanıyorsa, hâkim doğrudan iptale hükmetmek yerine bu eksikliğin giderilmesi için süre verir⁶⁴.

Verilen bu süre içerisinde eksikliğin giderilememesi veya giderilmemesi halinde hâkim yeniden yapılandırma kararını iptal eder⁶⁵. Ancak gerçekleşen bir birleşmenin hukuki etkilerinin nasıl ortadan kaldırılacağı önemli bir sorun oluşturacağı için mahkemenin yeniden yapılandırmanın iptaline alternatif çözüm üretmesi daha uygun olur⁶⁶.

2. İptal Kararı

Açılan iptal davasına bakan mahkeme, ilgili birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının iptaline hükmederse bu karar geriye etkili olarak (*ex tunc*) hüküm doğurur. Dolayısıyla, iptal halinde ilgili yeniden yapılandırma işlemi hiç doğmamış gibi bu işlemin tüm sonuçları ortadan kalkar. Bu konu

den itibaren başlayacağı yönünde bkz. **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-34. **Tekinalp** TTK m. 156 uyarınca birleşme sözleşmesinin genel kurulun onayına sunulması gerekmeyen birleşmelerden bahsetmektedir. Ancak bu durumda dahi yönetim organının birleşme sözleşmesini hazırlaması (m. 164), bu sözleşmenin imzalanması yönünde karar alması ve birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilanı (m. 152, 153) şarttır. Nitekim **Tekinalp** de bu zorunluluğu vurgular (**Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 24-93). **Tekinalp**'in tescil ve ilanın gerekmeyeceği hallere verdiği ikinci örnek, bir ticaret ortaklığının ticari işletmeye dönüştürülmesidir. Her ne kadar **Tekinalp** burada tescilin yeterli olacağı ve ilanın gerekmeyeceğini belirtse de TTK m. 194/3 açıkça ticari işletmenin devralanlar adına tescil ve ilanını zorunlu kılar.

64 Dolayısıyla, iptal sebeplerinin ortadan kaldırılabilir ve ortadan kaldırılamaz sebepler olarak bir ayrıma tabi tutulduğu hakkında bkz. **Çebi**, s. 283.

65 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-38; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, No. 269.

66 **Bauen/Bernet**, s. 306.

hem işlem güvenliği hem de üçüncü kişiler bakımından önem taşır⁶⁷. Özellikle de infisah eden ortaklıklar⁶⁸ ve davanın görüldüğü süreçte birleşen, bölünen veya tür değiştiren ortaklığın faaliyetlerini sürdüreceği düşünüldüğünde, iptal kararının geriye etkili olması çok önemli sorunlara yol açabilir⁶⁹. Bu nedenle kanun, mahkemenin somut olayın gerektirdiği önlemleri alacağını düzenler⁷⁰. Bu önlemler özellikle iptal kararının geriye etki doğurmasının yaratacağı sorunları bertaraf etmeye yönelik olmalıdır.

TTK m. 192’de, yeniden yapılandırma kararının iptali halinde, genel iptal davasının sonuçlarını düzenleyen m. 448 ila 451’e atıf yoktur. Bu hükümler, iptal davasının açılması, teminat verilmesi, kararın yürütülmesinin geriye bırakılması gibi halleri düzenler. Genel iptal davasına ilişkin bu hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde TTK m. 192’ye kıyasen uygulanacağı görüşümdedir.

IV. Sorumluluk Davası

A. Genel Olarak

Yukarıda incelenen iki davanın yanı sıra ve TTK’da m. 553 vd. hükümlerdeki genel sorumluluk rejimine ek olarak TTK m. 193, yeniden yapılandırmaya ilişkin işlemlerin kanuna uygun yapılmamasından doğan özel bir sorumluluk davasını düzenler. Bu ayrık düzenlemenin amacı, yeniden yapılandırma işlemlerinin kanuna aykırı olmadan ve ortaklar ile alacaklıları koruyan hükümlere uyarak gerçekleştirilmesini sağlamaktır⁷¹.

Buna göre, birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye herhangi bir şekilde katılan kişiler, kusurları ile verdikleri zarardan sorumludur.

B. Davanın Konusu ve Genel Sorumluluk Davası ile İlişkisi

Bu maddede düzenlenen davanın konusu, yeniden yapılandırma işlemine katılan ve kusurları ile zarara sebep olan kişilerin sorumluluğuna gidilmesidir.

⁶⁷ **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-39.

⁶⁸ Yeniden yapılandırma işlemi tescil ile birlikte hukuken geçerlilik kazanır (TTK m. 153/1, m. 179/4, m. 189/2) ve dolayısıyla birleşen, tam bölünen ortaklık infisah eder, tür değiştiren ortaklık tescil ile birlikte yeni tür ile varlığını sürdürür.

⁶⁹ Üçüncü Yönerge m. 21/1/g-h uyarınca iptal kararı alınması halinde devralan veya yeni kurulan ortaklığın yaptığı işlemler, devrolunan ortaklıkları bağlar ve bu ortaklıklar borçlardan müteselsil olarak sorumludur.

⁷⁰ **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-39.

⁷¹ **Güzin Üçışık/Aydın Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 546.

Sorumluluk, yeniden yapılandırma işlemine katılan kişilerin yetkilerini kusurlarıyla ihlal etmelerinden doğar. TTK m. 193 uyarınca kusur sorumluluğunun görev veya yükümlülüklerin ihlali ile sınırlı olması gerektiği görüşümdedir⁷².

Yeniden yapılandırma işlemine katılan kişilerin sorumluluğuna yol açabilecek bir takım işlemler aşağıdaki gibidir⁷³:

- TTK m. 139 uyarınca sermayesi kaybolmuş veya borca batık şirketler de birleşme işlemine katılabilir. TTK m. 376 uyarınca sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma, finansal durumu açıklayan bir rapor verme ve genel kurula çözüm önerilerini sunma; borca batık olma halinde ise iflası talep etme yükümlülüğü vardır. İyileştirici birleştirme söz konusu ise yeterli özvarlığa sahip ortaklığın yöneticilerinin özen yükümü vardır. Yöneticiler, birleşecekleri sermayesi kaybolmuş veya borca batık ortaklığın malvarlığının hukuka aykırı azalma tehlikesi altında olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin ihlali sorumluluğun doğmasına yol açabilir.
- Payların değişim oranının belirlenmesinde yöneticilerin ortaklık pay ve haklarının korunmasını gözetmesi gerekir. Ortaklık pay ve haklarının gereğince korunmamasında kusuru olanların sorumluluğu doğar.
- Devralma yöntemiyle birleşme ve bölünme işleminde devralan ortaklık sermaye artırımına, bölünen ortaklık ise sermaye azaltımına gider. Yönetim organının (anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında olan) TTK m. 457 uyarınca sermaye artırımında beyan hazırlaması ve şirket sözleşmesini yeni sermayeye uygun hale getirmesi zorunludur. Bu ve benzeri yükümlülükler aykırılık sorumluluğuna neden olur.
- Yeniden yapılandırma işlemine ilişkin yönetim organının sözleşme ve rapor hazırlaması gerekir. Yazılı sözleşme, yeniden yapılandırma işlemi için geçerlilik şartıdır. Sözleşme ve raporun geçerli ve kanuna

72 Aynı yönde bkz. **Hülya Coştan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009 (Anılış: **Coştan**, Alacaklıların Korunması), s. 265. Ancak, İBirk m. 108'de açıkça görev ihlali şartı aranırken bu şart TTK'ya aktarılmamıştır. Bu nedenle görev ihlali haricinde kusurları ile zarara sebebiyet verenlerin TTK m. 193 uyarınca sorumlu olacağı görüşünde bkz. **Ash Gürbüz Usluel**, "Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIX, S. 1, Mart 2013, s. 159, 160.

73 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gülbüz Usluel**, s. 142 vd.

uygun şekilde hazırlanmaması yönetim organının sorumluluğunu doğurabilir.

Bu hüküm uyarınca sorumluluğun doğması için, yeniden yapılandırma işlemine katılan kişilerin⁷⁴ kusurlarıyla zarara sebebiyet vermesi aranır. Bu kişilerin kusurları ile yükümlülüklerinin ihlali ile doğan zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁷⁵.

TTK m. 193 genel sorumluluk rejimini bertaraf etmez. Nitekim yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin bu özel sorumluluk davası, bu işlemlere dair kanunda öngörülen nisap, ortaklık haklarının devamı, sözleşmelerin şekil ve içeriği gibi hükümlere uyulmasını amaçlar. Bunun haricinde sorumluluk doğuran hallerde genel hükümlere gidilir.

TTK m 193, kurucuların sorumluluğunu (anonim şirketlerde m. 553, limited şirketlerde m. 664) saklı tutmuştur. Kurucuların sorumluluğu özellikle yeni kuruluş şeklinde birleşme ve bölünmelerde söz konusu olur.

Aynı şekilde, şirketler topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanılması halinde doğacak sorumluluğu düzenleyen TTK m. 202/2 de saklıdır. Nitekim TTK m. 202 ile korunan menfaat ve davanın muhatapları farklıdır. Bu madde uyarınca, hâkimiyetin kötüye kullanılması halinde dava hâkim şirkete yöneltilirken, TTK m. 193, yeniden yapılandırma işlemine katılanlara karşı açılan bir sorumluluk davasıdır⁷⁶.

Bununla beraber, TTK m. 193 uyarınca sorumluluk davası açılacak hallerde genel hükümlere başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır⁷⁷. Anonim şirketlerde genel sorumluluğu düzenleyen m. 533, yalnızca anonim

74 Bu kişilerin kapsamı aşağıda “Davanın Tarafları” başlığı altında ayrıntılı olarak tartışılmaktadır.

75 **Gürbüz Usluel**, s. 162. Anonim ve limited şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğunun doğması da kusur ve illiyet bağının bulunması şartına bağlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Necla Akdağ Güney**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 197 vd.

76 **Gürbüz Usluel**, s. 165.

77 İBirk m. 108’de düzenlenen sorumluluk davasının, İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Çoştan**, Alacaklının Korunması, s. 256. Ancak yazar, İsviçre’nin aksine, TTK m. 553 ve devamı hükümleri incelirken bu hükümlerin anonim şirketlere özgü olduğunu ve TTK m. 193’e göre özel hüküm niteliği taşıdığını vurgular, bkz. s. 260.

Ortakların dolaylı zararlarından ötürü genel hükümlere göre dava açacağı kuşkusuzdur, bkz. **Bauen/Bernet**, s. 307.

şirketlerin yöneticilerine ilişkin bir maddedir ve TTK m. 664 atfı sebebiyle limited şirketlere de uygulanır. TTK m. 193 ise yeniden yapılandırma işlemine katılan ortaklığın sermaye şirketi olup olmamasından bağımsız olarak, bu işleme katılan herkesin sorumluluğunu düzenler. Her iki maddede de kusur sorumluluğu esastır⁷⁸.

Belgelerde gerçeğe aykırı beyanlar ve sahtecilik gibi hallerde TTK m. 549 ile 562 uyarınca sorumluluk doğar⁷⁹. TTK m. 549, yeniden yapılandırma işlemleri ile ilgili belge ve bilgilerin yanlış, sahte, hileli, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zarar halinde zarara kusurları ile katılanların sorumlu olduğunu düzenler⁸⁰. Gerek TTK m. 193 gerekse m. 549'un kapsamına giren durumlarda hangi madde uyarınca sorumluluğun doğacağı tartışmalıdır. Zira TTK m. 549 kusursuz sorumluluk öngörürken m. 193 uyarınca sorumluluğun koşullardan biri kusurdur. Bu halde anonim şirketler açısından özel hüküm niteliğinde olan TTK m. 549'un uygulanacağı kabul edilmelidir⁸¹.

TTK m. 193 ayrıca m. 555 ve 556/2 ile 1163 tarihli Kooperatifler Kanunu m. 98 hükümlerinin bir sermaye şirketi ile kooperatiflerin iflası halinde uygulanacağını belirtir⁸².

Bu davanın, TTK m. 192 ile düzenlenen iptal davasıyla birlikte açılıp açılmayacağı da çözümlenmesi gereken bir sorundur. Bu iki davanın yarışması gerektiği kabul edilmemelidir; ancak çoğu zaman yeniden yapılandırma kararının iptali halinde tazmin edilecek bir zarar kalmayacağı için sorumluluk davası konusuz kalabilir⁸³.

C. Davanın Tarafları

Yeniden yapılandırmaya ilişkin yukarıda incelenen davalardan farklı olarak, sorumluluk davasını açabileceklerin çevresi kanunda geniş tutulmuştur. Buna göre TTK m. 193 uyarınca sorumluluk davasını yalnızca ortaklar değil, aynı zamanda ortaklığın kendisi veya alacaklıları açabilir. Yeniden yapılandırma işle-

78 **Gürbüz Usluel**, s. 168.

79 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-42, a.

80 **Al Kılıç**, s. 189.

81 TTK m. 549'un kusursuz sorumluluk öngörmesi sebebiyle daha geniş olduğu, anonim şirketler ile diğer şirketler arasında uygulamada farklılık doğacağı ve bu ikiliğin isabetli olmadığı görüşünde bkz. **Çoştan**, Alacaklının Korunması, s. 257

82 Bu hükümler diğer ortaklıklara uygulanmaz, bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, No. 272.

83 **Çoştan**, Alacaklının Korunması, s. 263 **Gürbüz Usluel**, s. 168.

minden zarar gören ortak, ortaklık veya alacaklılar bu davanın davacısı olabilir. Ortakların davacı olabilmeleri için, zararın doğduğu tarihte ortak olması aranır⁸⁴.

Yukarıda da incelendiği üzere TTK m. 193, genel sorumluluk rejimini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla ortak, yalnızca kendi zararı için değil, ayrıca ortaklığın uğradığı zarar sebebiyle, genel hükümler uyarınca ortaklığa tazminatın ödenmesini talep ederek dava açabilir⁸⁵.

TTK davalıların kapsamını da geniş tutar. Buna göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılan ve kusurları ile zarara sebebiyet veren herkes davalı olabilir. Bu hükmün geniş yorumlanması halinde, yeniden yapılandırma işlemine katılan ortaklıkların yöneticilerinin yanı sıra, denetçiler⁸⁶, işleme katılan finans kuruluşları gibi diğer danışmanlar da davalı olabilir. Ancak yapılacak bu denli geniş bir yorum, kural olarak organların sorumluluğunun düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, amacı aşabilir⁸⁷.

Bizce de üstün tutulması gereken dar yoruma göre, sözleşme ile danışmanlık verenlerden ziyade, organın sorumluluğu; yönetim kurulunun, yöneticilerin, tasfiye memurlarının ve müdürlerin sorumluluğu söz konusu olmalıdır ve davalı çevresi dar tutulmalıdır⁸⁸. Bu kapsamda, yönetim organı gibi şekli organların yanı sıra, yönetime talimat veren fiili veya gizli organların da sorumluluğu söz konusu olabilir⁸⁹. Ancak bunu aşacak şekilde, danışmanlık verenler bu kapsama dâhil edilmemelidir. Zira danışmanlar, bizzat yeniden yapılandırma işlemine ilişkin kararları alan veya icra eden değil, kararı alanlara bilgi ve danışmanlık hizmeti sunan kişilerdir. Ortağın, ortaklığın veya alacaklıların bu kişilerin sorumluluğuna gitmesi sorumluluk ile amaçlanan hedefi aşar.

Benzer şekilde, genel kurulda yeniden yapılandırma işlemine katılanlar da yeniden yapılandırma işlemine “katılan” ve dolayısıyla TTK m. 193 uyarınca sorumluluğu doğabilecek çevre kapsamında değerlendirilmemelidir⁹⁰.

84 **Gürbüz Usluel**, s. 163.

85 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-44.

86 Denetçilerin genel hükümler kapsamında sorumluluğu hakkında bkz. **Çoştan**, Alacaklıların Korunması, s. 267, 268.

87 Mehzar kanundaki “uğraşanlar” ifadesi yerine “katılanlar” ifadesinin kullanılması sebebiyle bu tartışmanın doğduğu hakkında bkz. **Çoştan**, Alacaklıların Korunması, s. 273.

88 Aynı yönde **Çoştan**, Alacaklıların Korunması, s. 273, 274.

89 **Al Kılıç**, s. 187; **Gürbüz Usluel**, s. 158.

90 **Gürbüz Usluel**, s. 164.

D. Davanın Hükümleri

TTK m. 193, m. 555, 557 ve 560 hükümlerini saklı tutar. Bu hükümler, anonim şirketlerde sorumluluğu düzenleyen hükümler arasında yer alır. Ancak bu hükümler saklı tutulan hükümler olduğundan, sadece anonim şirketler ve TTK m. 644/1/a'nın atfı nedeniyle limited şirketler hakkında uygulanır. Diğer ortaklıklara ise uygulanmaz.

1. Farklılaştırılmış Teselsül

TTK m. 557, farklılaştırılmış teselsülü düzenler⁹¹. Buna göre, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olması halinde bu kişilerin tazmin yükü zarardan şahsen sorumlu oldukları ölçüdedir. Yani bu kişiler dışı karşı, kusurları ve zararın kendilerine yükletilebilmesi ölçüsünde sorumlu olur⁹². TTK m. 193 uyarınca tazmini istenen zarardan birden çok kişinin sorumlu olması halinde de bu kişilerden her biri, TTK m. 557 hükmü nedeniyle, zarar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olur.

2. Zamanaşımı

TTK m. 193, davanın açılacağı zamanaşımı açısından anonim şirketlerde sorumluluk davalarına uygulanan zamanaşımını düzenleyen TTK m. 560'ı saklı tutar⁹³.

91 Farklılaştırılmış teselsül, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu bakımından TTK'nın getirdiği önemli yeniliklerden biridir. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu tam teselsülü düzenler. Buna göre tüm üyeler, kusur derecelerine bakılmaksızın, müteselsilen sorumludur. Ancak kusursuzluğunu ispat eden üyeler sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 21, 22; **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s.34 vd.

92 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 16-128; **Mehmet Helvacı**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler", Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası'na Etkileri, der. Doç. Dr. Korkut Özkorkut, 1. Bası, Aralık 2010, s. 255.

93 Öğretide TTK m. 560'ta öngörülen zamanaşımına ilişkin düzenlemenin, anonim ve limited şirketlerle sınırlı olmaksızın her durumda TTK m. 193 uyarınca açılacak davalara uygulanacağı savunulur. Bkz. **Çoştan**, Alacaklının Korunması, s. 270; **Gürbüz Usluel**, s. 165. Her ne kadar TTK m. 193, m. 560'a atfı yapmış olsa da, bu hükümler, yukarıda da incelendiği üzere yalnızca anonim ve limited şirketler bakımından uygulanır. Zira, TTK m. 193/3, m. 560'ın kıyasen uygulanacağını değil, saklı tutulacağını düzenler. Dolayısıyla bu görüşe katılmıyorum.

TTK m. 560 uyarınca sorumluluk davası, davacının zararı ve sorumlu olan kişiyi öğrenmesinden itibaren iki yıl ve her durumda zararın doğmasından itibaren beş yıl içinde açılmalıdır. Bu sürelerin geçmesi halinde dava zamanışımına uğrar. Ancak sorumluluk davasına konu olan fiilin aynı zamanda ceza sorumluluğu doğurması halinde, ceza zamanışımı daha uzunsa o uygulanır⁹⁴.

3. Dava Giderleri

TTK m. 555 uyarınca bu davada dava giderleri ve avukatlık ücreti davalıya yükletilmezse davacı ve ortaklık arasında hakkaniyete göre paylaşılır. Dolayısıyla zararının tazminini talep eden kişiler çoğu zaman dava giderlerini karşılayamayabilir. Kanun koyucu, bu kişilerin dava açmasını özendirmeyi amaçlar. Getirilen bu hüküm uyarınca, hukuki ve maddi sebeplerin ortaklık zararının tazmini için açılan bu davayı haklı göstermesi halinde, dava giderleri ve avukatlık ücreti davacı ve ortaklık arasında paylaşılır⁹⁵.

4. Yetkili ve Görevli Mahkeme

TTK m. 193 sorumluluk davasının açılacağı yetkili ve görevli mahkemeyi belirlemez. Anonim şirketler ve limited şirketler açısından (TTK m. 644/1, a'nın atfı nedeniyle) sorumluluk davası, TTK m. 561 uyarınca ortaklık merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir⁹⁶. Ancak, madde nin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm, diğer yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf etmez⁹⁷.

V. Sonuç

TTK, yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin kapsamlı düzenlemeler ve yenilikler getirir. Büyük ölçüde İBirK ve Avrupa Birliği müktesebatı esas alınarak yapılan bu düzenlemeler ile ortaklıkların birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri kolaylaştırır. Ancak kanun koyucu, yeniden yapılandırma

94 Zamanışımının ne zamandan itibaren başlayacağı, ortaklar ve alacaklılar bakımından özellikler içeren durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akdağ Güney**, s. 326 vd.

95 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 16-109.

HMK uyarınca gider avansının yatırılmasının dava şartı olduğu ve bu hükmün HMK düzenlemeleri ile uyumsuz olduğu hakkında lütfen yukarıda "Ortaklık Pay ve Haklarının İncelenmesi Davası" kapsamında "Dava Giderleri" alt başlığı kapsamında yaptığımız açıklamalara bakınız.

96 **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku, N. 15-51 atfı ile N. 16-144.

97 Türk Ticaret Kanunu 2005 Tasarısı Madde Gereğçeleri, m. 561.

işleminde farklı çıkarları korumaya yönelik yeni davalar düzenler. Böylelikle, yeniden yapılandırmayı özendiren ancak zarar görenleri davalarla koruyan bir anlayışı benimsediği görülür. Yeniden yapılandırmanın gerçekleştirilmesi ve ayakta tutulması ile menfaat sahipleri arasında denge kurulması amaçlanır.

Bu çalışmada TTK m. 191 ile m. 193'te düzenlenen ortaklık pay ve haklarının incelenmesi davası, iptal davası ve sorumluluk davası ele alındı. Bu davalar, hakların devamlılığı ilkesine aykırılık halinde aykırılığın giderilmesini, kanuna aykırı bir yeniden yapılandırma sürecinin yürütülmesi halinde eksikliklerin giderilmesi ve giderilemiyorsa işlemin iptalini ve kusurları ile zarar verenlerin sorumluluğuna gidilmesini mümkün kılar.

Ancak bu düzenlemelerin her konuyu ele aldığını ve tüm sorunlara çözüm getirdiğini söylemek zordur. Örneğin, ortaklık pay ve haklarının incelenmesi davası ile iptal davası arasındaki ilişki öğretide tartışmalıdır. Keza, m. 192'de düzenlenen iptal davası ile genel kurul kararlarının iptaline ilişkin genel düzenlemeler ve m. 193'te düzenlenen sorumluluk davası ile genel olarak sorumluluğu düzenleyen hükümler arasındaki ilişki netlik kazanmamıştır. TTK m. 191 ile bir topluluk davasının düzenlendiği ifade edilir ve hükmün hukuken aynı konumdaki tüm ortaklar bakımından uygulanacağı belirtilir; ancak bunun esasları kanunda düzenlenmemiştir.

Henüz öğreti veya yargı kararlarıyla açığa kavuşturulmamış bu ve benzeri konuların yanı sıra TTK'da düzenlenen iki farklı iptal davasının tabii olduğu zamanaşımı süreleri farklıdır. Daha da önemli olarak, dava giderlerinin paylaşımına ilişkin m. 191'deki düzenleme, HMK'daki dava şartları ile uyumsuzdur.

Bu dava hakları ile menfaat sahiplerinin korunması ve yeniden yapılandırma işleminin hak ihlaline sebep olmaksızın ayakta tutulmasının amaçlanması olumlu bir gelişmedir. Ancak gerek TTK hükümleri arasında gerekse yürürlükteki diğer mevzuat ile uyumsuz hükümlerin soruna yol açması söz konusu olabilir.

Bu yeni davalar nedeniyle ortaya çıkan sorunlara ilişkin görüşlerim yukarıda açıklandı. Bu görüşlerin öğretisi ve yargı kararlarıyla zenginleşeceğine inanıyorum.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU Cahit**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler”, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, Yıl: 2012.
- AKDAĞ GÜNEY Necla**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.
- AL KILIÇ Şengül**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009.
- BAUEN M./BERNET R.**, Swiss Company Limited by Shares, Company Law, Merger Law, Stock Exchange Law, Tax Law, Schulthess 2007.
- BÜYÜKYAKA Cüneyt**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası, S. 1, Kasım 2011.
- ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2007.
- ÇEBİ Hakan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010.
- COŞTAN Hülya**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009 (Anılış: **Coştan**, Alacaklının Korunması).
- COŞTAN Hülya**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, S. 3, 2008 (Anılış: **Coştan**, Özel Hak Sahiplerinin Korunması).
- EPÇELİ Sevgi**, “Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Bölünmeye İlişkin 159 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 1, Yıl: 2010.
- ERDEMERCÜMENT**, “Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri”, Bankacılar Dergisi S. 79, Aralık 2011.
- GÜRBÜZ USLUEL Ash**, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIX, S. 1, Mart 2013.
- HELVACI Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

- HELVACI Mehmet**, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organ) Konusunda Getirdiği Yenilikler*”, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası’na Etkileri, der. Doç. Dr. Korkut Özkorkut, 1. Bası, Aralık 2010.
- KAĞITÇIOĞLU Mutlu**, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012.
- KARAHAN Sami** (ed.), Şirketler Hukuku, 1. Bası, Konya 2012 (Anılış: **Karahan**).
- KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Message Concernant la Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et la Transfert de Patrimoine**, İsviçre Federal Konseyi, 13 Haziran 2000, <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2000/3995.pdf> (erişim tarihi 28 Ocak 2014), (Anılış: **Message İBirK**).
- PEKCANITEZ H. /ATALAY O./ÖZEKES M.**, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- PULAŞLI Hasan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011 (Anılış: **Pulaşlı**, Şerh).
- PULAŞLI Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2013 (Anılış: **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku).
- TEKİNALP Ünal**, “*Birleşmede Ayrılma Akçesi*”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul Ticaret Odası, C. 2, S. 1, 2012/1.
- TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013, İstanbul 2013 (Anılış: **Tekinalp**, Ortaklıklar Hukuku).
- TEKSOY Barış**, “Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilâfında Kurumsal Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIX, S. 2, Haziran 2013.
- ÜÇİŞİK G./ÇELİK A.**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara 2013.

İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (TTK m.454)

Yard. Doç. Dr. H. Ali DURAL*

Mülga 6762 sayılı TTK (eski TTK), imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin iki düzenleme içermektedir. Gerçekten eski TTK m. 389'da, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması halinde, bu kararın, imtiyazlı pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları özel bir toplantıda onaylanmadıkça infaz edilemeyeceği düzenlenmişti. Buna karşın eski TTK m. 391'de, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etsin veya etmesin, genel kurulun esas sermayenin arttırılmasına ilişkin her kararının imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu tarafından onaylanması şart koşulmuştu.

Görüldüğü üzere eski TTK'nda, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararları arasında bir ayırım yapılmış durumdadır. Buna göre, sermayenin arttırılması dışındaki diğer tüm esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun, sadece esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde toplanması gerekmektedir, genel kurulun sermaye arttırılmasına ilişkin kararında, bu kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği varsayımından hareketle, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun toplanarak bu sermaye artırımını kararını onaylaması gerekmektedir.

Doktrinde, eski TTK'nun bu ikili düzenleme şekli şiddetle eleştirilmiş; her sermaye artırımını kararında, sahip oldukları imtiyazın konusu itibarıyla hakları sermaye artırımından hiç etkilenmeyen imtiyazlı pay sahiplerinin onayının alınması gerekliliğinin, şirketin finansman ihtiyacının karşılanmasının önünü tıkadığı vurgulanmıştı. Nitekim uygulamada, örneğin yönetim kurulunda bir üye ile temsil edilme hakkı bulunan imtiyazlı pay sahiplerinin, diğer

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

pay sahipleri ile aralarındaki menfaat çatışmaları sebebiyle sermaye artırımına onay vermemesine sıkça rastlanılmaktaydı.

Bunun yanısıra, eski TTK m. 389 ve 391, imtiyazlı pay sahiplerinin yönetim kurulu tarafından hangi süre içerisinde toplantıya çağırılacağı, toplantıya çağırılmamasının sonuçları, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun kararları aleyhine iptal davası açılıp açılmayacağı, açılabilirse bu davayı kimlerin hangi sürede açması gerektiği konular hakkında herhangi bir düzenleme içermemekteydi. Bu konuların eski TTK’nda düzenlenmemiş olması uygulamada sorunlara sebep olmakla birlikte, doktrinde bu konulara ilişkin değişik çözüm önerileri getirilmişti.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), eski TTK’nun imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin yukarıda belirttiğimiz düzenleme şekline getirilen eleştirileri ve eski TTK’nda düzenlenmeyen konulara ilişkin çözüm önerilerini ve Yargıtay içtihatlarını da dikkate alarak imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunu, “İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu” (İPSÖK) başlığı altında tek bir maddede (m. 454) düzenlemiştir.

İşte biz bu tebliğimizde, TTK m. 454’de yer alan İPSÖK’na ilişkin bazı düzenlemeler hakkındaki görüşlerimizi ve eleştirilerimizi, doktrinin ve Yargıtay’ın konuya yaklaşımını da dikkate alarak paylaşmaya çalışacağız.

I. İPSÖK’nun Toplanması Gerektiren Durumlar

TTK m. 454/1’e göre “*Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda, aşağıdaki hükümler uyarınca, alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamaz*”.

Bu hüküm uyarınca, İPSÖK’nun toplanması için genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine,ve yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair bir karar vermesi gerekmektedir. Ayrıca kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye arttırılmasına ilişkin kararı, İPSÖK’nun toplanması gereken haller arasında sayılmıştır.

Bunun yanısıra, doktrinde sadece bu konulara ilişkin kararın varlığının yetmeyeceği, söz konusu kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesi gerektiği oybirliği ile savunulmaktadır. Biz, aşağıda ayrıntıları ile açık-

lanacağı üzere, TTK m. 454'ün getirmiş olduğu sistemin bu görüşe uygun olmadığını savunuyoruz.

1. Genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişki kararı ile kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye arttırımı kararının varlığı

TTK m. 454/1'in hükmünden de anlaşılacağı üzere, İPSÖK'nun toplanması için öncelikle ortada genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ya da kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye arttırılmasına ilişkin bir kararının bulunması gerekir. Bunun yanısıra fıkra, genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin kararı da İPSÖK'nun toplanması için gerekli durumlar arasında sayılmıştır. Ancak kayıtlı sermaye sistemini düzenleyen TTKm. 460/1'de yönetim kuruluna sermayeyi arttırma yetkisinin verilmesinin esas sözleşme değişikliği yoluyla yapılabileceğinin düzenlenmesi karşısında, TTK m. 454/1'de esas sözleşme değişikliğinin yanısıra yönetim kuruluna sermaye arttırma yetkisinin verilmesinin ayrıca belirtilmesinin gereği olmadığı savunulabilir¹.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)² m. 18/4 uyarınca “İmtiyazlı payların varlığı hâlinde bu madde kapsamında yapılacak esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararları, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca 6102 sayılı Kanunun 454 üncü maddesindeki esaslara göre onaylanır. Şu kadar ki, ortaklıkların kayıtlı sermaye tavanı dâhilindeki sermaye arttırmalarında ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararı aranmaz”. Bu düzenleme karşısında, sadece kayıtlı sermaye sistemine tabi halka açık olmayan anonim şirketlerin yönetim kurullarının sermaye arttırımı kararı vermeleri durumunda İPSÖK toplanacaktır. Halka açık anonim şirketlerde ise, bu şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçişlerinde İPSÖK'nun toplanması gerekli olup, kayıtlı sermaye sistemine geçtikten sonra yönetim kurulunun kayıtlı sermaye tavanı dahilinde alacağı sermaye arttırımı kararı için İPSÖK'nun toplanması gerekmeyecektir.

¹ Bu düzenlemeye ilişkin olarak, imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal edecek olan kararın yönetim kurulunun sermaye arttırımı kararı olduğu; yönetim kuruluna sermaye arttırma yetkisi verilmesinin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği; kaldı ki her iki aşamada da İPSÖK'nun onayının aranmasının çeşitli sorunlara yol açacağı yönündeki eleştiriler için bkz. **KENDİGELEN, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 353; **MOROĞLU, Erdoğan** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler (6102 sayılı TTK), İstanbul 2012 s. 256. Aynı yönde **ŞENER, Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s.531, dn. 591.

² RG. 30.12.2012 tarih ve S.28513.

2. Genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararı ile kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırım kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesi (?)

Doktrinde, TTK m. 454/1'den hareketle genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararı ile kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırım kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesi, İPSÖK'nun toplanmasının bir şartı olarak kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesini İPSÖK'nun toplanmasının şartı olarak kabul etmek, esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediğinin hangi organ tarafından tespit edileceği sorusuyla yakından bağlantılıdır. Doktrinde bu sorunun cevabı yönetim kurulu olarak verilmektedir.

Gerçekten *Tekinalp*'in konuya ilişkin açıklamaları aynen şu şekildedir: “İPSÖK’ü toplantıya çağırma yetkisi YK’dadır (TK m. 454.2) YK’nın bu yetkisi-TK m.375’de yer almamış olmasına rağmen – devredilemez niteliktedir. Çünkü, bu yetki, YK’nın GK’yı toplantıya çağıra yetkisinin devamıdır; ona yapışıktır. Bu özellikten hareketle yetkinin TK m. 410’den doğduğu da söylenebilir. Yetkinin YK’ya ait olması, aynı zamanda kararın imtiyazları ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesi yetkisinin de YK’da olduğu anlamına gelir. Ancak Kanun bu yetkinin YK tarafından bilerek veya bilmeyerek doğru kullanılmaması olasılığını da düşünerek, her imtiyaz sahibine çağrı için mahkemeye başvurma yetkisi tanımıştır (TK m. 454.2). Kanunun çözümü şu anlayışa dayanır: Esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlarını ihlal ettiği veya etmediği sorunu YK ile imtiyazlı pay sahipleri veya pay sahipleri tarafından farklı değerlendirilebilir ve farklı sonuçlara varılabilir. Bu sebeple, Kanun imtiyazlı pay sahibine bile mahkemeye gitme hakkı tanıyarak menfaat sahibiyle yetkili organ arasında denge kurmuştur. Uyuşmazlığı yargı çözecektir. Çağrıya rağmen İPSÖK toplanmaz veya gerekli nisaba ulaşamazsa GK’nın değişiklik kararı onaylanmış sayılır. Çağrı tekrarlanmaz”³.

3 **TEKİNALP, Ünal;** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları), İstanbul 2013, s.98-99 No. 9-53. Aynı yönde, **AKAD, Gül;** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2013, s. 32-33. Buna karşın *Tekinalp*, aynı eserinde yukarıdaki açıklamalarıyla örtüşmeyecek şekilde “*Kanun İPSÖK’ün yetki sınırını belirlemiştir. Bu sınıra göre, imtiyazların ihlal edilip edilmediği araştırılmalı ve ihlal varsa söz konusu esas sözleşme değişikliği reddedilmelidir. İPSÖK, söz konusu organ kararının herhangi bir kanuna veya esas sözleşmeye aykırı olması halinde toplanamaz, yetkisi imtiyazların ihlali ile sınırlıdır. İmtiyazın konusu ve ihlalin türü, hafif olması önemli değildir*” şeklindeki açıklamalarda bulunarak imtiyazların ihlal edilip edilmediğini değerlendirme

Kendigelen de, konuya ilişkin görüşlerini TTK m. 454'ün 7. fıkrasına ilişkin getirdiği eleştiriler dolayısıyla belirlemektedir⁴. Yazara göre, esas sözleşme değişikliği kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmiyorsa toplanmayacaktır ve bu durumda TTK m. 454/7 uyarınca yönetim kurulu tarafından açılacak iptal davasında imtiyazların ihlal edilmediği gerekçesine dayanmak çözümü oldukça güç kavramsal bir çelişkidir. Yazarın bu açıklamalarından, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazları ihlal etmesini İPSÖK'nun toplanmasının bir şartı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar, imtiyazların ihlal edildiği değerlendirmesini kimin yapacağı konusunda herhangi bir görüş belirtmese de, bu açıklamalardan Yazar'ın, bu değerlendirmenin yönetim kurulu tarafından yapılacağı görüşünde olduğu sonucu dolaylı olarak çıkarılabilir.

Görüldüğü üzere doktrinde genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesinin İPSÖK'nun toplanmasını şartı olduğu ve esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazları ihlal edip etmediği değerlendirmesinin yönetim kurulu tarafından yapılacağı konusunda görüş birliği vardır. Hatta yönetim kurulunun İPSÖK'nun onaylamama kararına karşı ancak esas sözleşme değişikliğinin imtiyazları ihlal etmediği gerekçesiyle iptal davası açabileceği yönündeki TTK m. 454/7'nin bu esasa çelişkili olduğu ve TTK m. 454/7'nin bu haliyle uygulanmasının mümkün olmadığı⁵, bu sebeple TTK m. 454/7'de düzenlenen iptal sebebinin, imtiyazlı pay sahiplerinin verdiği onaylamama kararının dürüstlük kuralına aykırı olması şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür⁶.

Her ne kadar doktrinde, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediği değerlendirmesinin yönetim kurulu tarafından yapılacağı görüşü savunulsa da TTK m. 454/3'de bu değerlendirmenin İPSÖK tarafından yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten TTK m. 454/3'de “*Özel kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. İmtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa⁷ karar gerekçeli bir tutanakla belirtilir...*” düzenlemesi

yetkisinin İPSÖK'da olduğu anlamının çıkmasına müsait ifadeler kullanmıştır (TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s. 97 No. 9-50.)

4 **KENDİGELEN**, s. 357. Aynı yönde **ŞENER**, s. 535.

5 **KENDİGELEN**, s. 357

6 **ORUÇ, Murat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, BATİDER, C. XXVI, S.4, s.200-201; **ŞENER**, s. 535; **AKAD**, s. 100-101.

7 Bu ibarenin yanıltıcı olduğu konusunda **ŞENER**, s. 534 dn. 594.

yer almaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı, TTK m. 453’de imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesinin İPSÖK’unda yapılacağı, eğer İPSÖK’nun esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği sonucuna varması halinde bu yöndeki kararın gerekçesi ile birlikte bir tutanakla belirtileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Kaldı ki, bu düzenleme, doktrinde şiddetle eleştirilen ve hakkında *contra legem* yorumların yapılmasına neden olan, hatta giderek uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilen TTK m. 454/7 ile de çelişki oluşturmamaktadır. Zira, TTK m. 454/7, TTK m. 453 ile birlikte değerlendirildiğinde maddenin getirdiği sistemde bir uyumsuzluğun bulunmadığı ve sistemin kendi içinde bir bütünlük arzettiği görülmektedir. Bu sisteme göre, genel kurul bir esas sözleşme değişikliği kararı alacak, yönetim kurulu İPSÖK’nu toplantıya çağırarak (TTK m. 454/2), İPSÖK imtiyazların ihlal edildiği sonucuna varırsa yönetim kurulu bu karara karşı imtiyazların ihlal edilmediği gerekçesi ile iptal davası açacaktır. Görüldüğü üzere sistemin çarkları birbiri ile uyumludur. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin (TSY) genel sözleşme değişikliklerine ilişkin 71/3. maddesi de, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının İPSÖK tarafından onaylanmadan veya TTK m. 454/5 uyarınca onaylanmış sayılmadan tescil edilemeyeceğini düzenlemiştir.

Buna karşın, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazları ihlal etmesinin İPSÖK’nun toplanmasının bir şartı olduğu ve bu değerlendirmenin yönetim kurulu tarafından yapılacağı yönündeki hakim görüşün kabul edilmesi halinde TTK m. 454’ün bütünlüğünün bozulmasına ve aşılması güç bir çok sorunun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bir kere, esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazların ihlal edilmediği değerlendirmesini yapan yönetim kurulu, İPSÖK’nu TTK m. 454/2’deki süre içinde hiç toplantıya çağırılmadan esas sözleşme değişikliği kararını tescil ve ilan ettirecek (TTK m. 455) ve bu tescil ve ilanla birlikte esas sözleşme değişikliği kararı uygulanmış olacaktır⁸. Artık esas sözleşme değişikliği kararının bu şekilde uygulanmasından sonra imtiyazlarının ihlal edildiğini düşünen imtiyazlı pay sahiplerinin TTK m. 454/2’deki bir aylık sürenin dolmasını bekleyip, zaten uygulanmış bir esas sözleşme değişikliği kararı için İPSÖK’nun toplanması için mahkemeye başvurmasının herhangi bir anlamı ve hükmü bulunmamaktadır. Bunun yanında imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinin yönetim kurulu tarafından yapılacağı kabul edilmesi, TTK m. 454/3 c.2’deki açık

⁸ Tescil edilmiş esas sözleşme kararının aynı zamanda da uygulanmış olacağı yönünde **KENDİGELEN** s. 354. Aksi görüş için **TEKİNALP**, s. 99 No. 9-53.

hükümünün göz ardı edilmesi, buna bağlı olarak da TTK m. 454/3 ile uyumlu TTK m. 454/7'nin açık düzenlemesine ilişkin *contra legem* yorumların yapılmasına ve böylece madde bütünlüğünün bozulmasına yol açmaktadır ki, bu durumun hukuk tekniği ve hukuk güvenliği açısından ne derece isabetli olduğu tartışılabilir.

Görüldüğü üzere, TTK m. 454'ün getirmiş olduğu yeni sistemde, genel kurulun her esas sözleşme değişikliği kararı ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımı kararında İPSÖK'nun toplanması gerekmektedir; zira, TTK m. 454/3'e göre haklarının ihlal edilip edilmediği değerlendirmesi İPSÖK tarafından yapılacaktır. İPSÖK, hakları ihlal edilmiyorsa ya da hakları ihlal edilse dahi bu duruma katlanarak genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararını onaylayacak ya da onaylamayacaktır. Onaylamama ancak haklarının ihlal edildiği gerekçesine dayanabilir.

Böylece, TTK m. 454/1 imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edecek nitelikteki esas sözleşme değişikliği kararlarının İPSÖK tarafından onaylanmayacağı yönünde ana ilkeyi koyduktan sonra, imtiyazların ihlal edilip edilmediği değerlendirmesinin ise İPSÖK tarafından yapılmasını öngörmüştür. Bu düzenleme karşısında esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının İPSÖK'nun toplanmasının bir şartı olarak kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. İPSÖK'nun toplanması için genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının ya da kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımı kararının bulunması yeterlidir; imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi TTK m. 454/3 uyarınca İPSÖK tarafından yapılacaktır.

TTK m. 454'ün getirmiş olduğu bu düzenleme, 6762 sayılı TTK'nın doktrin tarafından eleştirilen sistemini daha da geri götürmüştür. Gerçekten yukarıda da belirtildiği üzere 6762 sayılı TTK'da genel kurulun esas sermaye artırımı kararı vermesi halinde hakları ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın İPSÖK'nun toplanmasını şartını öngören düzenlemesi doktrinde eleştirilmekte idi. TTK m. 454 ise, tüm esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazların ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın İPSÖK'nun toplanması üzerine sistemi inşa etmiştir. Bu anlamda bir geriye gidişin söz konusu olduğu aşikardır. Kanun'un bu düzenleme tarzı haklı olarak eleştiriye açıktır⁹. Nitekim bu düzenleme sonucunda şirket esas sözleşmesinde düzenlenen imtiyazların konusu ile hiçbir ilgisi olmayan esas sözleşme değişikliğinde İPSÖK'nun toplanması

9 TTK m. 454/3 ve 454/7'nin maddede düzenlendiği şekliyle anlaşılmasının doğuracağı sakıncalar hakkında AKAD s. 32.

gerekmektedir. Bu durumun ise 6762 sayılı TTK döneminde uygulamada ortaya çıkan ve menfaat çatışmalarına neden olan olumsuzlukları daha da arttıracığı şüphesizdir. Ancak kanaatimizce, TTK m. 454'ün getirmiş olduğu bu düzenleme şeklinin şirket ile imtiyazlı pay sahipleri arasındaki menfaat dengesine uygun olmaması, madde hükümlerinin göz ardı edilerek *contra legem* yorumlanması sonucunu doğurmaz. Bu durumda, olsa olsa ortada bir gerçek olmayan boşluğun varlığını tespit ederek, bu boşluğun yargı içtihatlarıyla doldurulabileceği ileri sürülebilir¹⁰. En uygun çözüm yolu ise, en kısa zamanda bir kanun değişikliğiyle şirket ile imtiyazlı pay sahipleri arasında menfaat dengesini çok daha isabetli şekilde kuran bir sistemin getirilmesidir.

II. İPSÖK'nun Toplanmasına Gerek Olmayan Durumlar

6762 sayılı TTK döneminde Yargıtay, imtiyazlı pay sahiplerinin tümünün esas sözleşme değişikliğinin oylandığı genel kurula katılıp karar lehinde oy kullanmış olması halinde dahi, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun özel olarak toplanıp esas sözleşme değişikliği kararını onaylamaları gerektiği yönünde karar vermiştir¹¹. Doktrinde Yargıtay'ın bu görüşünü benimseyen yazarlar olduğu gibi¹², benimseyen yazarlar da bulunmaktadır¹³.

TTK. m. 454/4 sorunu “Genel kurulda, imtiyazlı payların sahip veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, üçüncü fıkrada öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmaz” şeklinde hüküm getirmek suretiyle çözüme bağlamıştır. Buna göre, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının genel kurul toplantısında bulunmaları ve bunların çoğunluğunun genel kurul kararı lehine oy vermesi halinde İPSÖK'nun ayrıca toplanarak genel kurulun esas sözleşme kararını onaylamaları gerekmemektedir.

10 “Gerçek olmayan boşlukta kanunda, örtülü boşlukta olduğu gibi, bir hüküm vardır. Ne var ki, bu hüküm olaya sadece sözü itibariyle uymaktadır. Daha açık bir deyişle, hüküm yönünden kanunda bir eksiklik yoktur. Fakat kanunun koyduğu hüküm uygulanacak olursa, kanunun amacına aykırı ve kabulü imkansız bir sonuç elde edilmektedir” (DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2009, s. 111.

11 Yargıtay 11. HD. 05.05.1975 tarih ve 1975/1516 E. 1975/3138 K. (www.kazanci.com).

12 MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı (Sermaye Arttırımı), İstanbul 2003, s. 78; KARAHAN, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991, s.159.

13 TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s. 426, No. 807c.

Yukarıda (I,1)'de belirttiğimiz üzere, kayıtlı sermaye sistemine tabi olan halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun kayıtlı sermaye tavanı dahilinde alacakları sermaye arttırımı kararı için İPSÖK'nun toplanması gerek-meyecekti (SerPK. m. 18/4).

Yine Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 20/2 uyarınca sermayenin TTK'da öngörülen asgari tutara yükseltilmesi için alınan genel kurul kararlarına ilişkin olarak TTK m. 454 uygulan-mayacaktır.

III. İPSÖK'nun Toplantıya Çağırılması

1. İPSÖK'nun yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılması

İPSÖK yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılır¹⁴. Bu yetki yönetim kurulu açısından bir görevdir¹⁵ ve yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan zararlardan yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur¹⁶.

Yönetim kurulu İPSÖK'nu en geç genel kurul kararının ilanından itibaren bir ay içinde toplantıya çağırmalıdır (TTK m. 454/2)¹⁷. Bir aylık sürenin başlangıcının genel kurul kararının ilanı olarak belirtilmesi açıklanmaya muhtaçtır; zira buradaki ilandan neyin anlaşılması gerektiği belirsizdir. Kuşkusuz ilk akla gelen genel kurulun tescil edilmiş esas sözleşme değişikliği kararının Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiş olmasıdır. Ancak esas sözleşme değişikliği kararı tescil edilmekle aynı zamanda da uygulanmış olacaktır¹⁸. Oysa ki, esas sözleşme değişikliği kararının İPSÖK kararı olmadan uygulanmaması gerekir¹⁹. Dolayısıyla TTK m. 354/2'deki "ilan"ın Ticaret Sicili Gazetesi'nde tescil edilmiş genel kurul kararının ilanı olarak anlamak mümkün değildir²⁰. Buna karşın *Tekinalp*'e göre "YK, İPSÖK'ü en geç esas sözleşme değişikliği-

14 Yönetim kurulunun bu yetkisinin devredilemez olduğu yönünde TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s.98-99 No. 9-53.

15 **KENDİGELEN**, s. 354. *Moroğlu*, Yönetim kurulunun İPSÖK'nu toplantıya çağırmasının zorunlu olduğunun belirtilmemiş olmasını bir eksiklik olarak nitelemektedir (**MOROĞLU**, 6102 sayılı TTK, s. 257.

16 **ŞENER**, s.533

17 Bir aylık sürenin düzen hükmü olduğu hakkında **KENDİGELEN**, s. 354.

18 **KENDİGELEN**, s. 354; Aynı yönde **MOROĞLU**, 6102 sayılı TTK, s. 256.

19 **KENDİGELEN**, s. 354.

20 İlanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yapılacağı görüşünde **PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara s. 1208.

nin ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde toplantıya çağırılmalıdır (TK m 454.2). GK kararının tescil edilmiş olması karara, hukuken iptal edilmezlik, butlanı tespit edilmezlik niteliği vermediği gibi, İPSÖK tarafından reddedilemez anlamına da gelmemektedir. Tescile rağmen bu davalar açılabilir”²¹. Tekinalp’in bu görüşüne katılma olanağı bulamamaktayız. Bir kere, buradaki sorun genel kurul kararının butlan, yokluk ya da iptal edilebilirlik hallerinden bir tanesiyle geçersiz olması değil, esas sözleşmenin uygulanabilmesi sorunudur. İPSÖK’nun onay kararı genel kurulun esas sözleşme değişikliğinin uygulanabilmesi şartıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere genel kurulun esas sözleşme kararı tescil ve ilan edilmekle uygulanmış olmaktadır. Tescil ve ilan edilmekle uygulanmış olan esas sözleşme kararından sonra İPSÖK’nu toplantıya çağırmanın herhangi bir anlamı bulunmamaktadır. Diğer yandan, esas sözleşme değişikliğini tescil etmekle - Tekinalp’in savunduğu TTK m. 454 sisteminde imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin yönetim kurulu tarafından değerlendirileceği görüşüne göre - yönetim kurulunun esas sözleşme değişikliğinin imtiyazları ihlal etmediği ve bu sebeple İPSÖK’nu toplantıya çağırma- yacağı yönündeki iradesi ortaya konulmuş olacaktır. Bu aşamadan sonra imtiyazlı pay sahiplerinin İPSÖK’nu toplantıya çağırarak mahkemeye başvurmaları için bir ay bekleme sürelerinin bir anlamı olmayacaktır. Kaldı ki, esas sözleşme değişikliğinin tescil edilmesinden sonra İPSÖK’nun toplantıya çağırılacağı kabul edilirse, İPSÖK’nun onaylamama kararı vermesi halinde yönetim kurulu, açacağı iptal davasında esas sözleşme değişikliği kararının tescilini talep edecektir (TTK m. 454/7). Bir diğer ifadeyle zaten tescil edilmiş bir kararın tescilini talep edecektir ki bu durumun izahı mümkün değildir.

Doktrinde savunulan ikinci görüş, amaca uygun yorum yapmak suretiyle buradaki ilanı, olsa olsa esas sözleşme değişikliğinin karara bağlanacağı genel kurul toplantısına yönelik çağrı ilanı olarak anlamanın mümkün olabileceğini belirtmektedir²².

Nihayet bu konuya ilişkin doktrinde ortaya konulan son görüş, TTK m. 454/2’deki bir aylık sürenin genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren başlaması gerektiğini savunmaktadır²³. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Tica-

21 **TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıkları, s. 99, No.9-53.

22 **MOROĞLU**, 6102 sayılı TTK, s. 257. Aynı yönde **KENDİGELEN**, s. 354; **ŞENER**, s. 533; **BİLGİLİ**, **Fatih/DEMİRKAPI**, **Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 448. Bu görüşün eleştirisi için **AKAD**, s. 55.

23 **ORUÇ**, s. 189.

ret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (Genel Kurul Yönetmeliği)²⁴ m. 7/1.c’de bu görüşe uygun olarak İPSÖK’nun genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının alındığı tarihten itibaren en geç bir ay içinde toplantıya çağırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik düzenlemesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu şüphesizdir.

Kanaatimizce, TTK m. 454/2’deki bir aylık sürenin başlangıcı olarak belirtilen “ilan”, TTK m. 1524’ün 6335 sayılı Kanun²⁵ m. 34 uyarınca değiştirilmeden önceki metninde yer alan ilandır. Gerçekten 6335 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki TTK m. 1524/1 uyarınca her şirketin bir internet sayfası olması gerekmele birlikte maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca şirketçe yapılması gereken ilanların, (e) bendi uyarınca da esas sözleşme değişiklikleri kararlarının bu internet sitesinde ilan edilmesi gerekmele idi. Bu düzenlemeden hareketle biz, TTK m. 454/2’de “ilan”nın internet sitesinde yapılması gereken ilan olduğunu düşünmekteyiz. Ne var ki, 1524’ün 6335 sayılı Kanun m. 34 uyarınca değişik halinde internet sitesi kurmak yükümlülüğü sadece bağımsız denetime tabi şirketlere özgülenmiştir. Bir diğer ifadeyle, sadece bağımsız denetime tabi şirketler internet sitesi kurmak ve bu sitenin bir bölümünü şirketçe yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır (6335 sayılı Kanunla değişik TTK m. 1524/1). Bu değişiklik yapılırken, TTK m. 454/2’de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durumda, TTK m. 454/2’de belirtilen “ilan”ın bağımsız denetime tabi olan şirketlerde genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının internet sitesinde yayımlanması olarak anlaşılmasının amaca uygun olduğunu düşünmekteyiz. Şüphesiz ki bu değişiklik sonucunda bağımsız denetime tabi olmayan şirketler açısından ise bir kanun boşluğu ortaya çıkmıştır. MK m.1 uyarınca bu boşluğun yargı içtihadıyla doldurulması gerekir. Nitekim Yargıtay 11. HD. 21.06.2013 tarih ve 2013/4301 E. 2013/13049 K. sayılı kararında bir aylık sürenin başlangıcını genel kurul toplantı ilanın yapıldığı tarih olarak belirlemiş, böylece yukarıda belirtmiş olduğumuz doktrinde savunulan ikinci görüş yönünde karar vermiştir.

TTK m. 454/2’de yönetim kurulunun İPSÖK’nu toplantıya hangi süre içinde çağıracağı düzenlenmiş olmasına rağmen İPSÖK’nun çağrıdan sonra hangi süre içinde toplanacağı düzenlenmemiştir. Gerçekten TTK m. 454/5’de “Çağrıya rağmen, süresi içinde özel kurul toplanamazsa...” hükmüne rağmen TTK m. 454, gerek çağrının şekli gerek çağrıdan itibaren hangi süre için-

24 RG. 28.11.2012 t., S. 28481.

25 RG. 30.06.2012 t., S. 28339.

de İPSÖK'nun toplanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Kanaatimizce genel kurulun toplantıya çağırılmasına ilişkin TTK m. 414'ün, kıyasen İPSÖK'nun toplantıya çağırılması hakkında da uygulanması gerekir²⁶.

2. İPSÖK'nun imtiyazlı pay sahiplerinin talebiyle mahkeme kararıyla toplantıya çağırılması

Yönetim kurulunun İPSÖK'nu toplantıya çağırmayı ihmal etmesi halinde “*her imtiyazlı pay sahibi, çağrı süresinin son gününden başlamak üzere, onbeş gün içinde*²⁷, *bu kurulun toplantıya çağırılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir*” (TTK m. 454/2). Madde gerekçesinde bu düzenlemenin amacını, her imtiyazlı pay sahibine mahkemeye başvurma hakkı tanıyarak özel kurulun toplantıya çağırılmaması tehlikesinin ortadan kaldırmak olduğu ifade edilmiştir²⁸.

Söz konusu hüküm, imtiyazlı pay sahiplerinden birinin talebi üzerine toplantı çağırısının doğrudan doğruya mahkeme tarafından yapılacağı sonucuna varmaya müsaittir. Bu sebeple hüküm eleştirilmekte ve hükmün “*toplantıya çağırılmasına izin verilmesini...isteyebilir*” şeklinde olması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir²⁹. Zira, çağrı prosedürünün mahkeme tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir³⁰. Bu durumda azınlığın genel kurulun toplantıya çağırılmasını mahkemeden talep etmesine ilişkin TTK m. 412'nin kıyasen uygulanarak İPSÖK'nun toplantıya çağırılması amacıyla kayyım atanması³¹ veya mahkemeye başvuran imtiyazlı pay sahiplerinden birinin yetkilendirilmesi gerekir³².

26 Aynı yönde ŞENER, s. 534; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 448; AKAD, s. 60.

27 Onbeş günlük sürenin süzen hükmü olduğu yönünde KENDİGELEN, s. 354.

28 Buna karşın Moroğlu bu düzenlemeyi “*özel kurulun kararı olmadıkça anasözleşme değişikliği kararının uygulanmayacağı, anasözleşme değişikliği prosedürünü başlatan yönetim kurulunun özel kuruldan onama kararı almayı savsaklamasını eşyanın tabiatına aykırı olduğu göz önünde tutularak sadece davet yetkisi ile yetinilmesi gerekirken, imtiyazlı pay sahipleri aracılığı ile mahkemenin devreye sokulması hatalı olmuştur*” gerekçesi ile eleştirmektedir (MOROĞLU, 6102 sayılı TTK, s. 257).

29 MOROĞLU, 6102 sayılı TTK, s. 257.

30 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 448 d. 1025.

31 ŞENER, s. 533-534; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 448 d. 1025.

32 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 448 d. 1025. Genel Kurul Yönetmeliği m. 9/7'de, normlar hiyerarşisine aykırı olarak, İPSÖK'nun mahkeme tarafından yetkilendirilen imtiyazlı pay sahiplerinin her biri tarafından toplantıya çağırılabilmesi düzenlenmiştir.

Mahkemenin yapacağı inceleme, imtiyazlı pay sahiplerinin İPSÖK’nu toplantıya çağırılmasını mahkemeden talep etme şartlarının oluşup oluşmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Buna göre mahkeme, ihlalin olup olmadığı konusunda esasa girmeden esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının olup olmadığı, TTK m. 454/2’deki sürelerin geçip geçmediği, talepte bulunanın şirkette imtiyazlı pay sahibi olup olmadığı konularını incelemek suretiyle karar vermelidir³³.

IV. İPSÖK’nun Toplanması ve Karar Alması

1. Toplantı Yetersayısı

TTK m. 454/3, İPSÖK’nun toplantı yetersayısı 6762 sayılı TTK m. 389’dan farklı şekilde düzenlemiştir. Buna göre İPSÖK, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğu ile toplanacaktır. Dikkat edilecek olursa maddede “imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışı ile toplanır” denmemekte; buna karşın “imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla” –örneğin imtiyazlı payları temsil eden sermayenin %31’i ile- toplanır denilmektedir. Düzenlemenin bu şekilde yapılmasının bilinçli bir tercih mi olduğu ya da ifade bozukluğundan mı kaynaklandığı bir soru işaretidir. Düzenlemenin bu şekilde anlaşılması halinde, toplantının, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin düşük bir oranının katılımıyla yapılması söz konusu olabilecektir. Buna karşın, madde gerekçesinde, “*izleyen toplantılarda*³⁴ *düşmeyen bu ağır nisaplarla şirketin korunması ve küçük bir çoğunlukla olumsuz karar alınmasının önlenmesi amaçlanmıştır*” şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bu açıklamadan yola çıkarak, İPSÖK’nun toplantı yetersayısının “*imtiyazlı payları temsil eden sermayeni yüzde altmışı*” olarak kabul etmek, gerekçede belirtilen amaca çok daha uygun olacaktır³⁵.

33 **AKAD**, s.60. *Tekinalp*, mahkemeye başvuran imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlarının ihlal edildiğini ispat etmelerinin gerekli olduğunu belirtmiştir (**TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıkları, s. 97 No. 9-50). Oysa ki, yukarıda (1,2)’de belirttiğimiz üzere, imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesi TTK m. 454/3’e göre İPSÖK’nun yetkisindedir. *Tekinalp*’in bu görüşü, *Akad* tarafından, bu yaklaşımın çoğunluğun menfaatlerini gereğinden fazla koruyucu olduğu, zira imtiyazlı pay sahipleri ile çoğunluğun arasında çıkması muhtemel bir ihtilafın her zaman için tespit davasına konu olabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir (**AKAD**, s. 59-60).

34 “*İzleyen toplantılarda*” ifadesinin TTK m. 454/5’deki “*Çağrıya rağmen süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır*” düzenlemesi ile çelişki yarattığı yönündeki haklı eleştirisi için **AKAD**, s. 63-64.

35 *Oruç*, toplantı yetersayısının bu denli ağır tutulmasını eleştirmektedir (**ORUÇ**, s. 191)

Bu yetersayıya ulaşılamaması sebebiyle İPSÖK toplantısının yapılması halinde ise, genel kurulun esas sözleşme kararı onaylanmış sayılacaktır (TTK m. 454/5). Bu düzenlemenin amacı madde gerekçesinde şirketi korumak ve genel kurul kararının sürüncemede kalmasının önüne geçmek olarak açıklanmıştır. Bu hüküm doktrinde eleştirilmektedir. *Kendigelen*, belirli bir pay grubuna imtiyaz tanındıktan sonra artık korunması gerekenin anonim şirket değil, aksine imtiyazlı pay sahipleri olduğunu belirttiikten sonra, imtiyazlı pay sahiplerinin toplantıya katılmamalarına esas sözleşme değişikliğini onayladıkları değil, tam tersine, bu değişikliği kabul etmedikleri anlamının yüklenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁶. *Akad* ise, bu düzenleme ile şirket ile imtiyazlı pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmasında, dengenin orantısız bir şekilde şirket lehine dönmesine yol açtığını belirtmektedir³⁷.

Doktrinde ileri sürülen bu eleştiriler, imtiyazlı pay sahiplerinin korunması gerektiği yönündeki bakış açısına göre son derece haklıdır. Ancak Kanunkoyucunun iradesinin imtiyazların korunması yönünde olduğu kuşkuludur. Zira, imtiyazlı payları düzenleyen TTK m. 478'in gerekçesi dikkate alındığında, Kanunkoyucu'nun iradesinin imtiyazların korunması olmayıp, tam tersine, anonim şirketin imtiyazlı pay sahiplerinden korunması yönünde olduğu sonucu rahatlıkla çıkarılabilir. Gerçekten TTK m. 478'in gerekçesinde aynen şu ifadeler yer almaktadır:

“İmtiyazlı paylar; 6762 sayılı Kanunun yarım yüzyılı aşan uygulamasının somutlaştırdığı bazı katkılar gözönüne alınıp, sistemden tamamen çıkarılmasının doğurabileceği boşluğun yol açabileceği sakıncalar; hatta tehlikeler irdelenerek çeşitli ülkelerin bu konudaki düzenlemeleri, özellikle söz konusu paylara getirilen sınırlamalar da değerlendirilerek yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca Tasarıya imtiyazlı payların kötüye kullanılmalarını engelleyici mekanizmalar konulmuştur...”

Görüldüğü üzere, Gerekçe'den, TTK'nın hazırlanması sırasında imtiyazlı payların sistemden tamamen çıkarılmalarının dahi gündeme geldiği, ancak bunun yaratabileceği sakıncalar dikkate alınarak imtiyazlara sınırlamalar getirildiği, hatta imtiyazlı pay sahiplerinin bu haklarını kötüye kullanmalarına ilişkin engelleyici mekanizmaların getirildiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanunkoyucu'nun bu bakış açısı elbette ki eleştiriye son derece açıktır; hatta eleştirilmelidir de. Buna karşın, TTK m. 454/5 hükmünün Kanunkoyucu'nun

36 KENDİGELEN, s. 355.

37 AKAD, s. 63.

bu iradesi ve bakış açısıyla tutarlı olduğu, TTK m. 478'in gerekçesinde bahsedilen imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmalarını engelleyici mekanizmalardan biri olduğu da bir gerçektir.

2. Karar yetersayısı

Karar yetersayısı ise, “toplantıya katılan payların çoğunluğu” olarak düzenlenmiştir. *Kendigelen*, “payların çoğunluğu” ifadesinin hatalı olduğunu, zira farklı itibari değerde payları bünyesinde barındıran anonim ortaklıklarda payların çoğunluğunun her zaman toplantıda temsil edilen sermayenin çoğunluğu anlamını taşımayacağını haklı olarak belirtmektedir³⁸.

3. İPSÖK'nun onamama kararı vermesi halinde düzenlenecek tutanak

TTK m. 454/3'de İPSÖK'nun genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği sonucuna varması halinde kararın gerekçeli olarak bir tutanakla belirtileceği düzenlenmiştir. Buna göre, imtiyazlı pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliği kararını onaylamaması sadece esas sözleşme değişikliğinin haklarını ihlal ettiği gerekçesine dayanabilir³⁹ ve esas sözleşme değişikliği kararının neden, ne şekilde veya nasıl imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiğinin tutanakta açıklanması gerekir. Onamama kararının gerekçesinin tutanakta belirtilmesi zorunluluğunun amacı, madde gerekçesinde, TTK m. 454/7 uyarınca yönetim kurulunun açacağı iptal davasında mahkemenin denetimini kolaylaştırmak olarak ifade edilmiştir.

Buna karşın, İPSÖK'nun esas sözleşme değişikliği kararını onaylaması halinde tutanak düzenlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen⁴⁰, doktrinde onama kararının da tutanağa geçirileceği ancak bu durumda gerekçesinin yazılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir⁴¹. Fıkra gerekçesinde belirtilen amaç da, onama kararında gerekçenin belirtilmesine gerek olmadığını desteklemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 454/3'de tutanağın teslim süresine, tutanakla birlikte teslim edilecek bel-

38 KENDİGELEN, s. 355.

39 TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s. 97 No. 9-50.

40 *Akad* hükmün lafzından İPSÖK'nun onama kararı vermesi halinde de bu kararın gerekçeli olarak tutanağa geçirilmesi gerektiği anlamının çıktığını belirtse de, hükmün lafzından bu anlamın çıkarılması mümkün değildir (AKAD, s. 67).

41 TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s. 99 No. 9-55.

gelere ilişkin şartlar ve bu şartların yerine getirilmemesi halinde fıkroda öngörülen sonuç, İPSÖK'nun onamama kararı vermesi halinde uygulama alanı bulacaktır⁴².

TTK m. 454/3'de, İPSÖK'nun onamama kararını içeren tutanağın yönetim kuruluna on gün içinde teslim edilmesinin zorunlu olduğu; tutanakla birlikte genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verileceği düzenlenmiştir. Ortak tebligat adresinin verilmesinin gerekçesi fıkra metninde yönetim kurulunun açacağı iptal davası (TTK m. 454/8) olarak açıklanmıştır. Böylece, 6762 sayılı TTK döneminde imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararlarına karşı iptal davasının kim/kimlere karşı açılacağı, tebligat adresinin nasıl tespit edileceğine ilişkin tartışmalara çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

TTK m. 454/3'de düzenlenen şartların yerine getirilmemesinin yaptırımı İPSÖK'nun "karar alamamış sayılması" olarak düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle İPSÖK'nun toplantı ve karar yetersayılarına uymadan karar alması, onamama kararının gerekçeli olarak tutanağa geçirilmemesi, bu tutanağın on gün içinde yönetim kuruluna teslim edilmemesi, tutanakla birlikte, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verilmemesi halinde İPSÖK kararı alınmamış sayılacaktır. Burada bir ayırım yapılması gerekmektedir. Toplantı ve karar yetersayılarına uymadan alınan kararın alınmamış sayılması, İPSÖK'nun hem onama gerek onamama kararı için söz konusu olabileceken, diğer şartların yerine getirilmesi onamama kararı için öngörüldüğünden bu şartların yerine getirilmemesi halinde kararın alınmamış sayılması, sadece İPSÖK'nun sadece onamama kararı için söz konusu olabilecektir.

Kararın alınmamış olması ile neyin kastedildiği ise belirsizdir. Acaba burada yokluk, kesin hükümsüzlük (butlan) gibi geçersizlik türlerinden bağımsız yeni bir geçersizlik türü mü yaratılmak istenmiştir?⁴³ Kanaatimce burada yokluk hali söz konusudur⁴⁴. Zira, yoklukta hukuki işlemin kurucu unsurları bulunmamakla bu işlemin doğduğundan, varlığından dahi söz etmek müm-

42 **TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıkları, s. 100 No. 9-55; **AKAD**, s. 67.

43 Bu tartışmalar için **AKAD**, s. 81-82.

44 *Akad*, burada bir ayırım yaparak toplantı ve karar yetersayılarına aykırılık halinde yokluğun (**AKAD**, s. 83), onamama kararına ilişkin diğer şartların bulunmaması halinde butlanın söz konusunu olduğunu ifade etmektedir (**AKAD** s. 84).

kündür deęildir⁴⁵. Kesin h k ms zl kte (butlan) ise, hukuki işlem meydana gelmiş ancak hüküm ve sonuçlarını doğurması için geçerlilik Şartları bulunmamaktadır⁴⁶. TTK m. 454/3'te kullanılan "kararın alınmamış sayılması" terimi, Kanunkoyucu'nun toplantı ve karar yetersayıları dışında fıkradaki diğer Şartları da Şekli-kurucu unsur olarak kabul ettiği, bu Şartların yerine getirilmemesi halinde bir kararın varlığından dahi bahsetmenin mümkün bulunmadığını ifade eder niteliktedir.

TTK m. 454/3'de düzenlenen hususlara ilişkin belirsiz olan bir diğer husus da, İPS K onamama kararının alınmamış sayılması halinde genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararının akıbetidir. Bu durumda İPS K tekrar mı toplanacaktır⁴⁷? Yoksa genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararı sürüncemede kalmaması adına genel kurul kararı onaylanmış mı sayılacaktır? TTK m. 454/3'de düzenlenen tutanağın ve tutanağa eklenecek belgelerin düzenlenmesi ve bunların yönetim kuruluna on günlük süre içinde teslim edilmesine ilişkin Şartlar imtiyazlı pay sahipleri tarafından yerine getirilecek Őartlardır. Bu Şartlar yönetim kurulunun dava hakkının kullanımına ilişkin Őartlardır. Dolayısıyla bu Şartların yerine getirilmemesi nedeniyle genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının sürüncemede bırakılmaması gerekir. Kaldı ki, çağrıya rağmen İPS K'nun toplantıya çağrılmasına rağmen İPS K'nun toplanamamasını düzenleyen TTK m. 454/5'in gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere Kanunkoyucu'nun iradesi, genel kurul kararının sürüncemede bırakılmamasıdır. Kanunkoyucu'nun bu iradesi de dikkate alınarak kanaatimizce TTK m. 454/3'e belirtilen Şartların yerine getirilmemesi halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılması gerekir⁴⁸.

V. İPS K'nun Onamama Kararına Karşı Yönetim Kurulu Tarafından İptal Davası Açılması

TTK m. 454/7'de İPS K'nun onamama kararına karşı iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir. Bu davada yönetim kurulu hem kararının iptalini hem de genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararının tescilini talep edecektir⁴⁹.

45 DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, s. 179.

46 DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, s. 179.

47 Bu görüşte KENDİGELEN, s. 306; AKAD, s. 85.

48 ORUÇ s. 192.

49 *Kendigelen*, İPS K'nun olumlu kararlarına karşı, örneğin karara katılmayan pay sahiplerine iptal davası açma hakkı tanınmamasının bir eksiklik olduğunu belirtmektedir (KENDİGELEN, s. 357).

İptal davası açma süresi, İPSÖK'nun onamama kararı verdiği tarihten itibaren bir aydır. Bu süre hak düşürücü süredir. Ancak süresinin başlangıcını, İPSÖK'nun onamama kararı verdiği tarihten itibaren başlatmak isabetli olmamıştır. Zira, TTK m. 454/3 uyarınca onamama kararını içeren tutanak yönetim kuruluna karar tarihinden itibaren on gün içinde verilecektir. Dolayısıyla yönetim kurulu tutanak kendisine teslim edildiğinde karardan haber olacaktır. Bu sebeple bir aylık sürenin, onamama kararını içeren tutanağın yönetim kuruluna teslim edildiği tarihten itibaren başlatılması gerekirdi.

TTK m. 454/7'de iptal gerekçesi, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesi ile sınırlandırılmıştır⁵⁰. Doktrinde, TTK m. 454/7'in bu düzenlemesinin, genel kurul kararlarının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği değerlendirilmesinin yönetim kurulu tarafından yapılacağını savunan yazarlar tarafından eleştirildiğine yukarıda (I,1)'de değinmiş olmamız sebebiyle tekrardan kaçınmak amacıyla oradaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz.

İptal davası, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullanan pay sahiplerine karşı açılacaktır (TTK m. 44/8).

⁵⁰ Hakların ihlal edildiği gerekçesi dışında, başkaca nedenlerle de İPSÖK'nun iptalinin gündeme gelebileceğine ilişkin olarak **KENDİGELEN**, s. 357.

KAYNAKÇA

- AKAD Gül**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013.
- BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013.
- DURAL Mustafa/SARI Suat**, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2009.
- KARAHAN Sami**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991.
- KENDİGELEN Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2.Bası, İstanbul, 2012.
- MOROĞLU Erdoğan**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler (6102 sayılı TTK), İstanbul, 2012.
- MOROĞLU Erdoğan**, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı), İstanbul, 2003.
- ORUÇ Murat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, BATİDER, C. XXVI, S.4, s.200 vd.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010.
- PULAŞLI Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara, 2011.
- ŞENER Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012.
- TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları), İstanbul, 2013.

Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)

Dr. Sinan H. YÜKSEL*

GİRİŞ

Kanunkoyucu, sermaye ortaklığı niteliğindeki limited Şirketin ortağından farklı olarak¹, anonim Şirketin paysahibine bu ortaklık tipine özgü hükümler çerçevesinde çıkma hakkı tanımamıştır. Anonim ortaklıklarda çıkma müessesesine yer verilmemesi ise, anonim ortaklıklara hakim bir diğer ilke olan payın serbestçe devredilebilirliği ile dengelenmek istenmiştir². Bu bağlamda, ortaklıktan beklediğini bulamayan veya yatırımının karşılığını payını paraya çevirerek³ almak isteyen ya da paylarını devretmesi için çekici bir teklif alan paysahibinin, paylarını dilediği kimseye devrederek ortaklıkla bağını kese-

- * Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Bu çalışma, yazarın “Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Günü” kapsamında verdiği tebliğ çerçevesinde hazırlanmış olup, konu ile ilgili olarak basıma kadar geçen süre zarfında yayımlanan eserlere yollama yapılması ve ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesi suretiyle güncellenmiş; son hali ile hakem incelemesinden geçmiştir.
- 1 Limited Şirkette çıkma hakkı TTK m. 638 hükmünde düzenlenmiştir. Çıkma hakkı konusunda bkz. **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, İstanbul 2013, s. 490 vd. (n. 21-37 vd.) (bundan sonra “**Sermaye Ortaklıkları**”).
 - 2 **Abuzer Kendigelen**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 47; **Ünal Tekinalp**, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul İstanbul 2012, s. 1 vd. (bundan sonra “**Bağlam**”); **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 125.
 - 3 **Francine Defferrard**, “La participation de la SA au transfert des actions nominatives liées non cotées”, TREX 2000, s. 380-383, s. 380 (bundan sonra “**Participation**”).

bilmesine imkan tanınmıştır. Ancak, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi mutlak değildir. Kanunkoyucu, ETK sisteminde olduğu gibi, nama yazılı payların devrinin kanun veya esas sözleşme ile sınırlanması anlamına gelen bağlam⁴ müessesesini TTK’da da muhafaza etmiştir.

Öte yandan, TTK’nın yeni bağlam rejimi, ETK’ya nazaran son derece köklü ve önemli değişiklikler barındırmaktadır. Öğretide, TTK’nın esas sözleşmesel bağlama ilişkin düzenlemelerinin, payın devredilebilirliği ilkesini güçlendirdiği ifade edilmektedir⁵. Gerçekten, yeni sistemde, şirket sadece esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanarak devre onay vermekten kaçınabilmekte; önemli sebebi belirlemek hususunda ise sınırlı bir serbestiye sahip olmaktadır. Bu şekilde nama yazılı payların devredilebilirliğinin arttığı ve sınırlamaların keyfilikten uzak, rasyonel bir temele oturtulduğu söylenebilir⁶. Ancak, borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı paylar söz konusu olduğunda, devre onay isteminin reddedilebilmesi için, önemli sebeplerin haricinde, şirkete yeni bir imkan daha tanınmıştır. Kaçış klozu (*escape clause*) olarak da adlandırılan bu düzenleme, şirketin devre konu nama yazılı paylar için gerçek değer üzerinden alım önerisinde bulunarak devre onay istemini reddedebilme hakkını ifade eder. Bu itibarla, payın devredilebilirliğinin arttığı, ancak sözleşmenin karşı tarafını ve yerine göre bedeli belirleme özgürlüğünün kısıtlandığı bir hukuk ikliminden söz edilebilir.

Çalışmamız alım önerisinde bulunma hakkı olarak da ifade edeceğimiz kaçış klozunun incelenmesi amacıyla kaleme alınmıştır. Bağlı nama yazılı paylar birden fazla monografinin konusunu rahatlıkla oluşturacak genişliktedir ki, kaynak düzenlemenin sahibi İsviçre’de kaleme alınlardan başka, Türkiye’de Kanun’un yürürlüğe girmesinden itibaren kısa bir zaman zarfında yayımlanan eserler⁷ bunun en açık göstergesidir. Bu nedenle, çalışmamızı alım önerisinde bulunma hakkının (kaçış klozunun) başlıca sorunlu noktaları üzerinde yoğunlaştırmak yoluna gittik.

Çalışmamızın ilk kısmında, alım önerisinde bulunma hakkının kavramsal

4 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 126.

5 **Tekinalp**, Bağlam, s. 5.

6 **Anlam Altay**, “İsviçre Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 589.

7 **Tekinalp**’in dn. 2’de künyesi verilen eseri; **Necdet Uzel**, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2103; **Murat Yusuf Akın**, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Paylar, İstanbul 2014.

temelleri ve bu bağlamda, niteliği, özellikleri ve kullanılma koşulları üzerinde durduk. Çalışmanın İkinci kısmını ise, hakkın kullanımına ilişkin hüküm ve sonuçlar ile özellikle şirketin kendi paylarını iktisabının doğurduğu sorunları irdelemeye ayırdık.

I. ALIM ÖNERİSİNDE BULUNMA HAKKININ (KAÇIŞ KLOZUNUN) KAVRAMSAL TEMELLERİ

A. Borsaya Kote Olmayan Nama Yazılı Paylar Bakımından Esas Sözleşmesel Bağlam Rejiminin Özü

Nama yazılı payların devrinin TTK m. 492 vd. hükümleri uyarınca esas sözleşme ile şirketin onayına tabi kılınarak sınırlandırılabilmesi imkanı, bir yönüyle istenmeyen kişilerin pay sahibi olmalarının, yani yabancılaşmanın, diğer yönüyle mevcut bir pay sahibinin payını artırmak suretiyle şirketteki konumunu güçlendirmesinin önüne geçmek üzere öngörülmüştür⁸. Bu yönüyle, ETK m. 418 ve TTK m. 492 vd. hükümlerinde düzenlenen esas sözleşmesel bağlamın ortak noktası, şirketin pay sahipleri çevresinin ve mevcut oranlarla belirli bir dengeye oturan pay sahipliği yapısının olduğu gibi korunması düşüncesidir⁹. Gerçekten, esas sözleşmesel devir sınırlamaları ile, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim şirket, fiiliyatta pay sahiplerinin kişiliklerinin önem kazandığı, kişiselleştirilmiş bir ortaklık tipi haline getirilebilir¹⁰ ve örneğin bu yolla ortak girişim veya aile şirketi yapısının korunması olanaklı hale gelir¹¹. Yabancılar kapalı kişiselleştirilmiş bir anonim ortaklığın, işletme konusunun elde edilmesini güçleştirecek huzursuzlukları bertaraf edebileceği düşüncesi, düzenlemenin hareket noktasıdır¹².

8 **Altay**, s. 563 vd.; **Tekinalp**, Bağlam, 2 vd.; **Uzel**, s. 93 vd.; **Defferrard**, Participation, s. 380; **Philippe Jacquemoud/Camille Auberson**, “L’escape clause dans les ventes d’actions nominatives liées: Réflexions sur l’achat d’actions propres et la valeur réelle”, GesKR 2014, s. 348. Esas sözleşmesel ile bağlam genel olarak güdülen amaçlar hakkında bkz. **Ömer Teoman**, “Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Üzerine Düşünceler”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. I, İstanbul 2000, s. 50 vd.

9 **Uzel**, s. 93-95.

10 **Tekinalp**, kişiselleşmenin, ortaklığın “anonimliğini” zedeleyeceğinin altını çizmektedir (Bağlam, s. 41).

11 **Françoise Martin**, Sociétés anonymes de famille, Zurich 2009, s. 69. Bağlamın bu amaçla öngörülemeyeceği, önemli sebeplerin aileye mensubiyet ekseninde tasarlanamayacağı görüşünde: **Uzel**, s. 259 vd.

12 Bağlamın ortaklığın istikrarını korumaya yönelmesi hakkında bkz. **Tekinalp**, Bağlam, s. 47..

TTK sisteminde, kanunda ya da esas sözleşmede aksine düzenleme bulunmadığı müddetçe nama yazılı paylar serbestçe devredilebileceği gibi, kanundan doğan intikallerin (miras, mal rejimleri veya cebri icra yoluyla edinimlerin) de konusunu oluşturabilir¹³. Kanunkoyucu tüm bu edinim şekillerini kapsayacak şekilde, nama yazılı paylara ilişkin devir sınırlamalarını kanuni ve esas sözleşmesel bağlam olarak iki başlık altında sınıflandırmıştır. Bu durum, devrin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin bölüm ve kenar başlıkları ile de açıklığa kavuşturulmuştur¹⁴.

“Kanuni Sınırlama” başlığını taşıyan TTK m. 491 uyarınca, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, devirleri bakımından esas sözleşme ile hiçbir kısıtlama getirilmiş olmasa dahi¹⁵, ancak şirketin onayı ile devredilebilir. TTK bnyesinde, m. 491/f. 1’de öngörülen ve kanuni bağlam¹⁶ olarak anılan hüküm haricinde, nama yazılı payların devrini doğrudan sınırlandıran başkaca bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷. Buna göre kanuni bağlamın uygulanma koşullarının oluşmadığı hallerde, nama yazılı payların devri serbest olup, devir ancak esas sözleşmede öngörülen bir düzenleme ile sınırlanabilir. Esas sözleşmesel bağlam olarak adlandırılan bu kurgu, kaynağını “*esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir*” hükmünü içeren TTK m. 492/f. 1’de bulur. Ayrıca, esas sözleşmeye yazılması gereken hususlar arasında paylara ilişkin “*devir sınırlamaları*”nı da sayan TTK m. 339/f. 2/d hükmü, bu yönde bir düzenlemeye olan gereksinimin altını çizer. Elbette, böyle bir kaydın esas sözleşmeye konulması zorunlu değildir. Bağlam düzenlemesi, böyle bir gereksinim duyulması halinde, kuruluş esas sözleşmesinde ya da daha sonra esas sözleşme değişikliği ile öngörülebilir. Esas sözleşmede yer almayan sınırlamaların korporatif yapıda işlerlik kazanması olanaklı değildir¹⁸.

13 Nama yazılı payların istisnai edinim şekilleri hakkındaki bu terminoloji, kanuni devir (geçiş) olarak TTK m. 493/f. 1 gerekçesine yansımıştır.

14 Bu terminolojik ve sistematik açıklık, nama yazılı payların devrini ve devir kısıtlamalarını düzenleyen ETK m. 416 vd. hükümleri bakımından söz konusu değildi.

15 Karş. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 126-127.

16 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 126.

17 Çalışmamızın konusunu oluşturan, şirketin devre konu nama yazılı paylar için alım önerisinde bulunma hakkının kanuni bağlam sayılıp sayılmayacağı hususundaki tartışma ve görüşlerimiz için bkz. aşağıda I, B, C.

18 Esas sözleşmede öngörülmemeleri halinde uygulanamayan müesseseleri ifade etmek üzere, esas sözleşmenin “*öngörülmemeleri koşulu ile zorunlu kayıtları*”ndan bahsedilir. Diğer bir anlatımla, öngörülmemeleri koşulu ile zorunlu kayıtların esas sözleşmeye konmamaları halinde, TTK’nın ilgili maddelerinde düzenlenen müesseseler anonim ortaklık düzleminde (korporatif

Esas sözleşmesel bağlamın geçerli olarak yaratılabilmesi için, esas sözleşme ile nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi kılınması yetmez. TTK m. 493/f. 1 uyarınca, onay isteminin reddini haklı kılacak en az bir¹⁹ önemli sebebin²⁰ şirket esas sözleşmesinde öngörülmesi şarttır²¹. TTK m. 493/f. 1 hükmüne göre önemli sebep, paysahipleri çevresinin bileşimine ilişkin olup, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onay isteminin reddini haklı gösteren sebeptir²². Sebebin esas sözleşmede öngörülmüş olması, tek başına bu sebebi önemli hale getirmeye yetmediği gibi²³, TTK m. 493/f. 2'deki ölçütlerin esas sözleşmeye doğrudan alıntılanması ile yetinilemez²⁴. Buna göre, red sebepleri kanuni ölçütlere uy-

yapıda işlerlik kazanamaz. Bu hususta bkz. ETK bağlamında: **Erdoğan Moroğlu**, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.519 vd.; **Mehmet Bahtiyar**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 152 vd.;

TTK bağlamında bu sınıflandırmaya sıklıkla başvurulmadığı görülmektedir: **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 143 vd.; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 299 vd.; **Manavgat/Kırca/Şehirali Çelik**, s. 300 vd.; **Bilgili/Demirkapı**, s. 229 vd. **Karahan/Coşkun**, Şirketler Hukuku, s. 361 vd.

İBK’da ise, m. 626 ile zorunlu asgari kayıtlar, m. 627 ile öngörülmeleri koşulu ile zorunlu kayıtlar ayrı ayrı sınıflandırılmış ve sayılmıştır. Kanunkoyucu, büyük ölçüde İBK’dan yararlanırken, bu yaklaşımı TTK’ya yansıtamamıştır. Anılan hükümlerle ilgili olarak bkz. **Carlo Lombardini/Caroline Clemetson**, Commentaire Romand – Code des Obligations II [Tercier-Amstutz (éditeurs)], Bâle 2008, Art. 626-627.

- 19 Esas sözleşmede, kriterleri yerine getiren birden fazla önemli sebep öngörülebilir: **Altay**, s. 600; **Uzel**, s. 231 vd.; **Akın**, s. 36 vd.
- 20 Önemli sebep terimini eleştiren ve yerine haklı sebep terminolojisini tercih eden **Akın**, s. 36 vd.
- 21 ETK m. 418/f. 1 hükmünde de devrin esas sözleşmede öngörülen sebeplerden dolayı pay defterine kaydedilmesinden imtina edilebileceği hükmü yer almaktaydı. TTK’nın getirdiği büyük yeniliğin, söz konusu sebeplerin belirli ölçütleri (m. 493/f. 2) karşılaması zorunluluğu olduğuna işaret eden: **Uzel**, s. 232.
- 22 Önemli sebebe ilişkin bu önerme, kaynak İBK m. 685b/f. 2 hükmünün, TTK m. 493/f. 2 hükmüne nazaran daha doğru bir çevirisidir. Gerekece de, kaynak kanunla önemli sebebe ilişkin olarak getirilmiş bu kriterler doğru yorumlanmamış; 2. fıkrada üç farklı kategoride önemli sebebe yer verildiği izlenimi yaratılmıştır. Kanımızca da hatalı olan bu yaklaşıma öğretilen ilk defa dikkati çeken ve tasarı aşamasında m. 493/f. 2’nin kaynak kanuna uygun olarak ve yukarıda alıntılıdığımız şekilde değiştirilmesini öneren **Altay**, s. 599. Aynı anlayışla hükmün farklı bir şekilde kaleme alınmasını öneren: **Uzel**, s. 233. Karş. **Tekinalp**, Bağlam, s. 40 vd.
- 23 **Altay**, s. 597.
- 24 Aksi görüşte: **Altay**, s. 601; Somutlaştırma zorunluluğuna işaret eden ve somutlaştırmanın çeşitli örnekleri ve tartışmalı noktaları üzerinde duran: **Tekinalp**, Bağlam, s. 43 vd.; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 129 vd.; **Uzel**, s. 250 vd; **Akın**, s. 36 vd.

gun surette somutlaştırılmalı; şeffaflık ilkesi gereği hangi devirlerin sınırlandırıldığı esas sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır²⁵.

Esas sözleşmede geçerli bir bağlam düzenlemesine yer verilmiş ise, kanunda öngörülmüş başkaca red sebepleri de kendiliğinden uygulanabilir hale gelir. Bunlardan birincisi, kaçış klozu olarak da adlandırılan, iradi (hukuki işlemle) devirler ile kanundan doğan edinimlerde, şirketin devre konu nama yazılı paylar hakkında gerçek değerden alım önerisinde bulunarak onay istemini reddetme hakkıdır (493/f. 1 ve 4). İkincisi ise şirketin, devralanın payları kendi nam ve hesabına iktisap ettiği yönünde beyanda bulunmasını talep etme ve devralanın bu hususta açık beyanda bulunmaktan kaçınması halinde onay istemini reddetme imkanındır (TTK m. 493/f. 3).

B. Alım Önerisinde Bulunma Hakkının Kavramsal İçeriği ve Amacı

Yukarıda da değindiğimiz üzere, esas sözleşmesel bağlamın kapsamını ETK'ya nazaran daraltan ve uygulanabilirliğini azaltan olgu, nama yazılı payların devrinin ancak esas sözleşmede öngörülen önemli sebeplerle sınırlandırılabilmesidir. Yeni esas sözleşmesel bağlam rejimi, sadece belirli kişilerin-işletme konusunun elde edilmesini güçleştirecek ya da engelleyecek veya şirketin ekonomik bağımsızlığını yitirmesine (örneğin bir şirketler topluluğunun parçası haline gelmesine) yol açacak kişilerin- ortaklıktan uzak tutulması düşüncesi ekseninde yapılandırılmıştır²⁶.

Öte yandan, esas sözleşmesel bağlamın keyfilikten uzak ve rasyonel bir temelde kısıtlı bir alana hapsedilmesi, menfaatlerini yabancılaşmanın engellenmesi ile ilişkilendiren şirket ve pay sahipleri açısından kaygı verici olabilir. Bu kaygının birkaç nedene bağlanması olanaklıdır. Örneğin, pay sahipleri şirketin öznel durumuna uygun ve Kanundaki ölçütlerle uyumlu bir ya da daha çok önemli sebebi bulmakta güçlük çekebilirler. Bu durum, pay sahipleri çevresine herkesin dilediğince dahil olabilmesine yol açabilir ki, bu durum pay sahiplerinin şirkete ilişkin gelecek tasarımlarını ve istikrar beklentilerini kötü yönde etkileyebilir. Bundan başka, pay sahipleri, gerçekleşebilecek yabancılaşma hallerinden bazılarını ya da yabancılaşmanın bazı tehlikelerini kuruluşta ya da esas sözleşme değişikliği yapılırken teşhis edememiş olabilirler.

25 Önemli sebeplerin, potansiyel müktesiplerin esas sözleşmeyi inceleyerek nama yazılı payları edinmelerine şirketçe onay verilip verilmeyeceğini anlayabilecekleri ölçüde açık ve kesin bir şekilde yazılması gerekir: **Rita Trigo Trindade**, Commentaire Romand – Code des Obligations II [Tercier-Amstutz (éditeurs)], Bâle 2008, Art. 685b n. 14 (Bundan sonra “CO II”).

26 **Uzel**, s. 232, dn. 2, s. 250 vd.

Bu öngörüsüzlük de onları ihtiyaçlarına nazaran eksik bir esas sözleşmesel bağlam kurgusu ile baş başa bırakmış olabilir. Son olarak, esas sözleşmesinde amaca ve Kanuna uygun bir bağlam kurgusuna sahip bir şirket, o günün kendine özgü koşulları içerisinde, normal şartlarda pahasahipleri çevresine kabul edilebilecek bir kişiyi reddetmeyi menfaati ya da şirket içi dengeler açısından daha uygun görebilir.

Tüm bu olasılıklar, şirket içi barış, huzur ve istikrarı, giderek şirketin geleceğini tehdit eden bir hal alabilir. Gerçekten, kişilik ve özellikleri ile ortaklığın mevcut durumunu olumsuz etkileyebilecek, ancak önemli sebebin kapsamına girmemesi nedeniyle pay defterine kaydedilmek zorunda kalınacak kişilerin, nama yazılı payları devralmaları gündeme gelebilir. Bu durumlarda, salt önemli sebepleri ileri sürerek devre onay isteminin reddedilmesine dayalı esas sözleşmesel bağlam, şirketin menfaatinin korunması açısından yeterli olmaz. Oysa esas sözleşmesel bağlam, pahasahipleri çevresinin korunması yoluyla yalnızca pahasahiplerinin menfaatini değil, şirketin menfaatini de korumaya yönelmiştir²⁷.

Esas sözleşmesel bağlamın normatif düzeni incelendiğinde, kanunkoyucunun, yabancılaşmanın yol açabileceği -önceden somutlaştırılmayan- tehlikelere karşı şirketi tümünden savunmasız bırakmak istemediği anlaşılır. Yeni bağlam rejiminde bağlam serbestisine “önemli sebep” kavramı ile getirilen kısıtlama, ortaklık huzuru ve istikrarının korunabilmesi amacıyla²⁸ şirkete “bir tür” sebep göstermeksizin pay devrine onay isteminin reddi yetkisinin tanınması ile hafifletilmeye çalışılmıştır²⁹. Bu yetki, şirketin devre konu bağlı nama yazılı payları başvurma tarihindeki gerçek değeri ile almayı önererek onay istemini reddedebileceğini öngören TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümlerinde normatif dayanağa kavuşturulmuştur. Gerçekten, kaçış klozu olarak da adlandırılan bu imkanın kullanılması ile şirket, bağlı nama yazılı payları devralan kişiyi, esas sözleşmede yazılı önemli sebebi ileri sürmeksizin, dahası hiçbir sebep göstermeksizin reddedebilir³⁰.

27 Altay, s. 600.

28 Tekinalp, Bağlam, s. 47-48.

29 Jacquemoud/Auberson, s. 349, 350. Nitekim, ETK m. 418/f. 1 hükmü uyarınca şirketin sebep göstermeksizin pay defterine kayıt talebini reddedebilme imkanı, ortaklığın istikrarının korunması ile yakın ilişkisi içerisinde görülmekteydi: Altay, s. 600.

30 Tekinalp, Bağlam, n. 6-15; Uzel, s. 309 vd.; Akın, s. 74 vd; Francine Defferrard, Le Transfert des Actions Nominatives Liées Non Cotées, Fribourg 1999, s. 104 (bundan sonra “Actions Nominatives”); Trigo Trindade, CO II, Art. 685b n. 26; Jacquemoud/Auberson, s. 349-350;

Yeni bağlam rejiminin de sebep göstermeksizin red mekanizması içermesi, baştaki önermelerle çelişki halinde görülebilir. Oysa, ETK ve TTK rejimlerini birbirinden ayıran fark, yeni sistemde şirkete hiçbir yük altına girmeden devre onay istemini -çoğunlukla keyfi bir surette-³¹ reddetme hakkının verilmemiş olmasıdır. Şirket, devre onay istemini önemli sebebi ileri sürmeksizin reddedecekse, red kararını devre konu bağlı nama yazılı payları devreden pay sahibinden gerçek değer üzerinden satın alma önerisi ile gerekçelendirerek ve bu iradesini devreden pay sahibine yöneltmek, bir diğer anlatımla alım önerisinde bulunmak zorundadır³². Böylece, şirketin pay sahipleri çevresini korumaya yönelik menfaati ile pay sahibinin elverişli bir fiyat³³ üzerinden payını devrederek şirketten ayrılabilmesine olan menfaati dengelenmek istenmiştir³⁴. Öte yandan, önemli sebebin kapsamına girmeyen devirlerde veya önemli sebebin ileri sürülemediği kanuni (özellikli) edinimlerde³⁵, şirket, alım önerisinde bulunamayacak durumda ya da öneride bulunmak istemiyor ise, devre onay istemini reddetme olanağından yoksun bırakılmıştır.

C. Alım Önerisinde Bulunma Hakkının Niteliği - Şarta Bağlı Kanuni Red Sebebi Olması

Öğretide, alım önerisinde bulunma hakkının genellikle bir kanuni red sebebi olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁶. Nitekim, aşağıda da irdedeleyeceğimiz üzere, bu hakkın esas sözleşmede açıkça öngörülmesi gerekli değildir³⁷. Ne var ki, kaçış klozu, ancak nama yazılı payların bağlı hale getirildiği hallerde şirketçe ileri sürülebilir. Diğer bir anlatımla, şirketin kaçış klozunu uygulama hakkı, TTK m. 492 uyarınca nama yazılı payların devri esas sözleşme ile şirketin onayına tabi kılınmış ve onaydan kaçınabilmeye yönelik olarak TTK m. 493/f. 2 hükmü ile uyumlu önemli sebepler esas sözleşmede öngörülmüş

31 Her ne kadar, ETK rejiminde, sebep göstermeksizin devre onay isteminin, dürüstlük kuralına uygun olarak ve keyfilikten uzak bir biçimde reddedilmesi gerektiği kabul edilmekteyse de, bu hususun ispatında yaşanan güçlükler, şirketin bu silahı oldukça etkin bir biçimde kullanabilmesine yol açmaktaydı.

32 Bkz. aşa. III, B, 2.

33 Fiyatın elverişli olması, TTK m. 493 hükmünde alımın gerçek değer üzerinden yapılması gerekliliğinden hareketle ifade edilmektedir: **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 26.

34 **Uzel**, s. 310; **Jacquemoud/Auberson**, s. 350.

35 Bkz. aşa. II, B, 2 ve 3.

36 **Akın**, s. 73 vd.; **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b n. 25 vd.

37 Bkz. aşa. II, A, 1. Ayrıca bkz. **Uzel**, s. 305 vd.; **Akın**, s. 73 vd.; **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b n. 25 vd.

ise kendiliğinden doğar³⁸. Bu itibarla, kaçış klozu önemli sebepler ekseninde kurgulanmış esas sözleşmesel bağlamın bir uzantısıdır³⁹. O halde, kaçış klozunun esas sözleşme ile bağlı hale getirilmiş nama yazılı paylara ilişkin bir kanuni red sebebi olduğu⁴⁰; uygulanabilirliğinin, nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile geçerli bir şekilde kısıtlanmış olması şartına bağlı bulunduğu sonucuna varmak gerekir⁴¹.

II. KAÇIŞ KLOZUNUN KULLANILMA ŞARTLARI

A. Esas Sözleşmesel Dayanak

1. Bağlam Düzenlemesinin Gerekliliği – Hakkın Esas Sözleşmede Özel Olarak Öngörülmesinin Gerekmemesi

Yukarıda da değindiğimiz üzere, alım önerisinde bulunma hakkının hem hukuki işlemle (iradi) devirlerde hem de özellikli (kanuni) edinimlerde uygulanabilmesinin ilk koşulu, esas sözleşme ile nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmış olması; bir diğer anlatımla, devrin şirketin onayına tabi kılınmış bulunmasıdır. Aksi halde, bedeli tümüyle ödenmemiş olanlar haricinde (TTK m. 491), nama yazılı payların devri serbesttir⁴².

Öte yandan, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılabilmesi için, esas sözleşmesel bağlamın TTK m. 493/f. 1 ve 2 hükümleri ile uyumlu olarak öngörülmesi gerekir⁴³. Önemli sebeplerin öngörülmemesi veya öngörülenlerin TTK m. 493/f. 2 ile uyumlu olmaması ya da esas sözleşme hükmünün m. 493/f. 7 uyarınca devir koşullarının pahasahibi aleyhine ağırlaştırılması yasağı nedeniyle geçersiz olması⁴⁴ halinde, alım önerisinde bulunma hakkı kullanılamaz. Zira, bu durumda nama yazılı payların devri sınırlandırılmamış ve

38 **Tekinalp**, Bağlam, s. 50-51.

39 **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b n. 26.

40 **Jacquemoud/Auberson**, s. 351.

41 **Jacquemoud/Auberson**, s. 350; **Altay**, s. 602-603; **Uzel**, s. 307 vd.; **Francine Defferrard**, Le Transfert des Actions Nominatives Liées Non Cotées, Fribourg 1999, s. 100 (bundan sonra "Actions Nominatives"); **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 8, 25, 51.

42 TTK m. 339/f. 2/d ve TTK m. 492-493 hükümleri uyarınca pay devir sınırlamaları esas sözleşmede öngörülmemiş, diğer bir anlatımla esas sözleşmesel bağlam yaratılmamışsa, payın devrinin serbestliği ilkesi geçerlidir: **Sevi**, s. 246.

43 **Sevi**, s. 246. Karş. **Akın**, s. 77.

44 Bkz. **Uzel**, s. 133 vd.

bunlar esas sözleşmeyle “bağlı” hale getirilmemiş olacağından, şirketin bağlı nama yazılı paylar için öngörülmüş şarta bağlı bu kanuni red hakkını⁴⁵ kullanması da gündeme gelebilecektir.

Alım önerisinde bulunma hakkının, geçerli bir bağlam düzenlemesinin yanı sıra esas sözleşmede özel bir hükümle ve açıkça düzenlenmesi gerekip gerekmediği hususunda ise, kanunda herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Konu İsviçre ve Türk öğretilerinde tartışmalıdır. Çoğunluk, alım önerisinde bulunarak devre onay isteminin reddine yönelik açık bir esas sözleşme hükmünün gerekli olmadığını kabul eder⁴⁶. Azınlıkta kalan görüş ise, özel düzenlemenin gerekli olduğu yönündedir⁴⁷.

Kanımızca, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılabilmesi için, esas sözleşmede özel bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. TTK m. 492 vd. hükümlerinin “Esas Sözleşmeyle Sınırlama” üst başlığını taşıması, esas sözleşmede bu hakkın açıkça öngörülmesi gerektiği yönünde bir yorumu haklı göstermez. Bu durum, olsa olsa esas sözleşmede geçerli bir bağlam düzenlemesi yer almadığı müddetçe, esas sözleşmesel bağlamın uzantısı niteliğindeki alım önerisinde bulunma hakkının kullanılamayacağına altını çizerek⁴⁸.

Öte yandan, esas sözleşmede bağlı nama yazılı payların devri halinde alım önerisinde bulunarak devre onay isteminin reddedilemeyeceği öngörülebilir⁴⁹. Bu halde şirket, onay istemini sadece esas sözleşmede yazılı önemli sebebe binaen reddedebilecektir. Kaçış klozunun esas sözleşme ile devre dışı bırakılması nama yazılı payların devredilebildiğini artırdığından, bu yöndeki düzenlemenin TTK m. 493/f. 7 ve TTK m. 340 hükümleri bağlamında geçerliliğinden kuşku duymamak gerekir.

45 Bkz. yuk. I, C.

46 **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2014, s. 1489; **Tekinalp**, Bağlam, s. 48; **Uzel**, s. 305; **Akın**, s. 77; **Sevi**, s. 245; **Hanspeter Kläy**, Die Vinkulierung, Basel 1997, s. 178; **Peter Böckli**, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zurich 2009, §6 n. 195 vd.; **Martin**, s. 98; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 26; **Jacquemoud/Auberson**, s. 350-351; İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yayımlanmamış **4C.242.2001** sayılı kararı.

47 **Altay**, s. 603; **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 101; **Defferrard**, Participation, s. 382.

48 Aynı durum, TTK m. 493/f. 3 uyarınca, devralanın bağlı nama yazılı payları kendi nam ve hesabına aldığını bildirmemesine dayalı red nedeni açısından da geçerlidir.

49 **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 25.

2. ETK'ye Uygun Bağlam Düzenlemesinin Yeterli Olup Olmadığı Sorunu

6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ("YürK")⁵⁰, anonim şirket esas sözleşmelerinin TTK'ya uygun hale getirilmesine ilişkin geçiş hükümleri öngörmüştür. Öte yandan, faal durumdaki bazı anonim şirketlerin anılan geçiş hükümlerine uymadığı; YürK'de belirlenen sürelerde gerekli esas sözleşme değişikliklerini yapmadığı bilinen bir olgudur. O halde, nama yazılı payların devrini TTK m. 493/f. 2 hükmü ile uyumsuz sebeplerle⁵¹ sınırlayan veya şirkete sebep göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina hakkı veren esas sözleşme hükümlerinin, kaçış klozunun kullanılması bakımından yeterli olup olmadığı irdelenmelidir.

Bu sorunun çözüme ulaştırılabilmesi için, YürK'nin 28. maddesinin 7. fıkrası göz önünde tutulmalıdır. Anılan hüküm uyarınca, "[N]ama yazılı payların devrini, red sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler; Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek, Türk Ticaret Kanununun 492 ilâ 498 inci maddelerine uyarlamak zorundadır; aksi hâlde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir". TTK, m. 1534/f. 1 dairesinde 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla, YürK m. 28/f. 7'ye göre 01.07.2013 tarihi, mevcut esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinin TTK'ya uyarlanması için tanınmış geçiş süresinin sona erdiği tarihtir⁵². Anılan düzenlemenin kaçış klozunun kullanılabilirliğine olan etkisi tartışılmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi, yayımlanmış bir kararında⁵³, nama yazılı payların devrinin sınırlanmasına yönelik iradenin yalın bir biçimde esas sözleşmeden anlaşılabilirdiği hallerde, alım önerisinde bulunma hakkının kullanı-

50 RG 14.02.2011, 27846.

51 ETK m. 418/f. 1 uyarınca, esas sözleşmede öngörülen sebeplere dayanılarak nama yazılı payların devrinin pay defterine işlenmesinden kaçınılabilmekteydi.

52 Bu sürenin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanununa Uyumlu Hale Getirilme Süresinin Uzatılmasına İlişkin Tebliğ" in (RG 28691, 29.06.2013) 2. maddesi ile YürK m. 22/f. 1'de öngörülen on iki aylık sürenin bir yıl uzatılmasından etkilenmesi gerektiği; bu nedenle ETK'ya uygun bağlam hükümlerinin geçersiz hale geleceği tarihin 01.07.2014 olduğu görüşünü ileri süren: Akın, s. 254-256.

53 İsviçre Federal Mahkemesi'nin yayımlanmamış 4C.202.2001 sayılı kararı (www.swisslex.ch). Kararda dayanan gerekçeler hakkında bkz. Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 25; Uzel, s. 309, dn. 11.

labileceği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme ve Mahkeme'nin görüşüne iştirak eden yazarlar, ETK m. 418 ve bu hükme kaynaklık eden eski İsviçre Borçlar Kanunu ("İBK") m. 686/f. 2 hükmüne göre kaleme alınmış ve sebep göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina etme hakkı veren esas sözleşme düzenlemelerinin gerekli sınırlama iradesini içerdiği ve bu nedenle kaçış klozuna başvurulabilmesi açısından yeterli hukuki dayanağı oluşturduğu düşüncesindedirler⁵⁴.

Türk öğretisinde, İsviçre yargı kararları ve öğretisinden etkilenen kimi yazarların, farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaştıkları görülmektedir. **Uzel**, YürK m. 28/f. 7 düzenlemesi nedeniyle esas sözleşmesel sınırlamaların ortadan kalkacağı; ancak, alım önerisinde bulunma hakkının esas sözleşmesel değil kanuni red nedeni olması nedeniyle, YürK'nın anılan düzenlenmesinden etkilenmeyeceği görüşündedir⁵⁵. **Akın** ise aynı sonuca esas sözleşmenin ve YürK'nin yorumu yoluyla ulaşmaktadır⁵⁶. Yazar, sebep göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina edilebileceğine ilişkin esas sözleşme düzenlemelerinin YürK m. 28/f. 7 uyarınca kesin hükümsüz hale geldiği ve tahvil yoluyla dahi ayakta tutulamayacağını ifade etmektedir⁵⁷. Ancak, yazar, pay sahiplerinin bağlı nama yazılı pay ihdası hususunda eski hukuk döneminde ortaya koydukları iradenin, esas sözleşmenin kısa sayılabilecek bir geçiş sürecinde uyumlaştırılmaması sebebiyle ortadan kalkmış sayılamayacağı düşüncesindedir⁵⁸. Bu itibarla, somut hisseler bağlı nama yazılı kalmaya devam edecek, geçiş sürecindeki ihmalin gereksiz yere cezalandırılmasının önüne geçilecek ve kaçış klozunun uygulanması mümkün olacaktır. **Akın** ayrıca, YürK m. 28/f. 7 hükmündeki "*bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir*" ifadesindeki geçersizlikten ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığını; hükmün lafzı ile ruhu arasındaki uyumsuzluğun amaca uygun

54 Görüşler için bkz. **Uzel**, s. 308-309; **Akın**, s. 258 vd.; **Deferrard**, Actions Nominatives, s. 103; **Deferrard**, Participation, s. 382; **Martin**, s. 98. Karş **Tekinalp**, Bağlam, s. 48 ve özellikle n. 6-15. Yazar, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılabilmesi için, nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi kılınmasının yeterli olduğunu; bu durumun TTK m. 492/f. 1'den kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak, **Tekinalp**'in bu dipnotta anılan diğer yazarlara katılıp katılmadığı açık değildir.

55 **Uzel**, s. 309.

56 **Akın**, s. 258-261.

57 **Akın**, s. 258-259.

58 **Akın**, bunun aksi sonuca varılmak istenseydi, esas sözleşmedeki TTK ile uyumsuz hüküm bakımından "*yazılmamış sayılma*" yaptırımının öngörülmesinin uygun olacağı düşüncesindedir (s. 260).

yorum yoluyla giderilmesi gerektiğini; somut düzenleme bakımından daraltıcı yorumun benimsenmesinin yerinde olacağını ve esas sözleşmedeki eski bağlam düzenlemesinin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılamayacağını belirtmektedir⁵⁹.

ETK'ya uygun, ancak TTK ile uyumsuz esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinin kaçış klozunun kullanılabilmesi için yeterli olduğunu ifade eden yazarların görüşlerine iştirak etme olanağı bulamıyoruz. Öncelikle, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere⁶⁰, alım önerisinde bulunma hakkı (kaçış klozu), teknik anlamda (TTK m. 491 bağlamında) bir kanuni red sebebi değil⁶¹, esas sözleşmesel bağlamın varlığı şartına bağlı bir red sebebidir. Gerçekten, kaçış klozu, kaynağını esas sözleşmenin bağlam düzenlemesinde bulan, ortaklığın korporatif düzeninde ancak bağlı nama yazılı payların varlığı halinde yararlanılabilen ve bu şekilde esas sözleşmesel bağlamın uzantısı niteliğini taşıyan bir hak niteliğindedir. Bu nedenle, kaçış klozunun bir "kanuni red sebebi" olduğu düşüncesinden hareket edilerek⁶², ETK'ya uygun ancak geçersiz hale gelmiş bağlam düzenlemesinin kaçış klozunun uygulanması için yeterli olduğu sonucuna varılamamalıdır.

Diğer yandan, YürK m. 28/f. 7'nin yorumu ile de bu sonuca ulaşılması gerekir. Söz konusu açık düzenleme uyarınca, geçiş süresinin bitimi ile birlikte uyarlanmayan sınırlamalar geçersiz hale gelir. Geçersizlik, sınırları hukuken belirsiz bir kavram değildir. Bir emredici hükmün kesin hükümsüzlüğe yol açıp açmayacağı, hükme aykırılığın sonucunun açıkça belirlenmediği hallerde yorum yoluyla tespit edilir⁶³. Ne var ki geçiş sürecinde TTK m. 492 vd. hükümlerine uygun hale getirilmeyen esas sözleşmesel bağlamın geçersiz hale geleceği, YürK m. 28/f. 7'den tereddütsüz biçimde anlaşılabilir. Kaldı ki, aksi görüşteki yazarlar, ETK m. 418 hükmü ile uyumlu (örneğin se-

59 Akın, s. 260-261.

60 Bkz. yuk. I, C.

61 Pay bedellerinin ödenmesini güvence altına alan bağlam kanuni bağlamdır: **Tekinallp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 126.

62 *Uzel*, alım önerisinde bulunma hakkının "bir anlamda bir kanuni red sebebi" olarak düzenlendiği sonucuna ulaşmaktadır (s. 306).

63 Bir emredici hükmün geçersizlik sonucunu doğurması için, bu yaptırımın hükümden tartışmasız biçimde anlaşılması gerekir: **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk Temel Kavramlar, İstanbul 2010, s. 202. Bir hukuk kuralı, butlanı (kesin hükümsüzlüğü) açıkça öngörmüş ya da bu sonuç kuralın anlam ve amacından çıkarılabilmiş ise kesin hükümsüzlüğe yol açar: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 395-396, özellikle dn. 4a ve 4b.

bep göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina hakkı veren) esas sözleşmelerin geçiş süreci sonrasında değiştirilmesi ve önemli sebepleri içeren geçerli bir bağlam hükmünün öngörülebilmesi için TTK m. 421/f. III/c hükmündeki yetersayılara uyulması gerektiğini kabul etmektedirler⁶⁴. Anılan düzenleme, devri serbest nama yazılı payların daha sonra -bir esas sözleşme değişikliği ile- bağlı nama hale getirilebilmesi için gerekli ağırlaştırılmış yetersayıyı belirlemektedir. O halde, anılan yazarlar, esas sözleşmenin geçiş süresinin bitiminden sonra TTK'ya uyarlanması halinde, devri serbest nama yazılı payların devrinin sonradan kısıtlanmasına özgülenmiş ağırlaştırılmış yetersayının uygulanacağını belirterek, aslında YürK m. 28/f. 7 hükmünün açıkça “kesin hükümsüzlük” sonucunu öngördüğünü doğrulamış olmaktadır. Bu itibarla, geçiş döneminde yeni Kanuna uyarlanmayan bağlam düzenlemelerinin akıbeti hususunda açıkça benimsenen bu yaklaşıma kaçış klozu bakımından istisna tanınması kanımızca çelişkilidir.

Öte yandan, ETK'ya uygun ancak TTK'ya aykırı esas sözleşmesel bağlamın kaçış klozunun kullanılabilmesi bakımından yeterli olduğu sonucuna, esas sözleşmenin yorumu yoluyla ve pay sahiplerinin nama yazılı payların bağlı halde kalması yönünde bir varsayılan iradeye sahip oldukları gerekçeyle de varılamamalıdır⁶⁵. Gerçekten, bu yaklaşım öncelikle hukuk kuralının zorunlu doğasını ve yaptırım gücünü yadsımak anlamına gelir. Genel kurulun geçiş sürecinde irade oluşturmaktan kaçınması, deyim yerindeyse suskun kalması halinde, Kanun'un bu suskunluğa kesin bir hukuki sonuç bağladığı göz ardı edilmemelidir. Kanunu bilmediklerinden bahisle⁶⁶ paysahiplerine varsa-

64 Akın, s. 261.

65 Akın, geçiş sürecinin kısalığı göz önünde tutulduğunda, pay sahiplerinin nama yazılı payların serbestçe devrini istedikleri için esas sözleşmeyi uyarlamadıkları sonucuna -çoğu halde- varılamayacağını ileri sürmektedir (s. 259, dn. 932).

66 Tartışmalı olmakla beraber, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine özel hukuk alanında da sonuç bağlandığı kabul edilmektedir. Genel olarak: Jacques-H. Meylan, “Publication, mise en vigueur et force obligatoire des actes législatifs fédéraux, RDAF 1977, s. 366 ve dn. 30; Pascal Pichonnaz/Sébastien Guisolan, “Le contrat de réservation: outil pratique et réalités juridiques”, Notalex - Revue de droit privé et fiscal du patrimoine 2013, s. 148. Sözleşme dışı sorumluluk bakımından: Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Bern 1997, s. 454, 463. Hata (*error iuris*) kavramı bakımından aksi görüşte: Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Işığında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul 1968. Hata hususundaki tartışmalar için ayrıca bkz. Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23-31 OR, Bern 2013, Art. 24, n. 212 vd (bundan sonra “BK”). Yeni gelişen doktrinin aksine, hata kavramı başta olmak üzere İsviçre özel hukukunda bu ilkenin geçerliliği olmadığını ileri süren: Paul Piotet, s. “De l’adage “nul n’est censé ignorer la loi” et des conséquences de l’erreur de droit”, RJL n. 19, Lausanne 2004, s. 755 vd.

yılan bir irade atfedilmesi açık bir kanuni düzenlemenin açıkça yok sayılması anlamına gelir ki, özel hukukta, kanunu bilmemek kanunun sonuçlarından kurtulmaya imkan vermez⁶⁷.

Kanunkoyucu nama yazılı payların serbestçe devredilebilirliği ilkesini güçlendirmek ve bu amaçla sınırlamaları dar bir alana hapsetmek düşüncesinden hareket etmiştir⁶⁸. YürK m. 28/f 7 hükmünün gerekçesinde, yeni rejime uyumun şart olduğunun ve uyum için gerekli sürenin verildiğinin bu amaçla vurgulandığı düşünülmelidir⁶⁹. Elbette, YürK ile paysahiplerine gerekli yetersayı kolaylığının sağlandığı da göz ardı edilmemelidir⁷⁰. Bu itibarla, geçiş hükmünde yer alan “*tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir*” ifadesinin, her türlü irade varsayımına kapalı bir hukuki iklimi yarattığından kuşku duymamak gerektiği düşüncesindeyiz. Kaldı ki kaçış klozunun bir tür sebep göstermeksiz devre onay vermektan kaçınma imkanı getirdiği gözden kaçırılmamalıdır⁷¹. Uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi ve bu şekilde ETK düzenlemesinin muhafaza edilmesi yoluyla, paysahiplerinin bir örtülü irade ortaya

Ancak bazı istisnai hallerde kanunu bilmemek mazeret sayılabilir. Örneğin, şekle tâbi olduğunu bilmeyerek yaptığı sözleşmeden doğan edimini ifa eden bir kimsenin, daha sonra şekle aykırılık iddiasında bulunması, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemiştir. Bkz. ATF 112 II 330, c. 3, JdT 1987 I 70. Karar ve değerlendirme için bkz. **Pichonnaz/Guizolan**, s. 147 vd.

67 **Schmidlin**, BK Art. 24, n. 212.

68 Bkz. yuk. I, B.

69 TBMM’de kabul edilen metin tasarıya nazaran farklı olup, tasarımın 30. maddesinin gerekçesine bkz. Oysa, İBK’da yapılan 1991 değişiklikleri hakkındaki geçiş hükümlerine ilişkin madde gerekçesinde (Message/Botschaft, FF 1983 II 968), nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olması halinde, yeni rejimin uygulanmasının ve bu bağlamda eski düzenlemelerinin geçerliliğinin, esas sözleşmenin yorumlanması bakımından karmaşık bir mesele teşkil edeceği ifade edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yayımlanmamış **4C.202.2001** sayılı kararında, gerekçenin bu yüreklendirici ifadesinden hareket etmiş olduğunu -kararda açıkça ifade edilmemiş olsa dahi- tahmin edebiliriz. Türk kanunkoyucusunun ise, geçiş hükümlerinin hukuki sonuçları bakımından -en azından bağlı nama yazılı paylar yönünden- daha berrak bir amaçla hareket ettiğini veya amacını daha açık bir biçimde ifade ettiğini söylemek hatalı olmaz.

70 YürK m. 26/f. 1 hükmü uyarınca, TTK’nın yürürlüğe girmesinden itibaren on iki ay içinde yapılacak esas sözleşme değişikliklerinde ETK’da uygulanan yetersayıların uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu itibarla, esas sözleşmelerinde açıkça daha ağır bir yetersayı öngörmemiş bulunan şirketlerin, bu süre içerisinde nama yazılı payların devrini sınırlamak istemeleri halinde, TTK m. 421/f. 3/c’deki %75’lik yetersayı ile değil, ETK m. 388/f. 2 ve 3’te öngörülen daha düşük yetersayılarla karar almaları olanaklı kılınmıştır.

71 Bkz. yuk. I, B.

koydukları kabul edilecek olursa, kanunkoyucunun yeni bir bağlam rejimi öngörmekle güttüğü gaye boşa çıkacaktır. Zira bu şekilde, şirket (genelde çoğunluk pay sahipleri⁷²), TTK m. 493/f 2 hükmü ile uyumlu önemli sebep bulup esas sözleşmede öngörme zahmetine katlanmaksızın, sebep göstermeksizin devre onay istemini dilediği gibi reddedebilme hakkını koruyacaktır⁷³. Bu halde, esas sözleşmesini yeni Kanuna uyarlamayan şirketlere, Kanunun getirdiği yükümlülüğe uymaksızın faydalanma imkanı verilmiş olacaktır. Öyle ki, uyarlamayı yapmayan şirket, kendi yapısı ile uyumlu ve sınırlı bir bağlam sebebi bulmak suretiyle yeni sisteme intibak etmemesine rağmen, yeni rejimde bağlamın sınırlı olmasına dayanılarak -bir denge unsuru gibi- öngörülen kaçış klozunu kullanabilir hale gelecektir. Oysa, kaçış klozu, somut yapısına uygun ve kanunen kabul edilebilir haklı sebepleri esas sözleşmesine koyarak nama yazılı payların devrini sınırlandırmayı seçmiş şirketlere tanınan bir imkandır⁷⁴. Geçiş süresi içerisinde, oy dağılımı itibarıyla genel kurulun karar alabilir çoğunluğuna uygun bir önemli sebep belki bulunamayacak; belki de bulunmuş sebep geçerli bir bağlam düzenlemesine vücut veremeyecekti. Tüm bu aşamalar hiç yaşanmadan pay sahiplerine farazi bir ifade atfedilmesi ve kaçış klozunun kullanımına imkan verilmesi, geçiş hükümlerinin ruhuna aykırı bir yorum teşkil edecektir

Sonuç olarak, YürK m. 28/f. 7 hükmünde açıkça düzenlenen geçersizli-

72 Bağlam düzenlemesinin genellikle çoğunluk ve azınlığı karşı karşıya getirdiği ve çoğunluğun emrindeki bir araç haline geldiği yönünde bkz. **Jacquemoud/Auberson**, s. 349, 365.

73 Kaçış klozu payların gerçek değerinden alımı için öneride bulunma zorunluluğu getirir de, alım önerisinin şirketçe kendisi, pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına yapılabilmesi, bu imkanın kullanımını kolaylaştıran bir durumdur. Özellikle azınlık payların devri söz konusu olduğunda, çoğunluk pay sahiplerinin yönetim kurulundaki gücü ve -ekseriyetle- mali durumları, gerçek değer önerilmesi zorunluluğunu caydırıcı olmaktan çıkarır. Zira, çoğunluğun kontrolündeki yönetim kurulu, kaçış klozunun uygulanabilmesi için en uygun yöntemi (payların finansal olarak en uygun şekilde kimin hesabına alınabileceğini) belirleyebilecektir. Bu da, kaçış klozunun çoğu durumda ETK'daki sebep göstermeksizin red imkanına paralel bir kolaylıkla uygulanabileceğini gösterir.

74 Kanunkoyucu, yeni bağlam rejimi ile payın devredilebilirliği artırmak istemiş (ki bu ilke sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme özgürlüğünü de beraberinde getirir), bu nedenle eski hukuka nazaran daha sınırlı bir bağlam rejimi öngörmüştür. Şirketlerin bu yeni yapıya uymaları sadece şekli bir zorunluluğa işaret etmez; ayrıca kanunkoyucunun pay sahibine biçtiği yeni konumun bir gereğidir. Pay sahibinin çıkmanın öngörülmediği bir şirketten dilediğince ayrılabilmesi ve şirketin sınırlı bir menfaat penceresinden bu devri (çıkışı) engelleyebilmesi, yeni sistemin nüvesi, yapı taşıdır. O halde, kanunkoyucunun şirketleri yeni sisteme uyabilmeleri için yeterli düzeyde uyardığı ve süre tanıdığı düşünülmeli; uyum sağlamayan şirketlerin, pay sahibinin yeni konumu ile yüzleşmek durumunda kalmaları doğal görülmelidir.

ğe bağılı olarak, ETK'ya uygun/TTK'ya aykırı bir bağlam düzenlenmesinin varlığında, esas sözleşmenin geçerli bir bağlam düzenlemesi içermediği ve payların devrinin sınırlanmadığı kabul edilmelidir⁷⁵. Kesin hükümsüz bir bağlam düzenlemesinin esas sözleşmede bulunması ile esas sözleşmede hiçbir sınırlamaya yer verilmemiş olması arasında, hukuki sonuçları itibariyle hiçbir fark yoktur; paylar serbestçe devredilebilir. Aksi halde, TTK m. 493/f. 1, 2 ve 7 hükümlerine aykırı esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinin dahi alım önerisinde bulunma hakkının kullanımına imkan verdiği sonucuna varılması gerekecektir ki⁷⁶ bu yaklaşım, esas sözleşmede geçerli bir devir sınırlamasının bulunmadığı hallerde payların serbestçe devredilebileceği kuralına (TTTK m. 492) ile açık çelişki oluşturur⁷⁷. Bu itibarla, ETK'ya uygun/TTK'ya aykırı bağlam hükümlerinin, alım önerisinde bulunma hakkının kullanımına imkan vermediği sonucuna varılmalıdır.

3. Bağlamın Etkisizleştiği Hallerde Kullanılmaması

Kanunun öngördüğü kimi hallerde, esas sözleşmesel bağlam etkisizleşir. Bu hallerde, bazı veya tüm bağılı nama yazılı paylar bakımından esas sözleşme ile getirilen sınırlama uygulanabilir olmaktan çıkar. Ancak, bağlamın etkisizleştiği tüm durumların, aynı zamanda kaçış klozunu da kullanılamaz hale getirip getirmeyeceği irdelenmelidir.

Esas sözleşmesel bağlamın etkisizleştiği hallerden birisi, TTK m. 492/f. 3 uyarınca, şirketin tasfiyeye girmesidir. Bu durumda, nama yazılı payların devredilebilirliğine ilişkin esas sözleşmesel sınırlamalar düşer. Bunun nedeni, şirketin amacının tasfiye ile sınırlı hale gelmesi ve paysahipliği çevresinin –şirketin işletme konusu veya işletmenin bağımsızlığı perspektifinde– korunmasını gerektiren menfaatin ortadan kalkmasıdır⁷⁸. Tasfiyeye girilmesi ile

⁷⁵ Kaçış klozu bakımından farklı sonuca varmakla birlikte aynı görüşte **Akın**, s. 258.

⁷⁶ Gerçekten, bu halde paysahiplerinin payın devrini sınırlama iradesi vardır. Ancak bu irade, kanuna uygun bir biçimde esas sözleşmeye yansıtılmamıştır. İrade tek başına nama yazılı payların sınırlandırılması için yeterli değildir.

⁷⁷ *Defferrard*'ın devreden paysahibinin payları üzerinde tasarruf etme hakkının, şirketin gerçek değer üzerinden alım önerisinde bulunması nedeniyle gereğinden fazla sınırlanmış olmayacağı yönündeki görüşü yerinde değildir (Participation, s. 382). Zira, gerçek değer, alıcı tarafından teklif edilen fiyatın çok altında olabilir. Bu durumda, şirketin, sınırlama iradesini hukuken içermeyen bir esas sözleşmeye dayanarak alım önerisinde bulunmak suretiyle onay istemini reddetmesi, payların devredilebilirliği ilkesini ve paysahibinin payı üzerindeki ekonomik menfaatini önemli şekilde zedeleyecektir.

⁷⁸ **Trigo-Trindade**, CO II, Art. 685a, n. 22; **Altay**, s. 592; **Uzel**, s. 144.

şirketin amacı bakımından getirilen sınırlamanın doğal sonucu, ortaklık tarafından kaçış klozunun da uygulanamamasıdır⁷⁹. Zira, dağılma sürecine giren ortaklığın, kaçınılmaz olarak malvarlığı ve pawnsahipliği çevresi de çözülecek, bu nedenle ortaklığın bir denge unsuru olarak öngörülen kaçış klozuna başvurusu bakımından herhangi bir menfaatten de söz edilemeyecektir. Öte yandan, tasfiyeden dönülmesi halinde esas sözleşmesel bağlamın tüm uzantıları ile tekrar gündeme geleceğine kuşu yoktur⁸⁰.

Bağlamın etkisizleştiği bir diğer hal ise, TTK m. 420/f. 6 uyarınca işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay ihdası hususunda esas sözleşme değişikliği yapılmasıdır. Ancak bu halde bağlam mutlak olarak ve tüm nama yazılı paylar açısından etkisizleşmez. Anılan düzenlemeye göre, esas sözleşme değişikliği kararının alınmasında olumsuz oy vermiş⁸¹ nama yazılı payların⁸² sahipleri, bu kararın Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanmasından itibaren altı ay içerisinde payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı olmazlar. Buna göre, bağlamın etkisizleşmesi nama yazılı payların tamamı değil, bazıları açısından gündeme gelir. Öğretide, bağlamın etkisizleşmesinin kaçış klozunu kapsamadığı; şirketin esas sözleşmedeki önemli nedenleri ileri sürerek devri engelleyemeyeceği; ancak alım önerisinde bulunarak devre onay istemini reddedebileceği ileri sürülmüştür⁸³. Bu görüşteki yazarlar, temelde, bağlam ile getirilen korumanın amacı itibarıyla bu sonuca varmakta⁸⁴; kaçış klozunun payların devrini engellemeye yönelmemesi nedeniyle etkisizleşmenin kapsamına girmediğini belirtmektedirler⁸⁵. Kanımızca, bu halde de esas sözleşmesel bağlamın mutlak şekilde etkisizleşmesi, bir diğer anlatımla, verdiği oy hakları esas sözleşme değişikliğinin aleyhine kullanılan nama yazılı payların devrinin serbest hale gelmesi söz

79 Bu yönde: **Uzel**, s. 144. Aksi görüşte: **Defferrard**, Participation, s. 383.

80 **Akın**, s. 249.

81 Burada, TTK m. 446 hükmünün aksine, pawnsahibinin muhalefetini zapta geçirmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Kanımızca, hangi pawnsahiplerinin olumsuz oy kullandıklarının anlaşılabilirliği durumlarda, bu şekli zorunluluğu aramaya gerek yoktur. Öte yandan, çok pawnsahipli şirketlerde muhalefetin zapta geçirilmesi, pay devir serbestisinden yararlanma hakkının ispatı açısından gerekli olabilir.

82 Hükümdeki “pay” sözcüğünün “payların” olarak anlaşılması gerektiğine işaret eden **Moroğlu/Kendigelen**, İçtihatlı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2014, s. 318, dn. 93.

83 **Uzel**, s. 147; **Akın**, s. 247; **Defferrard**, Participation, s. 383.

84 **Akın**, s. 247.

85 **Uzel**, s. 147.

konusu olmalıdır⁸⁶. Zira, kaçış klozu, yukarıda da belirttiğimiz üzere esas sözleşmesel bağlamın bir uzantısı olup, esas sözleşmede öngörülen sınırlamanın uygulanabilir olması koşulu ile ileri sürülebilir. Nama yazılı payların devrinin temelini esas sözleşmede öngörülen önemli sebepler oluşturduğundan, bunların etkisizleşmesi sonucunda payların esas sözleşmede hiçbir sınırlama öngörülmemişçesine serbestçe devredilebilmesi gerekir⁸⁷. Burada önemli olan, pay sahibinin sözleşmesinin tarafını ve içeriğini serbestçe belirleyerek payını devredebilmesidir ki, bu durum TTK m. 421/f. 6 hükmünde “*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler*” ifadesi ile desteklenmektedir. Kaldı ki, kaçış klozunun uyuşmazlık halinde satış bedelini gerçek değere eşitlemesi, pay sahibi açısından her zaman elverişli olmaz. Konusunu tamamen değiştiren veya imtiyazlı payların ihdası ile pay sahipliği haklarına ilişkin kurumsal yapıyı değişikliğe uğratan şirketin pay sahiplerinin, paylarını önemli sebebin kapsamına giren kişilere devredebileceklerinin öngörüldüğü kuşkusuzdur. Esas sözleşmesel sınırlamanın tümüyle etkisizleştiği bu halde, bu duruma yol açan çoğunluk pay sahiplerinin lehine, paylarını devrenden pay sahibini gerçek değere mahkum etmenin herhangi bir haklı nedenini bulmak kolay değildir⁸⁸.

B. Türlerine Göre Hakkın Kullanımına Yol Açan Edinimler

1. İradi (Hukuki İşleme – Olağan) Devirler

Şirketin borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı paylara ilişkin olarak alım önerisinde bulunarak onay istemini reddetme hakkı, hem hukuki işlemle (iradi) devirlerde (TTK m. 493/f. 1), hem de kanundan doğan (özellikli) edinim hallerinde (TTK m. 493/f. 4) kullanılabilir⁸⁹.

86 **Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss**, “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, AJP 2011, s. 593; **Daniel Daeniker**, “One share, one vote - Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis / I.-III.”, Mergers & Acquisitions XV, Schultess 2013, s. 154-155.

87 Aksi görüşteki **Uzel**, alım önerisinde bulunma hakkının kanuni red sebebi olduğu düşüncesinden hareket etmekte; kaynak Kanunun “*esas sözleşmesel devir kısıtlamaları ile bağlı olmak*” ifadesinden yararlanılarak bu yorumun desteklenebileceğini ileri sürmektedir (s. 147).

88 Nitekim, bu halde kaçış klozunun kullanılabilceğini ileri süren **Akun**, üçüncü kişiden gelen fiyat teklifinin gerçek değer üzerinde olması halinde, şirketin bu tutarı ödemesinin yerinde olacağını ifade etmektedir (s. 247). Ancak yazar, uyuşmazlık halinde mahkemenin de üçüncü kişiden gelen öneride belirtilen bedeli esas alıp almayacağı hususunda görüş bildirmemektedir. TTK m. 421/f. 6 hükmü geniş yorumlanmak istenirken, TTK m. 493/f. 1 ve 5 hükümlerinin *contra legem* yorumlanmasını yerinde bulmuyoruz.

89 TTK m. 493 hükmünün gerekçesinde kullanılan terminolojidir.

Hukuki işlemle devirlerin kapsamına, ilke olarak cüz’i intikal kurallarına göre gerçekleştirilen devirler girer⁹⁰. Ancak, cüz’i intikal yoluyla gerçekleşen kimi devirlerin, TTK m. 493/f. 4 anlamında “özellikli edinimlerin” kapsamına girmesi ve kaçış klozunun TTK m. 493/f. 1 değil f.3 hükmü uyarınca uygulanabileceğine işaret etmemiz gerekir. Anılan özellikli devirler, aşağıda (2) altında irdelenmiştir.

Öte yandan, TTK m. 493/f. 1 hükmünün, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılması bakımından, taraflar arasında mutlaka tasarruf işleminin yapılmış olmasına ilişkin açık bir koşul aramadığına işaret etmek gerekir. Bu durumda, taraflar arasında tasarruf işleminin değil, payın devri borcunu doğuran bir sözleşmenin -borçlandırıcı işlemin- yapılmış olması da, alım önerisinde bulunma hakkının şirketçe kullanılabilmesi için yeterli görülmelidir. Uygulamada -özellikle yabancıların dahil olduğu pay devirlerinde- payın devrine ilişkin olarak yapılan ve genellikle satım sözleşmesi niteliğini taşıyan borçlandırıcı işlemin, çoğu zaman belirli ön şartlara bağlandığı görülmektedir. Anılan ön şartlar (*conditions precedent*), tarafların sözleşmeden kaynaklanan edimlerini aynı anda ifa ettikleri anı ifade eden “kapanışın” (*closing*) gerçekleştirilmesi bakımından geciktirici şart niteliğindedir⁹¹. Bağlı nama yazılı payların devri söz konusu ise, söz konusu ön şartlar arasında şirketin devre onayı da yer alır⁹². Bu türden mekanizmaların öngörüldüğü sözleşmelerde, satıcı pay sahibinin kapanıştan önce şirkete başvurarak bağlı nama yazılı payların devrin için onay isteminde bulunması beklenir⁹³.

Bu itibarla, taraflar arasında tasarruf işleminin henüz yapılmadığı, ancak bir borçlandırıcı işlemin yapılmış olduğu evrede şirketten devre onay isteminde bulunulabilir. İstemin muhatabı şirketin de bu aşamada devre onay vermesi mümkündür⁹⁴. Onay istemi şirketçe kabul edilecek olursa, taraflar derhal ta-

90 Konuya değinen *Sevi*, yalnızca devir sözleşmesinin yapılmış olması gerektiğine işaret etmiştir (s. 246).

91 Bu bağlamda, pay satım sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerinin doğumu geciktirici şarta bağlanmış olabilir. Bkz. **İsmail G Esin/S. Tunç Lokmanhekim**, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, s. 35 vd. Ayrıca bkz. **Stefan Eberhard**, “Acquisitions, Due Diligence et Responsabilité pour Défauts”, *Aspects Actuels du droit de la Société Anonyme*, CEDIDAC 64, Lausanne 2005, s. 597.

92 Şirketin yazılı onayının (yetkili ise yönetim kurulunun onay kararının) kapanışta alıcıya teslimi öngörülür. Söz konusu yönetim kurulu kararı, hem devre onay hem de devralanın pay defterine işlenmesi hakkındadır. **Jacquemoud/Auberson**, s. 351.

93 **Jacquemoud/Auberson**, s. 351.

94 **Uzel**, s. 67.

sarruf işlemini yapabilirler. Bu halde, tasarruf işleminin yapıldığı anda payın mülkiyeti devralana geçer (TTK m. 494/f. 1)⁹⁵. Onay isteminin önemli sebebi binaen veya kaçış klozu kullanılarak reddi halinde ise, taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemin ifası imkansız hale gelecek ve tasarruf işlemi yapılamayacaktır⁹⁶. Buna göre, şirketin, tasarruf işleminin henüz yapılmadığı aşamada kaçış klozunu kullanması olanaklıdır⁹⁷. Kaçış klozuna bu evrede başvurulması ile tasarruf işleminin yapılmasından sonra başvurulması arasında sonuca etki eden hiçbir fark yoktur.

2. Kanuni (Özellikli) Edinim Halleri

Kanunkoyucu, alım önerisinde bulunma hakkının, bağlı nama yazılı payların cüz'î intikal kurallarına göre taraflar arasında yapılacak bir tasarruf işlemine sonunda edinilmediği başkaca intikal hallerinde de kullanılabileceğini öngörmüştür. TTK m. 493/f. 4'e göre, nama yazılı payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereği iktisap edilmesi hallerinde, şirket, söz konusu paylar için gerçek değer üzerinden alım önerisinde bulunarak devre onay vermekten kaçınabilir.

TTK m. 493/f. 4'te öngörülen hallerde alım önerisinde bulunarak devre onay isteminin reddedilebilmesi için, edinilen payların bağlı nama yazılı olması şarttır⁹⁸. Bu zorunluluğu teyit eden birinci husus, hükümde, payı edinen kişinin onay isteminde bulunma yükümlülüğü altında olduğunun ve şirketin onay vermeyi reddedebileceğinin altının çizilmiş olmasıdır. Gerçekten, nama yazılı payların devri esas sözleşme ile hiçbir sınırlamaya tabi tutulmamışsa, m. 493/f. 4'te sayılan şekillerde payı edinen kişiler doğrudan pay defterine yazılma talebinde bulunabilirler. Nitekim, TTK m. 490/f. 1 hükmü, kanunen ya da esas sözleşme ile sınırlanmadıkça, nama yazılı payların serbestçe devredilebileceğinin altını çizmektedir⁹⁹. Buradan iki ilkesel çıkarım yapmak mümkündür.

⁹⁵ Uzel, s. 67.

⁹⁶ Akın, s. 114.

⁹⁷ Jacquemoud/Auberson, s. 351.

⁹⁸ Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 51.

⁹⁹ Zira, nama yazılı payın devrinin, devralanın her halde pay defterine işlenmesi zorunluluğu doğurması (TTK m. 499/f. 1), devrin hamiline yazılı paylara nazaran her halde kısıtlı olması sonucunu doğurmaz. Kısıtlamanın kanunda ya da esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olması gerekir. *Tekinalp*, nama yazılı payların devredilebilirliğine kanunkoyucu tarafından yapılan vurgunun, devralanın pay defterine kaydı zorunluluğu nedeniyle devredilebilirlik konusunda doğacak tereddütleri bertaraf etmek amaçlı olduğunu ifade etmektedir (Bağlam, s. 2).

Birincisi; alım önerisinde bulunma hakkı, tıpkı iradi (hukuki işlemle) devirlerde olduğu gibi, TTK m. 493/f. 4 hükmünde öngörülen edinim halleri bakımından da şarta bağlı kanuni bağlam niteliğini taşır. Bu şart, esas sözleşmede öngörülen geçerli bir bağlam düzenlemesi ile, nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi kılınmasıdır¹⁰⁰.

İkinci ilkesel çıkarım; esas sözleşmede öngörülen ve devre onay vermeyi haklı gösteren önemli sebebin, bağlı nama yazılı payı kanundan doğan edinimler kapsamında devralan kimselere karşı ileri sürülememesidir. Hükümde bu husus “*sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir*” ifadesindeki “*sadece*” ibaresi ile vurgulanmaktadır. Buna göre, örneğin rehinli bağlı nama yazılı payları rehnin paraya çevrilmesi sonucunda¹⁰¹ edinen kişi, önemli sebebin kapsamına girse dahi, şirket önemli sebebe dayanarak devre onay vermektan kaçınmaz; bu kişinin onay istemi ancak edindiği paylar için gerçek değer üzerinden alım önerisinde bulunularak reddedilebilir. Kanunkoyucu, kanuni edinimlerde önemli sebebi etkisizleştirerek; miras ve mal rejimleri bağlamında, payın eski ve yeni sahipleri arasındaki yakınlığı; cebri icra yoluyla gerçekleşen edinimlerde ise, paysahibinin alacaklılarının payın paraya çevrilmesi suretiyle tatmin edilmelerine olan menfaatlerini üstün tutmak istemiştir¹⁰². Diğer yandan, şirketin yabancılaşmayı engelleyebilme kaygısı göz ardı edilmemiş; alım önerisinde bulunarak onayın reddi imkanı şirkete tanınmak suretiyle menfaatlerin dengelenmesi yoluna gidilmiştir.

100 Bu itibarla, *Tekinalp*'in, TTK m. 493/f. 4'te öngörülen edinim hallerinde, nama yazılı payların devri esas sözleşme ile şirketin onayına tabi kılınmamış olsa dahi ortaklıkça alım önerisinde bulunulabileceğine ve böylece TTK m. 493/f. 4'ün, esas sözleşmesel bağlamdan bağımsız, devri sınırlanmamış nama yazılı payların edinimi halinde de uygulanabilen bir kanuni bağlam olduğu şeklinde anlaşılmaya müsait görüşüne iştirak edemiyoruz (Bağlam, s. 34, n. 4-18). Nitekim, bedeli tam olarak ödenmemiş nama yazılı paylar hakkında böyle bir kanuni sınırlama (bağlam) öngörülmemiştir (TTK m. 491/f. 1). Esas sözleşmede herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı ve pay bedellerinin de tümüyle ödendiği ihtimalde, nama yazılı payların ister iradi yolla, ister bir kanuni düzenleme neticesinde elde edilmesi halinde, şirket nama yazılı payı edinen kimseyi pay defterine kaydetmekle yükümlüdür. Esas sözleşmesel bağlamın yokluğunda, cüz'i halefler nama yazılı payı serbestçe edinebiliyorlarken, -örneğin mirasta- külli haleflerin onay isteminde bulunmak zorunda olmaları izah edilemez.

101 Kanımızca, burada hem İcra ve İflas Kanunu'nun rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümleri, hem de rehnin özel yoldan paraya çevrilmesi yoluyla edinimin hükmün kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Taşınırlarda rehnin özel yoldan paraya çevrilmesini hukuka uygunluğu hakkında bkz. **İlhan Helvacı**, Tük Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s. 124 vd.

102 **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 52.

Söz konusu istisnanın öngörülmesinin bir diğer nedeni, hükümde sayılan edinim şekillerinin önemli sebebin kapsamında alınarak, payın eski ve yeni sahibinin malvarlıklarının azalmasının önüne geçme düşüncesidir¹⁰³. Gerçekten, mirasçılara önemli sebep ileri sürülebilseydi, mirasçıların payı edinememesi nedeniyle, terekede bir azalma meydana gelecek; maliki olmayan pay gibi bir garabetle karşılaşılabilirdi. Bunun gibi, eşler arasındaki mal paylaşımının etkisizleşmesi ve örneğin boşanan eşin malvarlığındaki artışın, kanunla belirlenen kapsama rağmen engellenmesi söz konusu olacaktı. Ancak, alım önerisinde bulunmak kaydı onayı istemi reddedileceğinden, ilgili malvarlığı, pay yerine payın gerçek değerinin elde edilmesi ile korunmuş olacaktır. Son olarak, miras gibi külli halefiyet kapsamındaki edinimlerde, külli haleflere karşı önemli sebebin ileri sürülmesi ve onayın reddi halinde, maliki olmayan pay gibi bir garabetle karşılaşılabilirdi. Ancak alım önerisinde bulunarak onayın reddedileceğine ilişkin düzenleme ile, bu olasılığın da bertaraf edilmesi olanaklı hale gelmiştir.

3. Kanuni (Özellikli) Edinim Hallerinin Sınırlı Sayı Teşkil Etmemesi

TTK m. 493/f. 4'ün gerekçesinde, kanundan doğan edinim hallerinin hükümde sayılanlardan ibaret olmadığı ve listenin sınırlı sayı teşkil etmediği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Öğretide de genellikle kabul edilen bu yaklaşıma göre, TTK m. 483/f. 4 (İBK m. 685b/f. 4) hükmünde sayılanlara benzer özellikler gösteren bir edinim söz konusu olduğunda, esas sözleşmede öngörülen önemli sebep ileri sürülerek onay istemi şirketçe reddedilememeli; şirket sadece m. 493/f. 4 uyarınca kaçış klozuna başvurabilmelidir¹⁰⁵. Öte yandan, bu haller için tam ve tüketici bir liste oluşturmanın kolay olmadığı da ifade edilmektedir¹⁰⁶. Öğretiye göre belirleyici olan, TTK m. 493/f. 4'te öngörülen edinim biçimleri ile ortak özellikleri olan bir halin, diğer bir anlatımla intikal (edinimin) kanun gereği ya da yetkili bir merciin işlemi ile gerçekleşmesidir¹⁰⁷.

¹⁰³ **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 52.

¹⁰⁴ **Uzel**, İBK'nın gerekçesinde (Message/Botschaft, Feuille Fédérale 1983 II 757), böyle bir ifadenin yer almadığını haklı olarak belirtmektedir (s. 169).

¹⁰⁵ **Altay**, s. 607; **Sevi**, s. 266; **Uzel**, s. 162 vd.; **Akın**, s. 119 vd.; **Kläy**, s. 205 vd.; **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 53; **Rita Trigo Trindade**, Commentaire LFus (Henry Peter, Rita Trigo Trindade - éditeurs), Zurich 2005, Art. 22, n. 17-18; **Jacquemoud/Auberson**, s. 349.

¹⁰⁶ **Uzel**, s. 169.

¹⁰⁷ **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 53. Yazar, **Brückner**'e atfen, bu özelliği taşıyan işlemlerin taşınmazların tescilsiz iktisabına yol açtığına işaret etmektedir (**Brückner**, Ausserbuchlicher Eigentumserwerb an Grundstücken, ZGBR 81 217, 220 vd.).

Türk ve İsviçre öğretilerinde, TTK m 493/f. 4'te öngörülen kanuni edinimlere örneklenen ve hükmün kıyasen uygulanabileceği kabul edilen başlıca haller, malvarlığının külli halefiyet yoluyla intikaline yol açan birleşme (TTK m. 136 vd.) ve bölünmedir (TTK m. 159 vd.)¹⁰⁸. Bundan başka, İsviçre Hukuku'nda; malvarlığının devri (İsviçre Birleşme Kanunu -İBirK- m. 69 vd.), özelleştirme (İBirK m. 99) ya da elbirliği ile maliklerin oluşturdukları bir ortaklıkta -örneğin miras ortaklığı ya da adi ortaklıkta- ortaklardan bazılarının değişmesi ya da payların tek ortağın elinde toplanması gibi haller de TTK m. 493/f. 4 (İBK m. 685b/f. 4) kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi eski bir kararında¹¹⁰, yasal mercilerin zorunlu kıldığı bir birleşme işlemi ile intikal eden bağlı nama yazılı payların, ETK m. 418/f. 3 hükmüne kaynaklık eden mülga İBK m. 686/f. 4 hükmü bağlamında miras yoluyla intikal eden paylar gibi değerlendirileceğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme bu kararı ile, anılan düzenlemede sayılan edinim şekillerinin sınırlı olarak sayılmadığı; en azından yapılması kanunen zorunlu olan benzer işlemlerin hükmün kapsamına girdiği¹¹¹ sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin temel gerekçesi, birleşme ile sona eren şirketin malvarlığında bulunan payların devralan şirketçe iktisabına izin verilmemesi halinde, paysahipliği mevkiinin boş (payın maliksiz) kalacak olması; bu durumun hak süjesinin ölümüne ve sonrasında miras yoluyla intikalin engellenmesine benzer bir duruma yol açmasıdır¹¹². Federal Mahkeme, bu türden kanuni intikallerin hükümde sayılmamasını kanunkoyucunun ihmeline bağlamaktadır¹¹³.

İsviçre Federal Mahkemesi, TTK m. 493/f. 4 hükmünün mehzatı İBK m. 685b/f. 4 bağlamında verdiği sonraki tarihli bir diğer kararında¹¹⁴ ise ihtiyari bir birleşme ile intikal eden payların durumunu ele almıştır. Karara konu uyuşmazlıkta, bir ortaklığın iki azınlık paysahibinin birleşmesi; sona eren şirketin

¹⁰⁸ Altay, s. 607; Sevi, s. 266; Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 53; Uzel, s. 162 vd.; Akın, s. 119 vd.

¹⁰⁹ Bunlar ve İsviçre Hukuku'na özgü olup burada sayılmayan örnekler için bkz. Trigo Traindade, CO II, m. 685b, n. 53.

¹¹⁰ ATF 109 II 130, JdT 1984 I 43. Ayrıca bkz. Altay, s. 626-627; Uzel, s. 164; Akın, s. 120.

¹¹¹ Kararda, ihtiyari olarak gerçekleştirilen bir birleşme işleminin hükmün kapsamına girip girmeyeceği sorunu bilinçli olarak yanıtlanmamıştır. Bu hususa işaret eden: Uzel, s. 165, dn.171.

¹¹² Federal Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken başvurduğu yorum kuralları ve yaptığı değerlendirmeler hakkında bkz. Uzel, s. 164-165.

¹¹³ Gerekçenin bu bölümünün çevirisi için bkz. Akın, s. 120.

¹¹⁴ 4C.242/2001. Karara yollama yapan Böckli, §6, n. 288a; Akın, s. 121.

elindeki nama yazılı payların devralan şirkete intikal etmesi ve sonrasında, devralan şirketin söz konusu payların kendisi adına pay defterine işlenmesini talep etmesi söz konusudur. Kararda alım önerisinde bulunma hakkı hususunda ortaya konulan ilkesel yaklaşım¹¹⁵ bir yana bırakılırsa, Federal Mahkeme bu kararında ihtiyari surette gerçekleşen bir birleşme ile intikal eden bağlı nama yazılı paylar için kaçış klozunun uygulanabileceğine hükmetmiştir. Ancak, Federal Mahkeme bu kararını doğrudan İBK m. 685b/f .4 (TTK m. 493/f. 4) hükmüne dayandırmamıştır. Mahkeme, esasen, eski hukuk döneminde esas sözleşmeye dercedilmiş “sebeup göstermeksizin pay defterine kayıttan imtina” edilebileceğine ilişkin düzenlemenin kaçış klozunun uygulanmasına imkan vereceğini ifade etmekle yetinmiş; kaçış klozu bakımından, iradi (hukuki işlemle) devirlere ilişkin 685b/f. 1 (TTK m. 493/f. 1) hükmü çerçevesinde inceleme yaparak bu sonuca varmıştır.

Kanımızca, TTK m. 493/f. 4 hükmünde sayılan edinim şekilleri sınırlı sayıda olmayıp hüküm başkaca edinimler bakımından da kıyasen uygulanabilir. Öte yandan, “intikalın (edinimin) kanun gereği ya da yetkili bir merciin işlemi ile” gerçekleşmesi olgusunun, TTK m. 493/f. 4 hükmünün kıyasen uygulanabilmesi için gerekli ve yeterli olup olmadığı irdelenmelidir.

İster zorunlu ister ihtiyari olsun, birleşme ve tam bölünme açısından, İsviçre Federal Mahkemesi’nin yukarıda andığımız ilk ve eski tarihli kararında ortaya konulan ve öğreti tarafından da benimsenen gerekçelerinin yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Zira, her ne kadar birleşme ve tam bölünme, birleşme sözleşmesi ve bölünme sözleşmesi ya da planı¹¹⁶ gibi -genel kurul onayı ile tamamlanan¹¹⁷- hukuki işlemlerle gerçekleştirilse ve özünde iradi nitelik taşısa da, devrolunan ya da tam bölünen şirketin tasfiyesiz olarak sona ermesi ve sicilden terkin edilerek tüzel kişiliğini yitirmesi, gerçek kişinin “kişiliğinin”

115 Kararın kaçış klozunun uygulanması bakımından bir diğer önemi, yeni kanuna uymayan bir bağlam düzenlemesinin kaçış klozunun kullanılması için yeterli olduğu yönündeki içtihadı oluşturmasıdır. Bkz. yuk II, A, 2.

116 Yeni kuruluş şeklinde tam bölünme halinde, işlem tek başına tam bölünen ortaklıkça gerçekleştirildiğinden, bölünmenin sözleşme ile değil bölünme planı ile gerçekleştirilmesi söz konusudur (TTK m. 166).

117 Birleşme ve bölünme işlemlerinde, birleşme sözleşmesi ve bölünme sözleşmesini/planını onaylayan genel kurul kararı, anılan hukuki işlemler bakımından bir tamamlayıcı unsur niteliğinde olup, onay kararı olmaksızın bunlar noksan haldedirler; hüküm ifade etmezler. Bkz. **Sinan H. Yüksel**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ekim 2011, s. 77 vd.

ve elbette hak ehliyetinin ölümle sona ermesi ile aynı sonuca yol açmaktadır. Bu durumda, birleşme ya da tam bölünme sonucunda payı edinen şirketin, esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin kapsamına girse dahi reddedilememesi, payın maliksiz kalmasını engelleyecek yegâne yoldur¹¹⁸. Bu nedenle, katılan süjenin kişiliğinin sona ermesine yol açan birleşme ve tam bölünme işlemlerinin, esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin etkisizleştiği, buna karşın TTK m. 493/f 4 hükmüne kıyasen kaçış klozunun kullanılabilceği haller olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır.

Öğretide bazı yazarlar, birleşme ve tam bölünme bakımından aynı yöndeki görüşlerini, söz konusu işlemlerde gündeme gelen ve kanundan doğan külli halefiyete dayandırmaktadır. Anılan yazarlara göre, intikalın kanun gereği gerçekleşmesi nedeniyle TTK m. 493/f. 4 hükmünün kıyasen uygulanabilmesinin yolunun açıldığını ileri sürmektedirler¹¹⁹. Aynı yazarlar, malvarlığının belirli bir kısmının kül halinde (tek bir işlemle) geçişi anlamına gelen kısmi külli halefiyetin söz konusu olduğu kısmi bölünme işleminin de bir kanuni devir hali olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedirler¹²⁰. Öte yandan, İsviçre öğretisinde kısmi bölünmenin, kanuni devir hallerinden birisi olarak kabul edilemeyeceğini öne süren yazarlar da vardır¹²¹.

Klasik külli halefiyet teorisi, külli halefiyeti yalnızca hak süjesinin (*de cuius*) ölümüne bağlı olarak öngörülmüş ve bu hukuki olay tarafından harekete geçirilen bir intikal biçimi olarak algılar¹²². Bu anlamda külli halefiyet, asıl hak süjesinin ortadan kalkması sonucunda, ortadan kalkan süjenin bir başkası ile ikame edilmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Klasik öğretinin bu yaklaşımı, zaman içinde, “külli halefiyet bir özne değişimi, cüz’i halefiyet bir mal değişimidir” önermesi ile de genel bir ifadeye kavuşmuştur¹²³. Modern öğreti

118 **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 53; **Trigo-Trindade**, Commentaire LFus Art. 22, n. 17-18.

119 **Uzel**, s. 169; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 53. **Akın**, TTK m. 493/f. 4’te öngörülen kanuni devir hallerine bakıldığında, hemen tümünde külli halefiyet olgusunun göze çarptığını belirtmektedir (s. 122). Ancak yazar, birleşme ve bölünme haricindeki diğer yeniden yapılandırma halleri hakkında bir görüş ileri sürmemiştir.

120 **Uzel**, s. 169; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 53. **Akın**, s. 122.

121 **Du Pasquier/Oertle**, Art. 685c n. 9a.

122 **Tuor**, s. 8 vd.; **Häberling**, s. 31; **Suter**, s. 27 (anılan yazarlar **Amstutz/Mabillard**, CO II-L-Fus, n. 119, dn. 244-246’dan naklen). Bu yaklaşım, “idealist külli halefiyet anlayışı” (*conception dite idéaliste de la succession universelle*) olarak da anılmaktadır: **Amstutz/Mabillard**, CO II-LFus, n. 119.

123 “Gesamtnachtfolge ist Subjekttausch, Sonderrechtsnachfolge ist Gütertausch” – “la succes-

ise, bu anlayışı oldukça sınırlayıcı bulur. Bu görüş uyarınca, külli halefiyetin yalnızca objektif bir kritere (gerçek kişinin ölümüne) bağlı olması ve hukuki işlem gibi bir sübjektif kritere sırtını dönmesi, aslında teorik dayanağı olmayan katı bir yaklaşımdır. Kanunkoyucunun, bir hukuki sorunun çözümünde külli halefiyet ilkesini benimseyip benimsemeyeceğini, yerindelik (*opportunité*) kaygıları belirler. Bu itibarla, kavram yalnızca ölüm olgusu çerçevesinde alınmamalı; pekala cüz’i halefiyete “alternatif” bir devir yöntemi olarak değerlendirilmelidir¹²⁴. Sonuç olarak, bu anlayış külli halefiyeti kanunkoyucunun yerindelik değerlendirmesi yaparak geliştirdiği bir hukuk politikasının ürünü niteliğinde, genel bir devren iktisap yöntemi olarak görülür¹²⁵.

Buna göre, yeniden yapılandırma (birleşme, bölünme ve malvarlığı devri) işlemlerinde külli halefiyetin bir kanuni edinim biçimi olduğu yönündeki tespitler yanıltıcıdır. Külli halefiyetin kanundan doğduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur; ancak kanundaki bu sonucu meydana getiren hukuki neden dar anlamda bir hukuki olay değil, bir hukuki işlemdir. Söz konusu hukuki işlem; birleşmede, birleşme sözleşmesi; bölünmede, bölünme sözleşmesi veya planı; malvarlığı devrinde ise devir sözleşmesidir. İlk iki halde ortaklığın genel kurulunun onayı ile tamamlanan (noksanlıktan kurtulan) hukuki işlem hükümlerini doğurur; bu kapsamda, ilgili malvarlığı tamamen ya da –kısmi bölünmede ve malvarlığı devrinde olduğu gibi- kısmen, cüz’i intikal kurallarına uyulmaksızın devralana intikal eder. Kısmi bölünme ve malvarlığı devrinde, işleme özgül sözleşmede/planda yer verilen envanterdeki malvarlığı değerleri tek bir işlemle devralana intikal ettiğinden, bu özel külli halefiyete “kısmi külli halefiyet adı” verilmektedir¹²⁶.

Ancak, kısmi külli halefiyetin uygulandığı bu hallerin, esasen cüz’i intikal kurallarına göre gerçekleştirilen diğer iradi devirlerden hiçbir farkı olmadığı açıktır. Gerçekten, kısmi bölünme işlemi, bir şirketin malvarlığının bir bölümünün ya da bölümlerinin, mevcut ya da yeni kurulan bir şirkete bir bütün halinde devrini amaçlar. Bunu yaparken, sadece işlemi kolaylaştırmak amacıyla

sion universelle est un échange de sujets, la succession individuelle est un échange de biens”: **Küry**, s. 74; **Amstutz/Mabillard**, CO II-LFus, n. 119.

124 Burada temel noktaları itibariyle özetlenen ve “salt materyalist külli halefiyet anlayışı” (*conception dite purement matérialiste de la succession universelle*) olarak adlandırılan teori ile öğretilde bu konuda görüş açıklayan çeşitli yazarlar hakkında bkz. **Amstutz/Mabillard**, CO II-LFus, n. 120 ve dn. 249-252.

125 **Amstutz/Mabillard**, CO II-LFus, n. 120.

126 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 661.

külli halefiyetten yararlanır. Bu itibarla, cüz’i halefiyetin terkedilmesinin tek sebebi, her bir malvarlığı unsurunun ayrı ayrı devrinden kaynaklanacak zaman ve masraftan tasarruf etmek; yeniden yapılandırmaları kolaylaştırmaktır. Aynı anlayış, aktiflerin geçişini kısmi külli halefiyet “benzeri” bir yöntemle çözen TTK m. 11/f. 3 hükmüne de hakimdir¹²⁷. Ancak, kanunkoyucunun bu kolaylaştırma kaygısı ve kanuna eklediği bir hükümle malvarlığının külli halefiyet yoluyla intikalini öngörmesi, işlemin tümüyle iradi nitelikte olduğu gerçeğini değiştirmez. Kısmi bölünen bir şirket, bunu ekonomik gereksinimlerle yapsa da, işlemin cüz’i devirden sonucu itibariyle hiçbir farkı yoktur. Hatta, bir şirketin sadece elinde tuttuğu payları diğer bir şirkete devretmek gayesiyle kısmi bölünme gerçekleştirmesi de olanaklıdır¹²⁸. Bu durumda işlemin pay devir sözleşmesinden tek farkı, devrolunan malvarlığı karşılığında kısmi bölünen şirkete ya da onun ortaklarına devralan şirketin payının verilmesidir.

O halde, külli halefiyetin uygulama alanı bulması ve bu anlamda mülkiyetin kanunun bir hükmüne dayanılarak cüz’i intikal kurallarına uyulmaksızın geçmesi, kısmi bölünme ve malvarlığı (ticari işletme) devrinin TTK m. 493/f. 4 hükmü kapsamında sayılması için yeterli görülmeyebilir. Bu hallerde, işlemin tarafları, iradi olarak gerçekleştirmek istedikleri devri yeniden yapılandırma işlemi olarak kurgulayarak malvarlığının tek bir işlemle geçişi imkanından faydalanmaktadırlar. Oysa ki aynı işlemi pekâlâ cüz’i intikal kurallarına göre gerçekleştirebilecek durumdadırlar. İradi olan birleşme ve tam bölünme ile kısmi bölünme ve malvarlığı devri arasındaki fark, ilk gruptaki işlemlerin süjenin kişiliğini kaybetmesine yol açması ve gerçek kişinin ölümüne benzer bir hukuki durum yaratmasıdır. Buna göre, her ne kadar söz konusu hallerde devir iradi olarak gerçekleştirilmiş olsa da, devrolunan veya tam bölünen süjenin yok olması, önemli sebebin ileri sürülebilmesinin önündeki engeldir. Şirketin menfaati bu halde kaçış klozunun devreye girmesi ile korunur.

Doğrudur; kısmi bölünme ve ticari işletme devrinde devreden süje kişiliğini kaybetmemekte; envantere bağlanmış malvarlığı değerlerinin tek bir işlemle geçmesi ise, esasen cüz’i intikalin pratik nedenle terk edilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, kanımızca bu hallerde de anılan yeniden yapılandırma işlemlerinde devralan kişiye önemli sebeplerin ileri sürülebilmesi ve TTK m. 493/f. 4 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir. Zira, kanunkoyucunun yeniden yapılandırma işlemlerini kolaylaştırmayı amaçladığı bir

127 **Mehmet Bahtiyar**, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, s. 3889 vd.,

128 TTK m. 159/b, Kurumlar Vergisi Kanunu m. 19-20.

vakıdır¹²⁹. Kanunkoyucu, devre konu malvarlığının –çoğu zaman işletmenin- unsurlarını bir arada tutan ekonomik bağıntının kopmaksızın sürmesi ve işletme bütünlüğünün korunması amacıyla külli halefiyet mekanizmasını (temelde, malvarlığı değerlerinin tek bir işlemle geçeceğini) öngörmüştür. Bu itibarla, envantere bağlı malvarlığının tek bir işlemle geçişine izin veren kısmi bölünme ve ticari işletme devri işlemlerinde bağlı nama yazılı payların devralana geçmesini engelleyecek ve paysahipliğinin devreden süjede kalmasına yol açacak şekilde önemli sebeplerin ileri sürülebilmesi, yeniden yapılandırılmaların doğası ile bağdaşmayacaktır.

Ayrıca, söz konusu işlemler bakımından TTK m. 493/f. 4 hükmünün kıyasen uygulanmasının şirket bakımından onarılamaz olumsuzlukları beraberinde getireceği de söylenemez. Zira, şirketin TTK m. 494/f. 2 uyarınca alım önerisinde bulunarak devralanı paysahipliği çevresinden uzak tutmak hakkı vardır. Payları elden çıkartmak istemeyen devralan alım önerisini reddedecek olursa, TTK m. 494/f. 2 uyarınca mülkiyete sahip olacak, ancak yönetsel hakları donacaktır. Bu son durumda, yönetsel hakları kullanamayan devralan süje, fiilen ortaksal çemberin dışında tutulmuş olacak; buna karşılık devralan süje de payları daha uygun bir fiyattan –mümkün ise önemli sebebin kapsamına girmeyen bir kişiye satarak- payının ekonomik değerinden daha etkin bir biçimde faydalanabilecektir.

Öte yandan, kısmi bölünme veya ticari işletme devri işleminin, önemli sebeplerin ileri sürülmesinden kaçınmak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde, dolanılan esas sözleşme düzenlemesinin ilgili taraflara uygulanması ve devralana önemli sebebin ileri sürülmesi mümkün olmalıdır¹³⁰.

129 Bu olguya işaret eden: **Hülya Coştan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 80.

130 **Akn**, kısmi bölünme veya ticari işletme devri işlemlerine ilişkin görüş bildirmemekle birlikte, birleşme ile paysahipleri çevresinin değiştirilmesi gibi bir amacın güdülmesi halinde, bağlamdan murad olunan amacın gerçekleştirilmesini temin için TMK m. 2 hükmünden istifade edilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir (s. 122). Yazar, TMK m. 2 hükmünün uygulanması ile önemli sebeplerin ileri sürülebilir hale gelip gelmeyeceğine ilişkin açık bir görüş ileri sürmemektedir. Şayet TMK m. 2'nin sonucu bu şekilde değerlendirilecek olsa dahi, birleşmede önemli sebeplerin ileri sürülmesi yine de mümkün olamamalıdır. Zira, birleşmede devrolunan –yeni kuruluştaki birleşen- şirketin tasfiyesiz sona ermesi ve tüzel kişiliğini yitirmesi, önemli sebeplerin ileri sürülmesine ve bu suretle birlik teorisinin uygulanmasına engeldir. Tıpkı ölüm olgusunda olduğu gibi, sona eren tüzel kişinin malvarlığından söz edilemeyeceğine göre, devre konu bağlı nama yazılı payların devralan şirkete geçmesi kaçınılmazdır. Bağlı nama yazılı payları ihraç etmiş bulunan şirketi koruyacak yegane yol, kaçış klozunun kullanılmasıdır.

III. KAÇIŞ KLOZUNUN KULLANILMASI VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak Kaçış Klozunun İşleyişi

Alım önerisinde bulunma hakkının (kaçış klozunun) kullanılması ile sonuçlanacak süreç, borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların iradi ya da kanuni şekilde (özellikli) edinimi¹³¹ ile başlar. Şirket, söz konusu edinimden bildirim ile haberdar olması sonrasında payın devrine onay istemini reddetmek istiyorsa, bağlı nama yazılı payların edinim şekline göre farklı yolları benimseyebilir.

Bağlı nama yazılı payların iradi (hukuki işlemle) edinimi üzerine, devre onay isteminde bulunulduğunda iki ihtimal ortaya çıkar. Birinci ihtimalde, payı devralan kişi -mevcut pahasahiplerinden birisi ya da bir üçüncü kişi- esas sözleşmede öngörülen bir ya da daha fazla önemli sebebin kapsamındadır. Bu durumda, şirketin önünde iki seçenek vardır; ya devre onay istemini önemli sebebe binaen ya da devre konu nama yazılı paylar için alım önerisinde bulunmak suretiyle reddedecektir. İkinci ihtimalde ise, önemli sebep payı devralan kişiye ileri sürülememektedir. Hal böyle olunca, şirket sadece alım önerisinde bulunarak onay istemini reddedebilir ki, bu durum özünde, onayın sebep göstermeksizin reddine benzer bir durum oluşturmaktadır; şirket red kararını esasen maddi bir neden oluşturmayan alım önerisi ile gerekçelendirmiş olmaktadır.

Kanuni edinim hallerinde ise, TTK m. 493/f. 4 hükmü uyarınca şirketin payın edinen kimseye önemli sebebi sürme hakkı yoktur. Anılan hüküm, şirkete sadece alım önerisinde bulunarak onay istemini reddetme imkanını tanımaktadır. Zira, bu durumda, TTK m. 494/f. 2 hükmü gereğince payın mülkiyeti ve paya bağlı malvarlığı hakları edinim anında devralana geçmektedir. Bu itibarla, alım önerisinde bulunmak istemeyen veya bulunacak durumda olmayan şirketin, devre onay istemini kabul etmekten başka çaresi olmayacaktır.

B. Hakkın Kullanılma Aşamaları

1. Devre Onay İsteminde Bulunulması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, şirketin kaçış klozundan faydalanabilmesi için, iradi (hukuki işlemle) devir halinde borçlandırıcı işlemin ya da tasar-

¹³¹ İradi edinim bakımından, tasarruf işleminin yapılmış olmasına gerek olmadığını, borçlandırıcı işlemin yapılmasının şirketten onay isteminde bulunulması açısından yeterli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bkz. yuk. II, B, 1.

ruf işleminin yapılması; kanuni edinim hallerinde ise, edinimin gerçekleşmesi (örneğin cebri icradan edinim) tek başına yeterli olmaz. Gerçekten, TTK m. 493/f. 1 hükmü uyarınca, önemli sebebin ileri sürülmesi veya kaçış klozunun kullanılması, nama yazılı payların devrine şirketçe onay verilmesi yönündeki istemin reddi aşamasında gündeme gelir. Şirketin devre onay isteminde bulunulmadan herhangi bir gerekçe ile red kararı vermesi anlamsız olacaktır¹³² Öte yandan, herhangi bir istemde bulunulmadan devre onay verilmesi, yönetim kurulunun onay kararını sakatlamaz¹³³.

Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların devrinde, kimin tarafından devre onay isteminde bulunulacağı hususunda Kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Esas olan, şirketin yetkili organının esas sözleşmesel bağlamın gereğini yerine getirmesi ve diğer yandan devrin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin mümkün olduğunca çabuk şekilde anlaşılması olduğuna göre, istemi yöneltenin kimliği herhangi bir önem taşımaz. Bu itibarla, hem iradi (hukuki işlemlerle) devirlerde hem de kanuni (özellikli) edinimlerde devre onay isteminin payı devreden pay sahibi ya da devralan kişi tarafından yapılabilmesi olanaklıdır¹³⁴.

Devre onay isteminin, devreden veya devralan pay sahibince hangi sürede yapılması gerektiği de Kanunda öngörülmeven hususlar arasındadır. Ancak, TTK m. 494/f. 1 ve 2 hükümleri uyarınca onay, iradi devirlerde tasarruf işleminin hüküm ifade etmesi, kanuni edinimlerde ise yönetsel hakların geçişi bakımından bir hukuki şart (tamamlayıcı unsur) oluşturduğuna göre¹³⁵, Kanunun suskunluğu herhangi bir soruna yol açmayacaktır. Tarafların (birinin ya da tamamının) mümkün olduğunca hızlı bir şekilde istemde bulunmaları kendi menfaatlerindedir¹³⁶.

Kanun, devre onay isteminin şekli hususunda da suskundur. Açık bir dü-

¹³² Nitekim, özellikle iradi devirlerde devrin tarafları, yönetim kurulu ile yaptıkları görüşmeler sonucunda devre onay verilmeyeceğini anlayarak, tasarruf işlemini kendi aralarında geriye çevirebilir ve payların tekrar devreden pay sahibine dönmesini sağlayabilirler.

¹³³ **Rolf Kuhn**, “Le transfert d’actions nominatives liées”, TREX 2011, s. 50.

¹³⁴ **Uzel**, s. 53 vd.; **Akın**, s. 183; **Defferrard**, *Actions Nominatives*, s. 42; **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 39; **Martin**, s. 108; Kapanış mekanizması öngörülen pay satım sözleşmelerinde ön şartların yerine getirilmesi büyük ölçüde satıcıdan beklenir. Bu nedenle, kapanış öncesinde onay isteminde bulunan da genellikle satıcı pay sahibidir. Ancak, bu durumda alıcının da onay isteminde bulunmasında herhangi bir sakınca yoktur: **Jacquemoud/Auberson**, s. 351.

¹³⁵ **Jacquemoud/Auberson**, s. 351.

¹³⁶ **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 39.

zenlemenin bulunmaması karşısında, istemin şekilsizlik kuralının kapsamında olduğu sonucuna varmak gerekir¹³⁷. Her halde, istemin yazılı olarak yapılması ispat hukuku yönünden büyük önem arz eder¹³⁸. Zira, TTK m. 494/f. 3 hükmü, şirketin istemi almasına rağmen suskun kalmasına hukuki sonuç bağlamıştır. Anılan düzenleme uyarınca, şirket onay istemini üç ay içinde reddetmemiş veya red haksızsa, onay verilmiş sayılır. Kanunun getirdiği bu varsayım, istemin hangi tarihte yapılmış olduğunun ispatının büyük önem taşıdığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle, tarafların istemi yazılı olarak, hatta tarihin kesinleşmesi maksadı ile noter kanalı ile yapmaları önerilebilir¹³⁹.

Öte yandan, devre onay isteminin içeriği konusunda da Kanunda hiçbir açıklık yoktur. Bununla birlikte, Kanunun bazı hükümleri bu soruna ışık tutucu mahiyettedir. Öncelikle, TTK m. 499/f. 2 uyarınca devralanın pay defterine kaydedilebilmesi için payın usulüne uygun olarak devredildiğinin ispatlanması gerekir. Bu da, istem anında ya da şirketin talebi üzerine istem sonrasında, nama yazılı pay senetlerinin devri halinde düzgün ciro zincirini haiz senetlerin veya senetlerle birlikte yazılı alacağın devri (temlik) beyanının; payın senede bağlanmadığı hallerde ise yazılı devir (temlik) beyanının şirkete ibrazını zorunlu kılar¹⁴⁰. Ancak, henüz sadece borçlandırıcı işlem yapılmışken istemde bulunulmuşsa, söz konusu ispat vasıtaları, onayın verilmesi sonrasında fiilen pay defterine kayıt anında da verilebilmelidir.

Bundan başka, devre onay istemi kapsamında, bağlı nama yazılı payları devralan (veya devralacak) kişiye ilişkin bilgilerin de şirkete verilmesi gerekecektir¹⁴¹. Bu gereksinimi doğuran birinci neden, şirketin önemli sebebi ileri sürebilmesine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığını değerlendirebilmesi için, devralan hakkında bilgi sahibi olmasının zorunlu olmasıdır. Keza, önemli sebebin kapsamına girmeyen devirlerde veya kanuni bir edinimin söz konusu olması nedeniyle önemli sebebin ileri sürülemeyeceği hallerde, şirketin devralanın kimliğini nazara alarak alım önerisinde bulunup bulunmamaya karar vermeye yetecek düzeyde bilgi sahibi olması şarttır. O halde, istemin içeriğinde veya daha sonra şirketin talebi üzerine bu bilgilerin şirketle paylaşılması

137 **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 39.

138 **Akın**, s. 181, 182.

139 **Akın**, istemin (bildirim) TTK m. 18'de belirlenen yöntemlerle yapılması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir (s. 182).

140 Bu incelemeyi yapmak, şirketin yetkili organı bakımından hem hak hem de yükümlülüktür: **Akın**, s. 186.

141 **Martin**, s. 109; **Kuhn**, s. 52.

zorunlu görülmeli¹⁴²; aksi halde, üç aylık sürenin başlamayacağı kabul edil-
melidir.¹⁴³ Esas sözleşmede, onay talebi ile birlikte şirkete verilmesi gereken
bilgi ve belgelere ilişkin düzenleme yapılabilir. Ancak, bu düzenlemenin TTK
m. 493/f. 7 uyarınca devir koşullarını zorlaştıracı nitelikte olmaması gerekir¹⁴⁴.

2. İstem Reddinin ve Alım Önerisinin Karara Bağlanması

Borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı paylar için alım önerisinde bu-
lunma hakkı, şirketin esas sözleşmede yazılı önemli sebebi devralana karşı
ileri süremediği ya da sürmeyi tercih etmediği hallerde, sebep göstermeksizin
devre onay vermekten kaçınılabilmesinin koşulunu oluşturur. Bu nedenle, alım
önerisinde bulunma hakkının kullanılması ile şirketin devre onay istemini
reddetmesi arasında sıkı bir bağ vardır. Öyle ki, alım önerisinde bulunma hak-
kının kullanılması, red kararının gerekçesini teşkil eder. Şirket, kaçış klozun-
dan yararlanabilmek için, öneride bulunma hakkının kullanılması gerekçesine
dayalı olarak isteminin reddi yönünde irade oluşturmalıdır¹⁴⁵.

Onay isteminin reddini ve buna bağlı olarak alım önerisinde bulunma
hakkını karara bağlayacak organ kural olarak yönetim kuruludur¹⁴⁶. Zira, söz
konusu yetkinin TTK m. 408 çerçevesinde genel kurulun devredilemez ve
vazgeçilemez yetkileri arasında sayılmadığı açıktır. Bu bakımdan, genel kuru-
la açıkça bırakılmamış bir yetkinin yönetim kurulunca kullanılması doğaldır.
Kaldı ki, bu çıkarım, yönetim kurulunun devamlı bir organ niteliğinde olması
ile doğrulanır. TTK m. 494/f. 3 ile şirkete, devre onay istemini reddetmek için

142 Karş. **Kuhn**, s. 51.

143 **Kuhn**, bu halde, şirketin körü körüne onay vermek zorunda kalabileceğini ve söz konusu dev-
ralan kişiden kurtulmasının, ancak İBK m. 586a (TTK m. 500) anlamında devralanın yanlış
bir beyanı söz konusu ise, pay defterinden silme işlemi ile mümkün olacağını ifade etmektedir
(s. 52). Kanımızca, bu görüş yerinde değildir. İstem içeriğinden şirketin devralan hakkın-
da karar vermesine yetecek bilgilerin anlaşılabilmesi zorunlu görülmelidir. Devreden ya da
devralanın bu bilgilere sahip olmamaları düşünülemeyeceği gibi, devrin taraflarının şirketin
körlemesine ve zaman baskısı altında karar almaya zorlanmasını gerektirecek hiçbir üstün
menfaatten de söz edilemez. Öte yandan **Uzel**, devir olgusunu ispatlayan belgelerin pay
defterine kayıt işleminin yapılması aşamasında verilmesi gerektiğini, devre onay isteminde
bulunulduğu aşamada böyle bir yükümlülüğün bulunmadığını ifade etmektedir (s. 56).

144 **Martin**, s. 109-110.

145 **Uzel**, s. 311, 312; **Trigo Trindade**, CO II, Art. 685b, n. 40-41.

146 **Altay**, s. 594; **Tekinalp**, Bağlam, s. 21-22; **Sevi**, s. 245; **Uzel**, s. 57; **Defferrard**, Actions
Nominatives, s. 43; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 40; **Olivier Bloch**, Les conventions
d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse - avec un aperçu du droit bour-
sier, 2ème edition, Zurich 2011, s. 284.

üç aylık bir süre tanındığından, bu kısa sürede onayın reddi ve alım önerisinde bulunmak için gerekli iradenin, devamlılığı olan bir organ tarafından oluşturulması şirketin menfaatinedir¹⁴⁷.

Öte yandan, söz konusu yetkinin esas sözleşme ile genel kurula bırakılması olanaklıdır¹⁴⁸. Pay defterinin tutulması, TTK m. 375/f hükmünde, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında sayılmıştır. Ancak, **Tekinalp**'in de ifade ettiği üzere, anılan düzenleme, defterlerin kanuna uygun olarak tutulması yükümlülüğü hakkında olup, yönetim kurulunun yetki devri gerçekleştirerek TTK m. 553 uyarınca sorumluluğunu bertaraf etmesinin önüne geçmek amacıyla öngörülmüştür¹⁴⁹. Kaldı ki, devre onay verilmesi ve pay defterinin tutulması birbirinden ayrı yetki ve görevlerdir. Pay defterine kayıt, onay verilmesini takip eden bir işlemdir. Bu nedenle, pay defterinin tutulmasına ilişkin yetkiden yola çıkarak, devre onay verme yetkisinin ve alım önerisinde bulunma hakkının yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olduğu sonucuna ulaşılamaz¹⁵⁰. Ayrıca, pay sahipleri bileşiminin korunması hususunda bizzat pay sahiplerinin söz sahibi olamamalarının haklı gerekçesini bulmak güçtür. Nitekim, özellikle kapalı ve az sayıda pay sahibi olan anonim ortaklıklarda, anonimlik illüzyonu bir kenara bırakılarak pay sahiplerine bu hususta karar verme yetkisinin tanınması, bağlam düzenlemelerinin amacı ile de uyumludur¹⁵¹. Onayın karara bağlanması bakımından yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilemez bir yetkisinin bulunmadığı sonucuna varıldığında, bu yetkinin TTK m. 367'ye uygun olmak kaydı ile yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına ya da bir üçüncü kişiye devredilebileceği de doğal olarak kabul edilmelidir¹⁵².

Onay isteminin reddi ve alım önerisinde bulunmak hakkının kullanılması için alınacak organ kararı, yetkili organın kararları hakkındaki hükümlere tabidir. Bu bağlamda, aksine kanunda hüküm bulunmadığından yönetim kurulu ve genel kurulda olağan yetersayılar uygulanır. Ancak, yetersayıların esas sözleşme ile artırılması mümkündür. İstemin onaylanmasına ilişkin yetersa-

147 Bu yönde **Altay**, s. 594.

148 **Altay**, s. 594; **Tekinalp**, Bağlam, s. 22; **Sevi**, s. 245; **Uzel**, s. 57-58; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 40; **Bloch**, s. 283-284; **Martin**, s. 155; **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 46; **Jacquemoud/Auberson**, s. 352.

149 **Tekinalp**, Bağlam, s. 22.

150 **Uzel**, s. 61.

151 **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 40.

152 **Uzel**, s. 62. Aksi görüşte: **Jacquemoud/Auberson**, s. 352.

yının artırılması, TTK m. 493/f. 7 hükmünde öngörülen devir koşullarının ağırlaştırılması yasağı ihlal etmez¹⁵³.

Şirketin yetkili organı, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılması bakımından belirli bir takdir yetkisine sahiptir¹⁵⁴. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp¹⁵⁵, karar vermeye yetkili organın kararlarının tabi olduğu ilke ve kural-lara uygun olarak kullanılmalıdır¹⁵⁶. Karar vermeye yetkili organın genel kurul olması halinde, kaçış klozunun eşit işlem ilkesine uygun surette, keyfilikten uzak ve ölçülülük ilkesi ihlal edilmeksizin karara bağlanması gerekir¹⁵⁷. Yetkili organın yönetim kurulu ya da delegasyon yoluyla bu yetkiyi devralan bir organ (ihtiyari kurul organ ya da kişi organ) olması durumunda ise, özen yükümü ve sadakat borcu¹⁵⁸ ile eşit işlem ilkesine uygun surette kullanımı şarttır¹⁵⁹. Keza, yetkili organın kararının hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemesi de esastır¹⁶⁰.

3. Alım Önerisinde Bulunulması

a) Önerinin İçeriği, Niteliği ve Şekli

TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümleri uyarınca, kaçış klozunun geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için, şirketin iradi devre veya özellikli edinime konu payların tümü¹⁶¹ için başvuru tarihindeki gerçek değerden şartsız ve geri dö-

153 Uzel, s. 59.

154 Peter Böckli, “Neuf règles de ‘Best Practice’ pour le rachat de ses actions par une société non cotée”, Les plans d’intéressement-Stock Option Plans, CEDIDAC 2001, s. 78; Trigo Trindade, CO II, Art. 685b, n. 42.

155 Akın, s. 78.

156 Trigo Trindade, CO II, Art. 685b, n. 42.

157 Trigo Trindade, CO II, Art. 685b, n. 42. Paysahipleri, şirketin menfaatinin yanı sıra kendi menfaatlerini de gözetebilirler. Ancak, çoğunluğun azınlık zararına hakkını kötüye kullanmaması gerektiği açıktır; bkz. Jacquemoud/Auberson, s. 352. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yayımlanmamış 4C.242/2001 sayılı kararı gerekçe 3.3; 4A.205/2008 sayılı kararı, gerekçe 4.1.

158 Michel Jaccard/Vivian Premand, “Le conseil d’administration au service des actionnaires majoritaires - risques, conflits d’intérêts et meilleures pratiques en cas de cession d’actions d’une société privée”, RSDA 2010, 374-375.

159 Akın, s. 78 vd.; Trigo Trindade, CO II, Art. 685b, n. 42. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yayımlanmış 4C.242/2001 sayılı kararı.

160 Akın, s. 80.

161 Sevi, s. 246; Uzel, s. 312-313; Akın, s. 81-82; Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 28. Öneri devre konu nama yazılı payların bir kısmı için yapılmışsa, bu durumu TTK m. 493/f. 7 (İBK m. 685b/f. 7’ye aykırı gören: Defferrard, Actions Nominatives, s. 111.

nülemez biçimde¹⁶² alım önerisinde bulunması gerekir. Öneri devre veya özelliikli edinime konu payların tümü için yapılmazsa, TTK m. 494/f. 3 uyarınca üç aylık sürenin -ya da esas sözleşmede belirlenen daha kısa sürenin- bitiminde şirket devre onay vermiş sayılır¹⁶³.

Şirketin alım önerisinde bulunurken gerçek değeri (bedeli) belirtmesi zorunlu değildir¹⁶⁴. Hatta gerçek değer belirlenmesi zorunlu olarak belirtilmemesi, önerilen tutarın gerçek değerden düşük olduğunun ileride anlaşılması sonucunda şirketin onay isteminin reddi doğrultusundaki iradesinin haksızlığı ve 494/f. 3 uyarınca onayın verilmiş sayılması varsayımının doğumu tehlikesini engellemeye yönelik elverişli bir adımdır¹⁶⁵. Gerçekten, önerilen bedelin gerçek değerden düşük olması veya bedel belirtilmemişse gerçek değer ibaresini içermeyen bir öneride bulunulması, reddin haksızlığına yol açar ve anılan hüküm uyarınca onayın verilmiş sayılması sonucunu doğurur¹⁶⁶. Önerinin gerçek değer üzerinde yapıldığının belirtilmesi zorunluluğu lüzumsuz gelebilir. Ancak, kanunkoyucu şirketin bağlayıcı ve geri alınamaz bir icapta bulunarak onayın reddine karar verebileceğini açıkça öngörmüştür (m. 493/f. 1 – 4). Bu nedenle, şirketin beyanının sözleşme görüşmelerine veya öneriye çağrı (icaba davet) niteliğini taşıyıp taşımadığı konusunda herhangi bir tereddüt uyandırmaması gerekir. Bu nedenle önerinin (icabın) içeriğinin Kanun hükmü tarafından doldurulduğundan bahisle, sadece alım önerisinde bulunulduğunun beyan edilmesi ile yetinilmemelidir. Gerçekten, şirket tarafından yapılan öneri, BK manasında öneri (icap) olduğundan¹⁶⁷, gerçek değer olarak ifade edilen bedelin belirlenebilir olması yeterlidir. Önerinin kabulü halinde, satın ilişkisi belirlenebilir bu değer üzerinden kurulur. O halde, şirketin alım önerisinde ilgili bağlı nama yazılı payları gerçek değeri üzerinden satın alma iradesini açıkça ortaya koyması şarttır¹⁶⁸.

162 Uzel, s. 315 vd.; Jacquemoud/Auberson, s. 359.

163 Kläy, s. 183; Jacquemoud/Auberson, s. 358.

164 Sevi, s. 246; Uzel, s. 313; Akın, s. 81; Kläy, s. 183; Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 28; Martin, s. 102; Jacquemoud/Auberson, s. 358.

165 Jacquemoud/Auberson, s. 358.

166 Uzel, s. 313; Trigo Trindade, CO II, Art. 685b, n. 30-31; Jacquemoud/Auberson, s. 358. “Gerçek değer üzerinden” ibaresine yer verilmemesinin öneriyi sakatlamayacağı yönünde iş Defferrard, Participation, s. 382.

167 Uzel, s. 322-323; Defferrard, Actions Nominatives, s. 144; Martin, s. 111; Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 27.

168 Akın, şirketin gerekçe göstermeksizin onay istemini reddetmesi ve muhatabına herhangi bir yazılı teklifte bulunmaması halinde, bu davranışın şirketin satın alma mekanizmasını kul-

Öte yandan, gerçek değer altında olmadığı müddetçe şirket tarafından belirli bir bedelin önerilmesi herhangi bir sakınca doğurmaz¹⁶⁹. Şirket tarafından, gerçek bedelin altında bir teklif sunulması halinde, önerinin muhatabınca iki yöntem benimsenebilir. Birincisi; öneriyi şirkete yönelmiş bir irade beyanı ile kabul etmeden önce TTK m. 493/f. 5 hükmü uyarınca gerçek değer belirlenmesi için mahkemeye başvurulabilir. Ancak bu halde, mahkemenin şirketin önerisinden daha düşük bedel belirleme ihtimalini göğüslemesi gerekir. İkinci olarak, muhatap, alım önerisinin kanuna aykırı kullanıldığından bahisle, haksız redde dayalı olarak onayın verilmiş sayılması için dava açabilir. Zira, bu son durumda, gerçek değere tekabül etmeyen bir bedelin önerilmesi, onay isteminin haksız reddi ile eşanlamlıdır¹⁷⁰. Ancak, fahiş olmamak kaydı ile, gerçek değer üzerinde bir bedelin önerilmesi herhangi bir sakınca doğurmalıdır. Önerilen bedel fahiş olsa dahi, önerinin muhatabının kabul beyanı ile sözleşme geçerli olarak kurulur. Öte yandan, fahiş bedeli öneren yönetim kurulunun üyelerinin sorumluluğu gündeme gelebilir.

Kanımızca, şirket alım önerisinde vade, ifa sırası, taksitle ödeme gibi ikincil unsurlara yer verememeli; vermiş olsa dahi önerinin muhatabınca önerinin bedel haricindeki bu kısımları reddedilebilmelidir. Zira, payımı dilediği kişiye satma olanağından yoksun kılınmış paysahibinin, payını paraya çevirmek için bir de şirketçe belirlenmiş koşullara uyması beklenemez; bu durum TTK m. 493/f. 7 ile bağdaşmaz (her ne kadar kural sadece AoA için öngörülmüş olsa da). Ancak, elbette, sözleşme serbestisi dahilinde, müzakereler sonucunda taraflarca tüm ikincil unsurlar üzerinde anlaşılabilir.

Öneri daima şirket tarafından yapılır; devreden paysahibinin ya da payları edinen kişinin muhatabı daima şirkettir¹⁷¹. TTK m. 493/f. 1 uyarınca, şirket, devre konu nama yazılı payları, kendi nam ve hesabına veya paysahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önerebilir. Bu itibarla, şirket, paysahipleri veya üçüncü kişiler hesabına alım önerisinde bulunduğu, işlemi dolaylı temsilci sıfatıyla kendi adına yapacaktır¹⁷². Şirket, alım önerisini daima kendi

lanmaya başladığı şeklinde yorumlanması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, bu halde önerinin muhatabı olan malik paysahibi, TTK m. 494/f. 3 uyarınca reddin haksızlığının tespiti ile beraber, mahkemeden gerçek değer tespitini talep edebilir. Tespit talebi kabul edilen malik paysahibi bu şekilde payını şirkete gerçek değer üzerinden satmak imkanına sahip olur (s. 83-84).

169 Akın, s. 81.

170 Trigo Trindade, Art. 685b n. 31.

171 Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 29.

172 Altay, s. 604; Uzel, s. 312.

adına yapmak zorunda olup¹⁷³, bu nedenle önerinin muhatabına payları kimlerin hesabına iktisap edeceğini bildirmekle yükümlü değildir. Bu husus, şirket ile hesabına alım önerisinde bulunulan kişiler arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. TTK m. 493/f. 1’de alım önerisinin “üçüncü kişiler veya pay sahipleri hesabına” yapılacağı belirtildiğine göre, temsilin “dolaylı temsil” olduğu ve temsilcinin temsil olunan bildirmekle yükümlü olmadığı kuralından hareketle, aksi yöndeki görüşe¹⁷⁴ katılmak olanağı yoktur. Öte yandan, şirketin, payların tümüne ilişkin alım önerisini kendisi de dahil tek bir alıcı ya da alıcı grubu hesabına yöneltmek zorunluluğu yoktur. Payların, aynı öneri kapsamında şirket, pay sahipleri veya üçüncü kişilerin hepsi hesabına, belirli oranlarda iktisap edilmesi amaçlanabilir. Bu noktada, eşit işlem ilkesinin ve şirket menfaatinin göz önünde bulundurulması gerektiği tabiidir¹⁷⁵.

Bundan başka, kaçış klozunun kullanılmasının, önerinin muhatabını paylarını devretme yükümlülüğü altına sokmadığının altını çizmek gerekir. Zira, öğretilerde azınlıkta kalan bazı yazarların belirttiklerinin aksine¹⁷⁶ ve yukarıda da belirttiğimiz üzere, yapılan öneri TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümlerinin açık lafzı doğrultusunda TBK m. 3 anlamında öneri (icap) olup¹⁷⁷, şirketin tek taraflı irade beyanı ile satım ilişkisi kurma imkanı yoktur. Öneri, kabul edilebileceği gibi reddedilebilir. Bu itibarla, burada bir alım ya da önalım hakkı öngörüldüğünün kabul edilmesi olanaklı değildir¹⁷⁸. Kaldı ki, susma ile satım ilişkisinin kurulmasına yol açan m. 493/f. 6 hükmü, bu durumu açıkça ortaya koyar¹⁷⁹.

Akın, TTK m. 493/f. 4 bağlamında bir kanuni (özellikli) devrin söz konusu olduğu hallerde, kaçış klozunun bir “alım hakkı” olarak anlaşılması gerektiği; ancak bu şekilde, menfaatler dengesine ve Kanunun esas aldığı “birlik

173 **Altay**, s. 604; **Uzel**, s. 312; **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 106.

174 **Jacquemoud/Auberson**, s.358.

175 **Akın**, s. 93.

176 **Tekinalp**, söz konusu hakkı önalım hakkı olarak ifade etmektedir (Bağlam, s. 48). Ayrıca bkz. **Ercüment Erdem**, “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Teni TTK’nın Çözümleri” XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2012, s. 122.

177 **Uzel**, s. 322-323; **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 144; **Martin**, s. 111; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 27.

178 Alım ve önalım görüşünde **Erdem**, s. 122. Bu görüşte olduğu izlenimini veren **Sevi**, s. 247. Yazar, şirketin payları satın alarak devre onay istemini reddedebileceğini ifade etmektedir.

179 TTK m. 493/f. 6 hükmünün dayanak gösterilmesi bakımından aynı yönde: **Uzel**, s. 323-324.

teorisine” uygun bir çözüme ulaşılabacağı düşüncesindedir¹⁸⁰. Yazara göre, bu türden edinimlerde, bağlı nama yazılı payları edinen kişiye, şirketin önerisini reddetme hakkı tanınmamalıdır. Aksi halde, örneğin payları cebri icrada edinen kişi, TTK m. 494/f. 2 uyarınca payların mülkiyetini ve mülkiyete bağlı hakları derhal kazanacak; yönetsel hakları ise kullanamayacaktır. Oysa ki, Kanunun esas aldığı “birlik teorisinin” amacı bölünmüş paysahipliğini engellemek olup, kanunkoyucunun buna aykırı bir sonucu istememiş olması gerekir. Yazarın son kaygısı ise, TTK m. 494/f. 2 hükmü uyarınca, edinilen paylara ilişkin oy haklarının donmasının değil kullanılmamasının söz konusu olması ve bu oyların yetersayılarda hesaba katılması nedeniyle, şirket genel kurulunca ağırlaştırılmış yetersayılara tabi kararların alınmaması riskinin doğmasıdır.

Yukarıda anılan görüşe katılmak olanağı yoktur. Zira, kanunkoyucu teorilerden beslenmekle beraber, düzenlemelerinde somut menfaat çatışmalarını esas alır. Bu itibarla, sadece TTK m. 494/f. 1’e bakarak, kanunkoyucunun birlik teorisini tüm edinimlerde esas aldığı sonucuna varılamaz. TTK m. 493/f. 1 bağlamında onay isteminin reddi sonucunda mülkiyetin geçmemesi, buna karşın m. 493/f. 4 anlamında kanuni edinimlerin mülkiyetin derhal geçmesine yol açması, kanunkoyucunun menfaatleri uzlaştırma anlayışının bir yansımasıdır. Bu uzlaştırma, açık düzenlemesini TTK m. 494/f. 2 hükmünde bulur. Yukarıda da değindiğimiz üzere, payı kanunen edinen kişinin menfaati ile şirketin yabancılaşmasının engellenmesi noktasındaki menfaat dengelenmiş; payı kanunen edinen kişinin alım önerisini kabul etmemesi, yönetsel hakların geçmeyeceğine ilişkin düzenleme ile açıkça yaptırıma uğratılmıştır. O halde, kanunkoyucunun gözünde, payı kanunen edinen kimsenin mülkiyeti kazanmasına olan menfaatinin, **Akın**’ın öncelikli bulduğu “bölünmüş paysahipliği” yaratılması kaygısından daha baskın olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira, bu şekilde, payı kanunen edinen kimsenin bu payları daha sonra tedavül ettirebilmesi ve dilediği fiyata satarak malvarlığının azalmasının önüne geçmesi mümkün olabilir¹⁸¹.

Öte yandan, **Akın**’ın TTK m. 494/f. 2’de oy haklarının donmasından değil geçmemesinden söz edildiği ve bu nedenle ağırlaştırılmış yetersayılara ulaşılamaması nedeniyle genel kurulun karar alamaz hale geleceği yönündeki kaygısına da katılmak olanağı bulamıyoruz. Zira, anılan düzenleme oy hakkının donup donmayacağı hususunda açıklık içermemektedir. Şayet bu belirsizliğe Kanunun ruhuna uygun bir anlam verilmek istenirse, TTK m. 493/f. 4 ve 494/f. 2 hükümlerinin *contra legem* yorumlanması yerine, **Uzel**’in de işaret ettiği gibi

180 **Akın**, s, 76.

181 Bu yönde **Uzel**, s, 160.

TTK m. 497/f. 3 hükmünde borsaya kote bağlı nama yazılı paylar için öngörülen oysuz pay sahibi düzenlemesinden faydalanılması ve bu hükmün kıyasen uygulanması ile yönetsel hakları edinemeyen malike ait payların yetersayıların hesabında nazara alınmayacağı sonucuna varılması daha yerinde olacaktır¹⁸².

Son olarak, Kanunun alım önerisinin şekli hakkında hiçbir hüküm içermediğine işaret etmek gerekir. Bu itibarla, alım önerisi bakımından şekilsizlik prensibi geçerlidir. Ancak, ispat açısından önerinin yazılı, hatta noter kanalı ile gönderilmesi yerinde olacaktır¹⁸³.

b) İcabın muhatabı

Şirketin onay istemini reddedebilmek için yapacağı alım önerisinin muhatabı daima payın mülkiyetine sahip olan kişidir. Buna göre, TTK m. 493/f. 1 uyarınca iradi devirlerde öneri payını devretmeyi amaçlayan pay sahibine yöneltilir. TTK m. 493/f. 4 hükmünün kapsamında doğrudan ya da kıyasen¹⁸⁴ giren özellikli edinimlerde ise muhatap, payı edinen kişidir. Bunun nedeni, TTK m. 494/f. 2 gereğince, özellikli edinimlerde payın mülkiyetinin şirketin onayına tabi olmaksızın geçmesidir. Anılan hüküm, sadece yönetsel hakların geçişini şirketin onayına tabi kıldığından, alım önerisi payı devretmek hakkına sahip olan yeni malike yapılmak durumundadır.

Öğretide haklı olarak TTK m. 493/f. 5 ve 6 hükümleri eleştirilmiş; gerçek değer tespiti için mahkemeye başvurma hakkı ile önerinin kabulü için öngörülen bir aylık süre bakımından “devralan” terminolojisinin hatalı olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten, anılan düzenlemeler, İsviçre Kanunkoyucusunun yaptığı bir hata sonucunda özellikli edinimler esas alınarak yazılmıştır¹⁸⁵. Söz konusu hükümlerdeki devralan ifadesi ile kastedilen her halde payın maliki olan kişidir¹⁸⁶.

c) İcabın hangi süre içerisinde yapılacağı

Şirketçe devre onay isteminin ve kaçış klozuna başvurulacağının üç ay içinde kararlaştırılması yetmez; aynı süre içerisinde alım önerisinde bulunulduğu yönündeki iradenin payın malikine yöneltilmesi gerekir. Burada varma-

182 Uzel, s. 159-160. Aksi görüş Tekinalp, Bağlam, n.6-29.

183 Jacquemoud/Auberson, s. 358.

184 Bkz. yuk. II, B, 2, 3.

185 Akın, s. 82-83.

186 Akın, s. 83.

sı gereken bir irade beyanı söz konusudur¹⁸⁷. Hak düşürücü nitelikteki bu üç aylık süre, devre onay isteminin şirketçe tebellüğünden itibaren başlar (TTK m. 494/f. 3). Bu süre esas sözleşme ile kısaltılabilir¹⁸⁸.

Şirketin alım önerisini üç aylık sürede payın malikine yöneltmesi zorunlu olması, gerçek değer de bu sürede belirlenmesi zorunluluğunu beraberinde getirmez¹⁸⁹. Üç aylık süre gerçek değer (bedelin) belirlenmesi ile ilişkili görülmemelidir Şirket bu süre zarfında, kendi paylarını iktisap etme imkanı olup olmadığını veya paysahipleri ya da üçüncü kişilerin devre konu nama yazılı payları satın alıp almayacaklarını araştırmalıdır¹⁹⁰.

4. Gerçek Değerin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümleri, önerinin gerçek değer üzerinden yapılması gerektiğini öngörmektedir. Öte yandan, şirketin önerisinde belirli bir bedeli önerme zorunluluğunun olmaması ve gerçek değer daha sonraki süreçte mahkemenin katılımı ile ya da taraflarca belirlenebilmesi, bedelin müzakereye açık olduğunu gösterir¹⁹¹. Buna göre, bedelin, değerlendirme faaliyeti neticesinde bulunabilecek çeşitli tutarlardan¹⁹² yüksek ya da düşük olması ihtimal dahilindedir. Taraflar, bedel üzerinde mutabık kaldıkları sürece bir sorun yoktur. Ancak, bedel üzerinde bir uyuşmazlık doğması halinde, hakimin müdahalesi ile belirlenecek gerçek değer esas alınması kaçınılmaz olacaktır¹⁹³.

187 **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 110; **Martin**, s. 108; **Jacquemoud/Auberson**, s. 358.

188 Ancak bu sürenin olası hazırlık işlemleri düşünülerek iki aydan kısa olarak belirlenmemesi gerektiği yönünde: **Jacquemoud/Auberson**, s. 358.

189 **Uzel**, s. 313; **Defferrard**, Actions Nominatives, s. 110.

190 İcabın içeriğinde işleme ilişkin başkaca unsurlara da yer verilmesi gerektiği; bu bağlamda payların kimin hesabına alındığı, şirketin serbestçe tasarruf edebileceği fonların bulunup bulunmadığı, alım sonrasında payların itfasına karar verilip verilmeyeceği gibi hususların da paysahibine bildirilmesinin zorunlu olduğu; bu hususların alım önerisi bakımından bir geçerlilik şartı oluşturduğu ileri sürülmüştür (**Jacquemoud/Auberson**, s. 352). Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Zira, yukarıda belirttiğimiz üzere TTK m. 493/f. 1 hükmünün alım önerisinde bulunulması bakımından dolaylı temsilin söz konusu olması; diğer hususların ise yetkili organın sorumluluğunda bulunması ve satım ilişkisini ilgilendirmemesi nedeniyle, öneride bu hususlara yer verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmalıdır.

191 **Akın**, s. 94; **Böckli**, §6 n. 221; **Martin**, s. 101.

192 Değerleme faaliyetinin tartışmasız bir gerçek değere ulaşılmasını sağlayamayacağı hususunda aşağıdaki açıklamalarımıza bkz.

193 **Akın**, s. 94; **Martin**, s. 101.

Bir anonim ortaklık payının değerinin belirlenmesi, esasen işletme iktisadının konusudur. Buna rağmen, hukuki bir kavram olan gerçek değer içeriğinin aydınlatılması zorunludur. Öte yandan, değerlemeye hakim olan tüm kural ve ilkelerin bir hukuk çalışmasında ele alınması da olanaklı değildir¹⁹⁴. Bu nedenle, öğretisi ve yargı kararları ışığında gerçek değer kavramının içeriğinin belirlenmesinde kullanılan temel unsurların irdelenmesi ile yetinilmiştir.

b. Gerçek Değer Kavramı ve Tespiti

Gerçek değer, bir hukuki kavram olarak tanıma muhtaçtır. Kanun'un birçok hükmünde¹⁹⁵ payın gerçek değerine yollama yapılmış, ancak gerçek değer tanımlanmamıştır. Gerekçe'ye göre, "*Tasarı "gerçek değer" i tanımlamamayı tercih etmiştir. Tanım öğretisi ile içtihat bırakılmıştır. İsviçre'de ve 6762 sayılı Kanunun 418 inci maddesi sebebiyle Türk doktrininde söz konusu değerle, aktiflerin olası satış değerinin, kapitalizasyon değerinin ve işletme iktisadının kabul ettiği şirketin tüm varlıklarını temel alan diğer değerlerin ifade edildiği savunulmuştur. Bu değer, tasfiye değerinin üstündedir. Çünkü yaşayan bir şirketin değeridir*"¹⁹⁶. TTK m. 492 vd. hükümlerinin kaynağı konumundaki İBK m. 685 vd. düzenlemelerini getiren 4 Ekim 1991 tarihli Kanun'un gerekçesinde de benzer bir yaklaşıma yer verilmiştir¹⁹⁷.

Türk ve İsviçre öğretileri ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, gerçek değer ile kastedilenin iç değer¹⁹⁸ (*valeur interne / innerer Wert*¹⁹⁹ – *valeur intrinsèque*²⁰⁰) olduğu baskın görüştür²⁰¹. İç değer, pay sahibine ilişkin kişisel

194 Bu kapsamın ötesine geçen açıklamalar için bkz. **Hasan Pulaşlı**, "Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence", BATİDER, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 205 vd.; **Akın**, s. 96 vd.; **Joseph Merhai**, "Le processus d'évaluation en droit commercial et en droit fiscal - de la diversité vers la coherence" GesKR 2010, s. 330 vd.; **Frank Gerhard**, "Evaluation d'entreprise - Pertinence pour le conseiller juridique", Aspects pratiques du droit de l'entreprise, s. travaux de la journée d'étude du 3 février 2009, CEDIDAC 2010, s. 31 vd.

195 TTK m. 140, 141, 202, 493, 531, 596, 597, 636, 641.

196 Bkz. TTK m. 493/f 1 gerekçesi.

197 Message (Botschaft), Feuille Fédérale 1983 II 927. Ayrıca bkz. **Martin**, s. 104.

198 **Tekinalp**, Bağlam, s. 6-18; **Uzel**, s. 318; **Akın**, s. 95 vd.

199 ATF 120 II 259 – JdT 1995 I 208 (kararın çevirisi için bkz. **Uzel**, s. 359 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi'nin yayımlanmamış 4C.363/2001 sayılı kararı. Öğreti için bkz. **Böckli**, §6 n. 222; **du Pasquier/Oertle**, Art. 685b n. 13. Diğer yazarlar için bkz. **Merhai**, s. 668, dn. 69; ayrıca bkz. **Akın**, s. 96, dn. 336.

200 **Merhai**, s. 338; **Martin**, s. 104.

201 Aksi görüşte **Gerhard**, s. 51, 54.

ve öznel hiçbir faktörün dikkate alınmadığı; payın değil şirketin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan ve bu suretle objektifleştiği (nesnelleştiği) varsayılan bir değerdir²⁰². Şirketin bütünsel değerinin tespiti sonucunda ulaşılan parasal tutarın toplam pay adedine bölünmesi ile, tek bir payın gerçek (iç) değeri belirlenmiş olur²⁰³. Öğretide ve yargı kararlarında iç değer esas alınması gerektiği hususundaki baskın görüşe rağmen, TTK m. 493 hükmünün kaynağı İBK m. 865b'nin gerekçesinde²⁰⁴, bazı öznel unsurların (alım önerisinin tutarı, önleyici azınlığın söz konusu olup olmadığı hususu da dahil olmak üzere azınlık paylarının hacmi gibi) etkenlerin de göz önünde tutulacağı öngörülmüştür.

Aşağıda irdeleyeceğimiz çeşitli değerlendirme metodları ile getirilen yaklaşımlar bir yana, iç değer belirlenmesi bakımından iki temel dayanak noktasından söz edilebilir. Birincisi, TTK m. 493 hükmünün gerekçesinde belirtildiği gibi, yaşayan işletme değerinin (*going concern value*)²⁰⁵ esas alınmasıdır. İkincisi ise, şirketin net aktifleri ile gelecekteki değerlerinin ekseninde hesaplama yapılmasıdır²⁰⁶. Hesaplama, şirketin net aktiflerine (*valeur de substance / Substanzwert*) gelecekteki gelir projeksiyonuna (*valeur de rendement / Ertragswert*) nazaran giderek daha az önem atfedilmektedir²⁰⁷.

İç (gerçek) değer, paya ve pahasahibine ilişkin tüm kişisel ve öznel faktörler dışarıda bırakılarak –objektifleştirilmiş biçimde– belirlenmesinin en temel sonucu, değerlendirilen payın kontrol payı veya azınlık payı olmasına göre kontrol primi veya azınlık iskontosu (indirimi) uygulanamamasıdır²⁰⁸. Keza, payın bağlı nama olması nedeniyle devredilebilirliğinin kısıtlı olmasına dayanılarak değerinde bir indirimin de yapılamaması gerekir²⁰⁹. Şirketin global değeri üzerinden yapılan aritmetik hesaplama yetinilmelidir.

202 Akın, s. 95; Böckli, §6 n. 224c; Merhai, s. 338.

203 Akın, s. 98; Böckli, §6 n. 224a; Merhai, s. 338; Martin, s. 105.

204 Message (Botschaft), Feuille Fédérale 1983 II 927.

205 Yaşayan işletme-şirket (*going concern*) ilkesi, şirketin öngörülebilir bir gelecekte faaliyetine devam edeceği varsayımına dayanır: Oliver Ambs/Jean-Jacques Wymann, "L'évaluation de petites et moyennes entreprises", TREX 2011 s. 146; Glauser, IFRS, s. 550.

206 Akın, s. 96; Böckli, §6 n. 223 vd.; Trigo Trindade, CO II, m. 685b, n. 28; Martin, s. 105.

207 Akın, s. 96; Martin, s. 105; Defferrard, s. 161 vd.

208 Akın, s. 98-99; Böckli, §6 n. 224c; Böckli, Best Practice, s. 83; Merhai, s. 338, ayrıca dn. 69'da anılan yazarlar; Martin, s. 106. Aksi görüşte Uzel, s. 319; Gerhard, s. 50 vd; Kläy, s.190.

209 Aksi görüşte Uzel, s. 319; Defferrard, s. 165-166; Martin, s. 105. Martin, öznel koşulların hesaba katılmayacağını belirtmesine rağmen, payların devrinin esas sözleşmeyle sınırlanması nedeniyle tedavül imkanının kısıtlı olmasını, payın değerini düşüren ve değerlemede hesaba katılması gereken bir olgu olarak kabul etmekte; önceki tespitleri ile çelişkiye düşmektedir. Ay-

Öğretide, kontrol primi ya da azınlık iskontosu yapılamamasının gerekçesi olarak eşit işlem ilkesi gösterilmekte; bu türden uygulamaların aynı koşuldaki pay sahiplerine farklı muamele edilmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir²¹⁰. Oysa ki, pay oranına dayanan değer farklılaşmalarının alım önerisinin kullanılamamasının nedeni, gerçek (iç) değerın esas alınacağıın kanunkoyucu tarafından öngörülmesidir. İşletme iktisadının ortaya koyduğu bu ilke, iç değer bakımından teknik bir mesele olup, bizim de katıldığımız görüşe göre eşit işlem ilkesi ile ilgili değildir²¹¹. Zira, söz konusu prim ya da iskontolar, payın nispi (dışsal) değeri hesaplanırken dikkate alınır. Nispi değer piyasa değerine (*Drittebedingungen – at arms length*) işaret eder; bu da paylara ve pay sahibine ilişkin olup, değerlemeye yabancı tüm dışsal faktörlerin –örneğin azınlık olup olmadığının- dikkate alınmasını gerektirir²¹². TTK m. 379 vd. (İBK m. 659 vd.) uyarınca şirketin kendi paylarını iktisabında gerçek değer kavramının kullanılmaması, nispi değerin esas alınabileceği şeklinde yorumlanmaktadır²¹³. Oysa, kaçış klozunun uygulanması söz konusu olduğunda, pay sahibinin tam olarak tazmin edilmesi esası benimsenmeli²¹⁴ ve azınlık iskontosu yapılarak önerinin muhatabı olan payın malikine daha az bir ödeme yapılmasına imkan verilmemelidir²¹⁵.

Gerçek değerin belirlenmesinde tasfiye değerinin esas alınıp alınmayacağı sorunu üzerinde de durulmalıdır. Tasfiye değeri, gerçek değerin belirlenmesi bakımından bir alt sınır teşkil etmediği gibi; mutlak surette esas alınmayacağı da söylenemez²¹⁶. Örneğin, şirketin hiç karlı olmaması ya da değerlendirme kaygıları ile karlılığın düşük tutulması (hakkın kötüye kullanılması) hallerinde tasfiye değeri de esas alınabilir²¹⁷. Keza, faaliyetin kesintiye uğramış olması halinde de tasfiye değerinin, gerçek değerin belirlenmesi açısından doğru sonuç verdiği kabul edilmektedir²¹⁸.

rıca, yazar bu hususta *Trigo Trindade*'a da yollama yapmaktadır (CO II, Art. 685b n. 30). Anılan yazarın, söz konusu paragrafta bu şekilde bir değerlendirmesi bulunmadığını belirtmek gerekir.

210 **Akm**, s. 99 ve dn. 348'de anılan yazarlar.

211 **Merhai**, s. 338.

212 **Merhai**, s. 338-339.

213 **Merhai**, s. 339.

214 Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yayımlanmamış **4C.363/2000** sayılı kararı, gerekçe 3b.

215 **Jacquemoud/Auberson**, s. 365, 366.

216 ATF 120 II 259 – JdT 1995 I 208; **Uzel**, s. 320; **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30.

217 **Uzel**, s. 320; **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30.

218 **Merhai**, s. 338.

Gerçek değerin tespiti için yaşayan işletme değerinin (*going concern value*) esas alınması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Yaşayan işletme değerinin tespiti bakımından ise işletme bilimi birçok yöntem geliştirmiştir. Bu yöntemlerden bazıları, şirketlerin net malvarlığı (aktif)²¹⁹ değerlerinden çok²²⁰ şirketin gelecekteki gelirlerini (nakit akımlarını) esas alır²²¹. Nitekim, uygulamada en çok başvurulan yöntem, şirketin gelecekteki nakit akışlarının belirli oranlar dahilinde iskonto edilmesi esasına dayanan indirgenmiş nakit akışı (*discounted cash flow*) (gelir yaklaşımı) yöntemidir²²². Gelir yaklaşımının, iç değer hesaplanması bakımından en elverişli görülen yöntem olduğu genellikle kabul edilir²²³. Bunun gibi, benzer işlemlerin örneksenmesi ya da benzer şirketlerin değerlendirme sonuçlarının örnek alınmasına dayanan ve piyasa yaklaşımı değerlemesi ya da nispi değerlendirme olarak adlandırılan yöntemler de söz konusudur²²⁴.

Gerçek değerin hesaplanmasında değerlendirme yönteminin seçimi, amaçlanan işleme ve somut şirketin özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir²²⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre; seçilen yöntem icra edilebilir, güvenilir ve kabul görmüşse; benzer durumlarda yaygın uygulama alanı kazanmışsa; temellendirilebiliyor ya da en azından diğer metodlara göre daha iyi temellendirilebiliyorsa; sık uygulanmak suretiyle kendini kanıtlamışsa ve nihayet somut olayın özelliklerine uygunsa, şirket değerlemesinde esas alınabilir²²⁶. Öğretide de aynı esaslar benimsenmektedir²²⁷.

219 Kavram için bkz. **Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, s. 164.

220 Şirketin değerine etki etmekle beraber bilançoya geçirilemeyen *goodwill* gibi kalemler de vardır: **Çelik**, s. 79-80; **Martin** s. 103.

221 **Akın**, s. 98; **Trigo-Trindade**, Commentaire LFus, s. 119; **Trigo Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30; **Martin**, s. 104.

222 **Pulaşlı**, Değerleme, s. 210; **Merhai**, s. 334 vd.; **Ambs/Wymann**, s. 146-147; **Martin**, s. 104; ATF (BGE) 136 III 209, gerekçe 6.2 - JdT 2011 II 281

223 Tasfiye değerini elverişli kılan faaliyetin kesintiye uğramış olması ihtimali haricinde bu görüşte **Merhai**, s. 338; aynı yönde **Akın**, s. 96, dn. 338.

224 **Merhai**, s. 331; **Gerhard**, s. 31, 42-43. Türk uygulamasında örnek olarak Galatasaray Sportif A.Ş. – Galatasaray Futbol A.Ş. birleşme duyurusuna bakılabilir: (çevrim içi) http://www.galatasaray.org/sportif/yatirimci_iliskileri/pages/sirketbirlesme.php

225 **Uzel**, s. 319. **Merhai**, s. 338; **Gerhard**, s. 44.

226 ATF 4C. 363/2000, gerekçe 3b.

227 **Tekinalp**, Bağlam, s. 4950; **Uzel**, s. 318 vd.; **Martin**, s. 100; **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30. Ayrıca bkz. ATF 120 II 259'da (JdT 1995 I 208) anılan yazarlar. Bu yazarlara ayrıca yollama yapan: **Tekinalp**, Bağlam, s. 49.

Değerleme yöntemlerinin çokluğu, üstelik bunların gelecekteki tahmini nakit akışları gibi tartışmaya açık bazı unsurlara yer vermeleri, çok sayıda değişikene bağlı ve adeta tesadüfi nitelikte olmaları, hatta aynı değerlendirme yönteminin farklı değerlendirme uzmanlarının elinde farklı sonuçlar ortaya çıkarabilmesi, ele alınan şirketin değeri konusunda kesin ve tartışmasız bir meblağın ortaya çıkmasını engeller²²⁸. Gerçekten, iç değer, bilimsel bir niceliği ifade etmez²²⁹. Bu durum tespit edilen gerçek değer bir olgu olarak kabul edilemeyeceğini; işletme iktisadı açısından evrensel ve özcü (*essentialiste*) bir gerçek değer yaklaşımının yerinde olmadığını ve objektifleşmiş iç değeri bulma arayışının bir yanılsamadan ibaret olduğunu gösterir²³⁰. Hukuki kavramın içeriği belirlenirken ve özellikle mahkemece gerçekleştirilecek değerlemelerde bu olgu gözden uzak tutulmamalıdır. Değerlemenin net ve kesin bir değer değil, bir değerler yelpazesi ya da değer aralığı ortaya çıkardığı²³¹ göz ardı edilmeden sonuca varılmalıdır.

Gerçek değer belirlenmesinde kullanılan yöntemlerin çokluğu ve varılan sonuçların değişkenlik göstermesi, fiiliyatta objektif olarak “doğru” kabul edilebilecek bir gerçek değer ortaya çıkmasını engeller. Bu nedenle, tarafların, çeşitli değerlendirme yöntemleri çerçevesinde ulaşılabilecek değerler aralığına (yelpazesine) nazaran adil bir değer (*fair value*) üzerinde anlaşabileceklerini²³²; şirketin de böyle bir değeri en başta alım önerisinde karşı tarafa bildirebileceğini kabul etmek gerekir.

Gerçekten, şirketin kendi paylarını TTK m. 379 çerçevesinde iktisap etmesi aşamasında, kanunkoyucunun yönetim kurulunu gerçek değer üzerinden alım yapmaya mecbur tutmadığı açıktır. Bu halde, payın satış bedelinin piyasa değerine (*valeur vénale – fair market value*) göre belirlenebileceği kabul edilmektedir²³³. Piyasa değeri, ilgili şirketin paylarının normal koşullarda, bilgilendirilmiş ve ilgili üçüncü kişiler arasında cereyan eden bir satımda esas alınabilecek olan bedeli ifade eder²³⁴. O halde, kaçış klozu kullanıldığında, ihtimallerden birisi devre konu payların şirketçe iktisap edilmesi olduğuna

228 **Amb/Wymann**, s. 145; **Merhai**, s. 331.

229 **Böckli**, Best Practice, s. 81.

230 **Merhai**, s. 331.

231 **Trigo Traindade**, LFus, Art. 7, n. 82.

232 **Böckli**, Best Practice, s. 81.

233 **Böckli**, Best Practice, s. 81; **Merhai**, s. 339. **Böckli**, piyasa değerinin iç değere göre, **Merhai** ise nispi değere göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

234 **Böckli**, Best Practice, s. 81.

göre, yönetim kurulunun piyasa değerini esas alan bir öneride bulunması olanaklı görülmeli midir? Kanımızca bu soru olumlu yanıtlanmalıdır. Zira, kaçış klozu kullanıldığında şirketin iç (gerçek) değerden azını teklif edememesi, onay istemi reddedilen (devreden ya da payları kanunen edinen) paysahibini düşük fiyat içeren önerilere karşı korumak ve reddedilmesi muhakkak bir alım önerisi ile devre konu paylara ilişkin onay isteminin masrafsızca reddedilebilmesinin önüne geçmektir. Bu nedenledir ki, kanunkoyucu önerinin gerçek değer üzerinden yapılmasını öngörmüş; gerçek değer üzerinde uzlaşmamadığı ihtimalde ise TTK m. 493/f. 5 bu değer mahkemece belirlenmesini uygun görmüştür. Ancak, gerçek değere TTK m. 493 hükmünde yapılan yollamalar, gerçek değer, yönetim kurulunca teklif edilecek ya da taraflarca pazarlık usulü ile belirlenebilecek bir azami değer teşkil ettiğini kabul etmek için yeterli gerekçe oluşturmaz. Gerçek değer, onay isteminde bulunan kişiye kaçış klotunun geçerli olarak kullanılabilmesi için teklif edilebilecek ve her halde TTK m. 493/f. 5 uyarınca mahkeme kararında belirlenebilecek en düşük değeri ifade eder. Piyasa değerinin önerilmesi, gerçek değere eşit ya da bu tutarın civarında olduğu ölçüde, şirketin devre konu payları samimi alım gayretinin başarısını da tayin edecektir.²³⁵

Aynı gerekçelerle, şirketin üçüncü kişi tarafından devreden paysahibine yapılan *iyiniyetli* fiyat teklifinin²³⁶ esas alınmasında da bir sakınca yoktur.²³⁷ Hatta, uyumsuzluk halinde mahkemeye başvurulduğunda, değerlendirme yapılması amacıyla atanan bilirkişinin de bu tutardan hareket etmesi, bu tutarın savunulabilir ve güvenilir olup olmadığını değerlendirmesi yerinde olur.²³⁸ Zira, kaçış klozu, paylarını devreden paysahibini cezalandırma aracı olarak düşünülmemelidir.²³⁹ Bu itibarla, şirketin üçüncü kişinin teklif ettiği bedel üzerinden alım önerisinde bulunmasında da bir sakınca görülmemelidir. Zira, bu bedelin fahiş olması ihtimalinde, hemen aşağıda da irdelediğimiz üzere yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Önerinin muhata-

235 **Böckli**, Best Practice, s. 81. İç değer, piyasa değerinden çoğunlukla düşük olacağına işaret eden: **Jacquemoud/Auberson**, s. 365.

236 Anglosakson kaynaklı, yabancı yatırımcıların pay devir işlemlerinde sıklıkla kullanılan ve *bona fide offer* olarak adlandırılan, üçüncü kişinin gerçek bir alıcı olarak paylara tabi olmasını ifade eden terimdir. Burada üçüncü kişinin bağlayıcı bir satın alma önerisinde bulunması söz konusudur: **Jacquemoud/Auberson**, s. 367.

237 **Akın**, s. 95.

238 **Jacquemoud/Auberson**, s. 365.

239 **Jacquemoud/Auberson**, s. 364.

bı pay sahibinin ise, üçüncü kişinin teklifinin gerçek değer altında olduğunu ileri sürmesi olanaklı görülmemelidir. Zira, pay sahibi payını bu bedelde devretmeye niyetlenerek şirketten onay isteminde bulunmuştur. Söz konusu bedelden devre razı olan pay sahibinin, önerinin gerçek değer üzerinden yapılmadığını ileri sürerek, gerçek değer tespiti mahkemeden istemesi veya red kararının haksız olması sebebine dayanarak onayın verilmiş sayıldığına tespiti (m. 494/f. 3) ile devralanın pay defterine yazımını dava etmesi açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

Ancak, üçüncü kişinin satın alma önerisinin gerçeği yansıtmaması veya bedelin salt devreden pay sahibinin şirket ile yapacağı pazarlıkta kullanılmak için yüksek bir tutarda belirlenmiş olması mümkündür²⁴⁰. İster üçüncü kişinin teklifi ekseninde, ister tarafların arasında cereyan eden bir müzakere sürecinde belirlenmiş olsun, şirket hiçbir zaman gerçek değer olarak kabul edilebilecek değerler yelpazesine ya da piyasa değerine nazaran fahiş bir bedel ödemeye razı gelmemelidir. Aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğabilecektir. Her halükarda, yönetim kurulu, payların şirketin hesabına satın alınması gündeme geldiğinde, TTK m. 379/f. 3'te öngörülen serbest yedek akçelerden ödeme koşulu ile bağlı olacaktır²⁴¹. Bu nedenle, yönetim kurulunca önerilecek ya da kabul edilecek fiyatın, anılan hükmün elverdiği sınır dahilinde belirleneceği açıktır. Aksi durum, sermayenin korunması ilkesine –bu arada sermayenin iadesi yasağına- aykırılık teşkil eder.

c. Bedelin Müzakere Yoluyla Belirlenmesi

Şirket, alım önerisinde bulunduğu, muhatabına yapacağı bildirimde gerçek değeri sabit bir tutar olarak göstermek zorunda değildir. Bu itibarla, alım önerisinde bulunulması sonrasında, iradi devirlerde devreden pay sahibi, kanuni (özellikli) edinimlerde payları edinen kişi ile şirketin serbestçe müzakere yapması olanaklıdır²⁴². Gerçekten, sözleşmenin kurulmasından önce çoğunlukla sözleşme görüşmeleri (müzakere) yapılır. Bu görüşmeler, taraflardan her birisine hangi koşullarda sözleşme yapmak istediklerine karar verme imkanı sağlar²⁴³. Sözleşme görüşmeleri, icabın yapılması, ancak

240 Akın, s. 95.

241 Bkz. aşa. II, C, 3.

242 Akın, s. 94; Böckli, s§6 n. 221. Karş. Trigo-Trindade, CO II, m. 685b, n. 30; Jacquemoud/Auberson, s. 358.

243 Ariane Morin, Commentaire Romand, Code des Obligations I (Thévenoz/Werro – Editeurs) Bâle 2012, Art. 1, n. 120.

muhatabın bunu bir tartışma temeli olarak kabul etmesiyle başlayabilir²⁴⁴. Bunun gibi, icap ve kabul aşamasından önce de görüşmelere başlanması olanaklıdır²⁴⁵.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, şirket tutar belirtmeksizin payları gerçek değerden satın almaya talip olduğunu bildirerek onay istemini reddettiğinde, geriye dönülemez bir öneride (icapta) bulunmuş olur. Önerinin muhatabı olan malik öneriyi reddetmezse, tarafların önünde iki seçenek vardır. Birinci seçenek, taraflardan birisinin mahkemeye başvurarak gerçek değer tespiti istemesidir. Bu şekilde belirlenen gerçek değer, muhatap paysahibi tarafından daha önce açıkça veya güven teorisine göre örtülü olarak²⁴⁶ reddedilmediği müddetçe, TTK m. 493/f. 6'daki bir aylık sürenin bitimi ile satım ilişkisinin bedel unsurunu oluşturur. İkinci seçenek ise, alım önerisinin payın malikine ulaşmasından sonra taraflarca müzakere aşamasına geçilmesidir. Bu aşamada şirketin açıkça bir bedel teklif etmesi ve malikin kabulü sonucunda sözleşme kurulabilir.

Öte yandan, **Akın**'ın TTK m. 493/f. 6'daki bir aylık sürenin taraflar arasında süren pazarlıklar açısından azami süre olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşüne katılmak olanağı yoktur. Zira söz konusu pazarlıklar şirketin, bedeli belirli bir tutar olarak belirtmeksizin, sadece payları gerçek değerden almayı önermesi ile başlamış olabilir. Bedel unsurunun belirlenmesi bakımından pazarlığın uzun sürdüğünü ya da sonuçsuz kalacağını düşünen tarafın, her zaman TTK m. 493/f 5 hükmü uyarınca mahkemeye başvurma hakkı vardır. O halde, belirsizliğin ilânihaye sürmesi söz konusu olmayacağından, müzakerelerin bir aylık süre ile kısıtlanmasını gerektiren hiçbir haklı gerekçe bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

Devre konu bağlı nama yazılı payların bedeli şirket ve muhatabı arasında müzakere edilebileceğine göre, tarafların bu süreçte kendi aralarında bir takım bağlayıcı olan ya da olmayan değer tespit çalışmaları yapmaları olanaklıdır. Bu kapsamda, ortaklaşa bir değerlendirme uzmanı görevlendirebilecekleri gibi²⁴⁷; alım önerisinin muhatabına varması sonrasında, müzakereler esnasında bir

244 **Morin**, Art. 1, n. 120.

245 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 167; **Morin**, Art. 1, n. 120.

246 Şekle bağlanmamış olması nedeniyle, kabul beyanının yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olabileceğine işaret eden **Uzel**, s. 327.

247 Bu halde, tarafların belirlediği değerlendirme uzmanınca yapılan tespit sadece bir müzakere aracı niteliğindedir; TTK m. 493/f. 6'daki bir aylık süreyi başlatmaz; **Jacquemoud/Auberson**, s. 359.

hakem-bilirkişi üzerinde anlaşarak ya da tahkime başvurarak gerçek değer belirlenmesi yoluna gidebilirler²⁴⁸.

Sonuç olarak, kaçış klotuna başvurulması sonrasında şirket ile paysahibi arasında kurulabilecek satım ilişkisi bakımından tarafların sözleşme özgürlüğünden faydalandıklarını vurgulamak gerekir. Şirketin kaçış klotunu geçerli olarak işletebilmesi için payları gerçek değerinden almayı önermesi gerekir. Ancak, bu durum, tarafların satış bedelini müzakere edemeyecekleri anlamına gelmez. Müzakere imkanı, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Öyle ki, paysahibi müzakereler esnasında kendisine önerilen satış bedeli gerçek değerden düşük olsa bile öneriyi kabul ederek satım ilişkisini kurabilir. Aynı şekilde, müzakereler esnasında gerçek değer üzerinde bir bedel üzerinde anlaşılması da mümkündür. Her iki halde de sözleşme geçerli biçimde kurulur. Elbette taraflardan herhangi birisi, müzakere esnasında üzerinde tartışılan tutarlardan tatmin olmayıp mahkemeye başvurarak, satım sözleşmesinin bedel unsuru yerine geçecek gerçek değer tespiti talep edebilir.

d. Gerçek Değerin Esas Sözleşmede Belirlenmesi

Esas sözleşmede gerçek değer, bu bağlamda şirketin yönelteceği alım önerisinin bedel unsurunun belirlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi genellikle kabul edilmektedir. Bu kapsamda, esas sözleşmede gerçek değer tespitine imkan veren bir değerlendirme metodu ya da formül öngörülebilir²⁴⁹. Ancak, öğretilerde gerçek değer dışında -bu değer altında ya da üstünde- bir değer esas alınabileceğine yönelik esas sözleşme düzenlemelerinin TTK m. 493/f. 7 uyarınca geçersiz olduğu genellikle kabul edilmektedir²⁵⁰.

Bu türden bir geçersizlik görüşü bakımından ihtiyatlı olunmalıdır. Alım önerisinde teklif olunacak bedeli açıkça gerçek değer altında belirleyen esas sözleşme düzenlemelerinin, TTK m. 493/f. 7 uyarınca devir sınırlamalarını ağırlaştırdığına ve geçersiz olacağına kuşku yoktur. Öte yandan, şirket ile muhatabı paysahibi arasında fiyatın serbestçe müzakere edilebileceği ve TTK m. 493'ün gerçek değere yaptığı yollamanın devirde benimsenecek bedelin üst sınırını teşkil etmediği kabul edildiğinde²⁵¹, üçüncü kişinin devreden paysahibine teklif ettiği bedelin ya da (örneğin kontrol primi nedeniyle) gerçek değer-

248 **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30.

249 **Altay**, s. 614; **Uzel**, s. 319; **Defferrard**, s. 167-168; **Martin**, s. 107.

250 **Altay**, s. 614; **Uzel**, s. 319; **Defferrard**, s. 167.

251 Aksi görüşte: **Defferrard**, s. 168.

den daha yüksek çıkması olanaklı bulunan piyasa değerinin esas sözleşmede öngörülmesinde herhangi bir sakınca görmemek gerekir²⁵². Kaldı ki, üçüncü kişinin teklif ettiği bedel ya da piyasa değeri, somut olayda gerçek değerden düşük çıkabilir²⁵³. Ancak bu durumda, esas sözleşme düzenlemesinin geçersizliğinden değil somut olayda uygulanamamasından, diğer bir anlatımla şirket tarafından kaçış klozunda esas alınamamasından söz edilebilir. Esas sözleşmedeki düzenlemeye göre gerçek değer altında alım önerisine muhatap olan devreden pay sahibi, dilerse onayın haksız reddi sebebiyle onayın verilmiş sayılmasına karar verilmesini, dilerse TTK m. 493/f 5 uyarınca gerçek değer belirlenmesi için mahkemeye başvurma hakkını kullanabilecektir.

e. Gerçek Değerin Dava Yoluyla Belirlenmesi

Tarafların gerçek değer üzerinde uzlaşamamaları halinde, TTK m. 493/f. 5 uyarınca gerçek değer mahkemece belirlenmesi yoluna gidilir. Söz konusu hükmün başarısız bir şekilde kaleme alındığını belirtmek gerekir. Zira, anılan hüküm, kanuni edinim hallerinde alım önerisinde bulunulmasına bağlı olarak, payı edinen kişinin (devralanın) mahkemeye yapacağı başvuruyu düzenler görünmektedir. Ancak, öğretide oybirliği ile kabul edildiği üzere, bu durum İsviçre kanunkoyucusunun hatasından kaynaklanmakta olup, iradi devirlerde devreden pay sahibi de pekâlâ bu davayı açabilir²⁵⁴. Hatta, şirketin dahi bu davayı ikame etmesi bulunabilmesi olanaklıdır²⁵⁵. Dava, tespit davası niteliğindedir²⁵⁶.

Esas sözleşmede mahkeme yerine tahkim ya da hakem-bilirkişi şartının öngörülüp öngörülemeyeceği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre²⁵⁷, tahkim şartı yalnızca ilk pay sahipleri (kurucular) arasında imza edilen esas sözleşmeye konulabilmeli ve TTK m. 493/f 1 bağlamında devreden kurucu pay sahibine karşı ileri sürülebilir. Keza, daha sonradan oybirliği ile böyle bir hükmün esas sözleşmeye eklenmesi halinde de aynı sonuca varılmalıdır. Bu arada, esas sözleşmede tahkim masraflarının şirketçe karşılanması gerektiği de mutlaka öngörülmelidir. Aksi halde, değerlendirme masraflarını

252 Aksi görüşte: **Deferrard**, s. 168.

253 Piyasa değeri bakımından bu durumu neredeyse genelleştiren: **Merhai**, s. 338.

254 **Uzel**, s. 325-326 ve orada anılan yazarlar; **Akın**, s. 82; **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 30.

255 **Uzel**, s. 326.

256 **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 45.

257 Bu yönde ve detaylı gerekçeler sunan: **Akın**, s. 103 vd.

şirketin üzerinde bırakan TTK m. 493/f. 5 hükmünden ayrılmış ve TTK m. 493/f. 7'ye aykırı olarak devir sınırlamaları ağırlaştırılmış olur.

TTK m. 493/f. 5 uyarınca gerçek değer belirlenmesi için mahkemeye başvurulduğunda, mahkeme karar tarihine en yakın değeri esas alır²⁵⁸. Söz konusu düzenleme, kaynak İBK m. 685b/f. 5 hükmüne göre farklılık arz etmekte²⁵⁹ ve gerçek değer, devre onay isteminde bulunulan tarih itibariyle belirlenmesini öngören m. 493/f. 1 hükmü ile çelişki yaratmaktadır²⁶⁰. **Altay**, bu çelişkinin, değer mahkemece belirlendiği hallerde, hükmün birinci fıkrası uyarınca onay istemi tarihinin esas alınması ile giderilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁶¹. **Uzel** ve **Akın** ise hükmü eleştirmekle birlikte açık hükmün uygulanması taraftarıdır²⁶². Kanımızca, hükmün açık lafzı karşısında, uzun süren yargılamaya bağlı olarak şirket değerinin düşmesine dayalı olumsuzlukların yaşanabileceğine ve hükmün süratle değiştirilmesi gerektiğine işaret etmekle beraber²⁶³, hükmü en yakın tarihteki değer esas alınması zorunlu olduğu sonucuna varılmalıdır.

C. Önerinin Reddine veya Kabulüne Bağlı Sonuçlar

1. Alım Önerisinin Reddi ve Sonuçları

TTK m. 493/f. 6 uyarınca, iradi devirlerde devreden pay sahibi, hukuki (özellikli) edinimlerde ise payları edinen kişi, gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir ay içinde fiyatı reddetmezse, şirketin önerisini kabul etmiş sayılır²⁶⁴. Anılan bir aylık süre, şirketçe yapılan alım önerisinde belirli bir tutarın telaffuz edilmesiyle başlamaz. Zira bu aşamada henüz gerçek değeri öğrenilmesinden söz edilemez²⁶⁵. Bir aylık süre, gerçek değeri mahkeme, hakem

258 *Uzel*'e göre, hakemlerin de aynı esası benimsemesi zorunludur (s. 321).

259 İBK'nın anılan hükmünde, mahkemenin değerleme esas alacağı tarih belirtilmemiştir. Bu nedenle f. 1 uyarınca istemin yapıldığı tarihteki değeri esas alınması söz konusudur. Bkz. **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 44 vd.

260 Bu hususlara dikkat çeken **Uzel**, s. 320.

261 **Altay**, s. 613-614.

262 **Uzel**, s. 321; **Akın**, s. 99 vd.

263 Aynı kaygıları paylaşan **Uzel**, s. 321. Yazar ayrıca, hükmün m. 493/f. 1 hükmü ile uyumlu olacak şekilde değiştirilmesini haklı olarak önermektedir (s. 322). Aynı yönde: **Akın**, s. 102.

264 Gerekçede de belirtildiği üzere, burada bir varsayım (fazaiye) söz konusudur; aksinin ispat edilmesi olanaklı değildir.

265 **Uzel**, s. 327.

veya hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesinden itibaren başlar. Kararın kesinleşmiş olması şarttır²⁶⁶.

Alım önerisinin muhatap paysahibi tarafından alım önerisinin kendisine ulaşmasından sonra derhal ya da yukarıda anılan bir aylık süre içinde reddedilmesi halinde, iradi devirler ile kanuni edinimler bakımından farklı sonuçlar benimsenmiştir. TTK m. 494/f. 1 uyarınca, iradi edinimlerde önerinin reddi, payın mülkiyeti ve paya bağlı hakların devreden paysahibinde kalmasına yol açar. Kanunkoyucu burada açıkça birlik teorisini benimsemiştir²⁶⁷.

TTK m. 493/f. 4 anlamında kanuni edinim hallerinde ise, kanunkoyucunun birlik teorisini benimsediğinden söz edilemez. TTK m. 494/f. 2 uyarınca, alım önerisinin açıkça ya da susma ile reddi halinde, mülkiyet ve malvarlığına bağlı haklar derhal edinen kişiye geçer. Ancak bu kişi, genel kurula katılma ve oy haklarını kullanamaz. Bu itibarla; kar payı, kuruluş dönemi faizi, bedelsiz payları edinme, tasfiye payına katılma ve tesislerden yararlanma hakları, mülkiyetle beraber payları edinene geçer²⁶⁸. Geçmeyen ve hukuken kimse kullanılamayan haklar ise, sadece genel kurula katılma ve oy hakkından ibaret değildir; iptal davası açma hakkı, kurul kararları açısından butlanın tespitini talep hakkı, özel denetim talep etme hakkı gibi, oy ve bilgi alma hakları ile bağlantılı tüm haklar bu kapsamdadır. Kanımızca en akılcı çözüm, payları edinen kişinin pay defterine oysuz paysahibi olarak kaydedilmesi²⁶⁹ ve borsa-ya kote nama yazılı paylara ilişkin TTK m. 497/f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle oy haklarının donacağıın kabul edilmesidir²⁷⁰.

2. Önerinin Kabulü ve Satım İlişkisinin Kurulması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m. 493/f. 6 uyarınca, iradi devirlerde devreden paysahibi, hukuki edinimlerde ise payları edinen kişi, gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir ay içinde fiyatı reddetmezse, şirketin önerisini kabul etmiş sayılır. Bir aylık süren, gerçek değer mahkeme, hakem veya hakem bilirkişi tarafından kesin olarak belirlendiği hallerde işlemeye başlar. Gerçek değer öğrenilmesinden itibaren bir ay içerisinde muhatapça ya açıkça önerinin reddi yoluna gidilmelidir. Aksi halde, tespit edilen gerçek

²⁶⁶ Uzel, s. 327; Jacquemoud/Auberson, s. 359.

²⁶⁷ Tekinalp, Bağlam, s. 40; Akın, s.112 vd.; Trigo-Trindade, CO II, Art. 685b, n. 45.

²⁶⁸ Tekinalp, Bağlam, s. 53.

²⁶⁹ Trigo Trindade, CO II, Art. 685c, n. 14; Uzel, s. 159.

²⁷⁰ Jacquemoud/Auberson, s. 349-350. Aksi görüşte: Tekinalp, Bağlam, s. 53; Akın, s. 125.

değere hususunda sessiz kalan muhatap, alım önerisini kabul etmiş ve satım ilişkisi bu bedel üzerinden kurulmuş sayılır.

Şirketçe yapılan alım önerisinin muhatapça kabulü veya muhatapın gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir aylık süreyi geçirmesi ile birlikte, ortaklık ve muhatapı arasında, öneriye konu paylar açısından bir satım ilişkisi kurulur²⁷¹. TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümleri bağlamında, şirket kendi hesabına veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına alım önerisinde bulunduğu, borçlandırıcı işlem daima ortaklık ile payın maliki arasında kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin şirketçe pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına akdedilmesi halinde, dolaylı temsil hükümleri gereği, şirketçe edinilen payların temsil olunanlara devri gerekecektir.

Sözleşmenin kurulması ile ortaklık payın üzerinde anlaşılan ya da mahkemece belirlenen gerçek değerini, bedel olarak ödemeyi yükümlenir. Öneriyi kabul eden muhatap ise, payın mülkiyetini geçirme borcu altına girer. Bu durum, yukarıda da değindiğimiz gibi, kaçış klozunun kullanılmasının BK anlamında öneri (icap) niteliğini taşımasının bir sonucudur. Satım ilişkisinin kurulmasına bağlı olarak, borçların ifası yönünden satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir²⁷². Bu itibarla, şirket tarafından bedelin ödenmesi veya muhatap satıcı tarafından payın mülkiyetinin geçirilmemesi, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasına yol açar. Bu itibarla, Gerekçe'de, devrin önlenemesinin, gerçek değer üzerinden belirlenen bedelin ödenmesine bağlı olduğu yönündeki ifade hatalı olduğunun altını çizmek gerekir²⁷³.

3. Şirketin Kendi Paylarını İktisabına Özgü Sorunlar

TTK m. 493/f. 1 uyarınca şirket, devre konu bağlı nama yazılı payları kendi nam ve hesabına ya da pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına almayı önerebilir. Önerinin şirketin kendi nam ve hesabına yapılmış olması ve muhatapça kabul edilmesi halinde, devre konu payların şirket tarafından iktisap edilmesi gündeme gelecektir. Anılan diğer kişiler hesabına hareket edilmesi halinde ise, şirketin iktisabı geçicidir. Satımın konusu olan ve şirketçe iktisap edilen payların, dolaylı temsil gereği, temsil olunan söz konusu kişilere devredilmesi söz konusu olacaktır.

Şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen TTK m. 379 vd. hüküm-

²⁷¹ Uzel, s. 327.

²⁷² Trigo-Trindade, CO II, m. 685b, n. 29.

²⁷³ Bkz. m. 493/f. 1 gerekçesi. Bu hususa dikkat çeken Uzel, s. 327, dn. 64.

lerinin, şirketin alım önerisinin, önerinin muhatabınca kabul edilmesi ve şirketin kendi paylarını edinmesi halinde uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. TTK m. 493/f. 1 hükmünün gerekçesinde, alım önerisini düzenleyen bu hükmün, TTK m. 379 vd. hükümlerinin istisnası olduğu; bu itibarla, şirketin kendi paylarını edinmesi bakımından söz konusu düzenlemelerde aranan koşulların, kaçış klozuna başvurulduğu hallerde uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca, söz konusu edinimin, TTK m. 381. madde çerçevesinde yakın ve ciddi kayıptan kaçınmak amacıyla gerçekleştirilmiş sayılabileceği de belirtilmiştir. Öğretide ise konu tartışmalıdır. Tartışmanın özellikle, şirketin kendi payını iktisabını sınırlayan TTK m. 379/f. 1 ile serbest yedeklerden ödeme kuralı getiren TTK m. 379/f. 3 hükümleridir. Aşağıda bu tartışmalara ve çözüm önerilerimize değinilmiştir²⁷⁴.

Tekinalp²⁷⁵ ve **Altay**²⁷⁶, TTK m. 379 vd. hükümlerinde öngörülen koşulların hiçbirisinin istisnai nitelikteki alım önerisinin kabulüne bağlı edinimlerde uygulanmayacağı görüşündedirler. **Kendigelen**'e göre, TTK m. 379/f. 1'de yer alan %10'luk iktisap sınırının uygulanmayacağı düşünülse dahi, pay bedelinin serbest yedeklerden karşılanmasına ilişkin TTK m. 379/f. 3 hükmünün mutlak surette uygulanması gerekir²⁷⁷. **Uzel** ve de aynı görüşü paylaşmaktadır²⁷⁸. **Akın**'a göre, %10'luk sınırın ve serbest yedek akçelerden karşılanma kuralının uygulanması söz konusu olmaz; TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümleri istisnai niteliktedir²⁷⁹. **Sevi**²⁸⁰, **Pulaşlı**²⁸¹ ve **Erdem**'e göre²⁸² ise, TTK m. 379 vd. hükümlerinde yer alan tüm koşullar uygulama alanı bulur.

Kanımızca, TTK m. 379 vd. hükümleri ile şirketin kendi paylarını edinimine ilişkin koşullar, payların alım önerisinin kullanılması kapsamında ve m. 493/f. 1 ve 4 uyarınca edinilmesi halinde de uygulama alanı bulur. Bunun ilk

274 Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi rejiminin ve bu bağlamda TTK m. 379 vd. hükümlerinin etraflica irdelenmesi, bu çalışmanın kapsam ve sınırlarını aşar. Bu çerçevede, alım önerisinde bulunma hakkının, şirketin kendi paylarını iktisabı bağlamında doğurduğu ve öğretinin üzerinde yoğunlaştığı sorunların değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

275 **Tekinalp**, Bağlam, s. 48-49.

276 **Altay**, s. 604.

277 **Kendigelen**, s. 607.

278 **Uzel**, s. 330 vd.

279 **Akın**, s. 84 vd.

280 **Sevi**, s. 247.

281 **Pulaşlı**, Şerh C. I, s. 1484.

282 **Erdem**, s. 121.

bakışta görünen nedeni, söz konusu kuralların, şirketin kendi payını iktisabı bakımından genel kural niteliğini haiz olması²⁸³ ve öneride bulunma hakkına ilişkin hükümlerde, öneride bulunma hakkının bir istisna teşkil ettiğine dair hiçbir açıklık bulunmamasıdır²⁸⁴. Öte yandan, şirketin bağlı nama yazılı paylar hakkında yönelttiği alım önerisinin kabulüne bağlı olarak edinimin, TTK m. 382 çerçevesinde kanundan doğan bir satın alma yükümlülüğü olarak kabulü de mümkün değildir²⁸⁵. Zira, şirket, alım önerisinde bulunmak zorunda değildir. Şirket, ancak kanunen böyle bir imkanı varsa alım önerisinde bulunmalıdır²⁸⁶. Yoksa, söz konusu payları paysahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın almanın yollarını aramalı ya da mümkünse, onay istemini esas sözleşmede yazılı önemli sebebe binaen reddetmelidir. Aksi halde, şirketin devre onay istemini kabul etmekten başka çaresi kalmayacaktır.

Bu bağlamda, TTK m. 379/f. 1’de öngörülen %10’luk sınır uygulama alanı bulacaktır. Kaynak İBK m. 659/f. 2 hükmünde, öneride bulunma hakkına bağlı olarak şirketin kendi paylarını edinimi halinde, %20’lik bir istisnai sınır öngörmüş; Türk kanunkoyucusu bu istisnaya itibar etmeyerek kanuna almamıştır²⁸⁷. Bu suskunluğun, TTK m. 379/f. 1 hükmüne getirilmiş bir istisna olarak yorumlanması kanımızca olanaklı değildir.

Keza, edinimin serbest yedeklerden karşılanması da zorunludur. Şöyle ki; şirketin malvarlığı, şirketin amaç ve faaliyet konusunun elde edilmesine özgülünmüş bir fondur²⁸⁸. Kendi paylarını iktisap rejiminde, bedelin serbest yedeklerden karşılanması ve yedek akçe ayrılması zorunluluğu, temelde şirket varlıklarının konu dışı olan, ancak kanunun izin verdiği bir işlem için kullanılmasından kaynaklanır²⁸⁹. Bu nedenle, bedelin serbest yedeklerden karşılanması kuralı, sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin doğrudan bir yansımasıdır. Gerçekten serbest özkaynaklar, kanun ya da anasözleşme ile bir amaca özgülünmemiş serbest yedek akçeleri ifade ettiğinden, söz konusu

283 **Jacquemoud/Auberson**, s. 352. Hatta yazarlar, İBK m. 685c (TTK m. 494/f. 4) hükmünde şirkete tanınan üç aylık sürenin, şirketin kendi paylarını iktisabına imkan veren koşulların oluşup oluşmadığını değerlendirmesine yardımcıını ifade etmektedirler.

284 Bu yönde **Uzel**, s. 330 vd.

285 **Uzel**, s. 333.

286 **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 29.

287 Üstelik hükmün gerekçesinde, bu durumun bilinçli olduğu ifade edilmiştir.

288 **Ünal Tekinalp**, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1682.

289 **Sevi**, s. 247.

yedek akçeleri aşan miktarda özkaynak kullanımı, yedek akçelerin kullanımına ilişkin hükümlerin de ihlali anlamına gelir. Yedek akçelerin harcanmasına ilişkin olarak getirilmiş sınırlamalar da sermayenin korunması ilkesinin bir yansımasıdır²⁹⁰. TTK m. 493/f. 1 ve 4 hükümleri ile, sermayenin korunması ilkesinin feda edildiğinden bahsedilemez²⁹¹.

SONUÇ

Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı paylar bakımından şirkete tanınan alım önerisinde bulunarak devre onay istemini reddetme hakkı, önemli hukuki tartışmalara sebebiyet veren karmaşık bir müessesedir. Kaçış klozunun; hakkın niteliğinden başlayarak, uygulanma koşulları, şirketin kendi paylarını iktisabı başta olmak üzere Türk Ticaret Kanunu'nun diğer hükümleri ile bağlantısı ve Borçlar Hukuku ile kesişim noktaları itibariyle birçok sorunu Türk Hukuku'na getirdiği söylenebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanması esnasında, İsviçre deneyiminden yeterince faydalanılmaması ve İsviçre kanunkoyucusunun kimi hatalarının ve bıraktığı boşlukların giderilmemesi sonucunda önemli bir fırsatın kaçırıldığından şüphe etmemek gerekir.

Kaçış klozunu da barındıran yeni bağlam rejiminin, nama yazılı payların devredilebilirliğini artırdığından kuşku duymamak gerekir. Sebep göstermeksizin pay defterine yazımdan imtina edilebilmesi sisteminin terk edilmesi ve paysahibine sözleşmesinin tarafını seçme özgürlüğünü kaldırsa dahi, hakkaniyetli olduğuna inanılan bir değerden payını şirkete devrederek şirketten ayrılma imkanının verilmesi son derece olumludur. Ancak, uygulamada özellikle değerlendirme alanında uzman bilirkişilerin oldukça az sayıda olması -belki de bu alanda uzmanlaşmış şirketler haricinde böyle bir uzmanlardan söz edilememesi- kaçış klozunun paysahibinin gerçek değer kavramı ile korunmak istenen menfaatini tehdit eder niteliktedir. Zira, kaçış klozunu, eski hukukun sebep göstermeksizin red müessesesinden ayıran yegane fark, şirketin payın malikine devre veya intikale konu payları gerçek değerden satın almayı önermesidir. Gerçek değer, uluslararası uygulamada yerleşmiş ve somut şirkete uygun bir yöntemle belirlenmemesi, kanunkoyucunun paysahipliği değerini artırmaya yönelik hukuk politikasının da boşa çıkmasına neden olacaktır.

²⁹⁰ **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1688.

²⁹¹ **Trigo-Trindade**, CO II, m. 685b, n. 29; **Jacquemoud/Auberson**,

KAYNAKÇA

- ALTAY Sıtkı Anlam**, “İsviçre Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 563 vd.
- AMBS Oliver / WYMANN Jean-Jacques**, “L’évaluation de petites et moyennes entreprises”, TREX 2011 s. 146.
- ANSAY Tuğrul**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 47 vd.
- BAHTİYAR Mehmet**, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2011, s. 3889 vd.
- BAHTİYAR Mehmet**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001.
- BLOCH Olivier**, Les conventions d’actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse - avec un aperçu du droit boursier, 2ème edition, Zurich, 2011.
- BÖCKLİ Peter**, “Neuf règles de ‘Best Practice’ pour le rachat de ses actions par une société non cotée”, Les plans d’intéressement-Stock Option Plans, CEDIDAC 2001, s. 78 vd.
- DEFFERRARD Francine**, “La participation de la SA au transfert des actions nominatives liées non cotées”, TREX 2000, s. 380 vd.
- DOMANIÇ Hayri**, “Anonim Şirket Ana Mukavelelerine Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, s. 402 vd.
- GERHARD Frank**, “Evaluation d’entreprise- Pertinence pour le conseiller juridique”, Aspects pratiques du droit de l’entreprise, s. travaux de la journée d’étude du 3 février 2009, CEDIDAC 2010, s. 31 vd.
- JACCARD Michel / PREMAND Vivian**, “Le conseil d’administration au service des actionnaires majoritaires - risques, conflits d’intérêts et meilleures pratiques en cas de cession d’actions d’une société privée”, RSDA, 2010.
- KARAYALÇIN Yaşar**, Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988.
- KENDİGELEN Abuzer**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul, 2008.
- KUHN Rolf**, “Le transfert d’actions nominatives liées”, TREX 2011, s. 50.
- MARTİN Françoise**, Sociétés anonymes de famille, Zurich 2009, s. 69. Aksi görüşte Uzel, s. 259 vd.

- MERHAİ Joseph**, “Le processus d’évaluation en droit commercial et en droit fiscal – de la diversité vers la coherence” GesKR 2010, s. 330 vd.
- MOROĞLU Erdoğan**, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.519 vd.
- SEVİ Ali Murat**, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, İstanbul, 2013.
- TEKİNALP Ünal**, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1682 vd.
- TEKİNALP Ünal**, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul, 2012.
- TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, İstanbul, 2013.
- TEOMAN Ömer**, “Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Üzerine Düşünceler”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 50 vd.
- UZEL Necdet**, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013.

Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU*

Giriş

Bilindiği üzere, 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (“Eski TTK”), anonim ortaklıkların haklı nedenle feshine imkân tanıyan pozitif bir düzenleme içermemekteydi. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (“Yeni TTK” veya “TTK”) ise, 531. maddesi ile bu konuda pozitif düzenleme getirerek anonim ortaklıklar hukuku alanında önemli bir reforma imza atmıştır.

Yeni TTK’nın 531. maddesinde düzenlenen bu yeni dava türünün, önümüzdeki yıllarda uygulamada büyük önem kazanacağı kuşkusuzdur. Çalışmamızın amacı, değerli hocamız **Prof. Dr. Oğuz İmregün**’ün ticaret hukuku doktrinine yaptığı değerli katkılara saygı ve şükranlarımızın bir ifadesi olarak, önümüzdeki yıllarda yaygın uygulama alanı kazanacağını düşündüğümüz bu düzenlemeye ilişkin kişisel görüş ve değerlendirmelerimizi aktarmak suretiyle bu konudaki öğretiye küçük bir katkı sağlamaktan ibarettir. Söz konusu düzenlemenin hukuki altyapısını inceleyebilmek amacıyla, çalışmada öncelikle Eski TTK dönemindeki tablo ortaya konulacak, ardından Yeni TTK’nın 531. maddesi ile getirilen düzenleme irdelenerek; davaya ilişkin bazı özellikler, haklı neden kavramı, yargıcın talep dışı (“*extra petita*”) karar verme yetkisi, bu bağlamda çıkarma kararı tesis edebilme ve duruma uygun düşen diğer bir çözüme hükmedebilme yetkileri inceleme konusu yapılacaktır.

I- Eski TTK Dönemi

Eski TTK, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun (“İsv. BK.”) m. 736 b. 4 hükmünden farklı olarak, anonim ortaklıkların haklı sebeple feshine imkân tanıyan bir hüküm içermemekteydi. Bu tablo ağırlıklı görüş tarafından olumsuz

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG. 14.02.2011, S. 27846.

(“bilinçli”) kanun boşluğu (“*lacuna praeter legem*”) olarak nitelendirilmiştir². Azınlık görüşü ise burada olumsuz (“bilinçli”) kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmemiş ve Medeni Kanun (“MK”) m. 1 uyarınca yasal boşluğun doldurulmasını önermiştir³. Hatta bu alandaki değerli çalışmasıyla tarafımıza da ışık tutmuş olan saygıdeğer hocamız **Çamoğlu** tarafından, Eski TTK’nın 434. maddesinin 2. bendinde yer alan “*şirketin amacına ulaşmasının imkânsız hale gelmesi*” ibaresinin geniş yorumlanması yoluyla haklı nedenle feshe imkân tanınması gerektiği de haklı olarak savunulmuştur⁴. Ancak Yargıtay ağırlıklı görüşe katılarak boşluğun MK m. 1’e göre doldurulması ve haklı sebeple feshe karar verilmesi yönündeki davaları reddetmiştir⁵.

Eski TTK döneminde, olumsuz kanun boşluğu yönündeki kabulün uygulamaya yansıyan sonucu, özellikle azınlığın korunması noktasında son derece negatif olmuştur. Çoğunluk bir yandan şirketin kâr dağıtmasını uzun süre engellemiş, diğer yandan azınlığın esas sözleşmedeki bağlam (devir sınırlaması) nedeniyle paylarını serbestçe üçüncü kişilere satamamasından (ya da esas sözleşmede böyle bir devir sınırlaması bulunmasa bile, azınlığın

-
- 2 **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler C. IV-V, İstanbul 1961, s. 166; **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 481; **Erdogan Moroğlu**, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 468-471; **Tuğrul Ansay**, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1981, s. 63; **Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, no. 1566; **Ayşe Sumer**, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991, s. 98. Ancak belirtmek gerekir ki, Eski TTK döneminde de doktrin, esas sözleşmeye haklı nedenle feshe imkân tanıyan bir hüküm konulmasını oybirliği ile kabul etmekteydi: **Arslanlı**, s. 166-167; **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 79, 81 ve 82; **Ünal Tekinalp**, Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi- Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç, İktisat ve Maliye Dergisi 1974, C. XXI, S.8, s. 325; **Moroğlu**, s. 472; **Sumer**, s. 88.
- 3 **Ersin Çamoğlu**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 63-65; ayrıca bkz. **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 667 vd.; **Hamdi Yasaman**, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Kanunu’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 716; aynı yazara ait, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 132.
- 4 **Çamoğlu**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, s. 61.
- 5 Yarg. Tic D., T. 26.12.1963, E. 1963/3484, K. 1963/4856 (Batıder C. IV, 1964, s. 711 vd.); Yarg. 11. HD., T. 7.6.1979, E. 79/2160, K. 79/3061 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 6, s. 1518 vd.).

payları için bir alıcı bulamamasından) yararlanarak, azınlığı paylarını yok pahasına kendisine devretmeye zorlamıştır. Eski TTK döneminde olumsuz kanun boşluğu nitelmesi nedeniyle ortaya çıkan çözümsüzlük, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilafının süreklilik arz ederek kronikleştiği hal-lerde, azınlığı, kâr dağıtımını yapılmayan bir şirkette, paylarını elden çıkarma olanağı da bulamadan, yatırımından hiçbir getiri elde edemedi belirsiz ve uzun bir süre boyunca beklemeye mahkûm etmiştir. Kârın dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iptali için açılan davanın olumlu sonuçlanma-sı halinde dahi dağıtımın mahkeme eliyle sağlanamaması, azınlık açısından ortaya çıkan bu olumsuz tabloyu pekiştiren bir başka etken olmuştur. Hat-ta çoğunluk, kimi zaman gereksiz ve birbirini takip eden sermaye artırımlarına giderek, azınlığın durumunu daha da ağırlaştırmış, azınlık şirketten kâr payı elde edemediği gibi, payları erimesin diye sürekli olarak şirkete yeni sermaye koymak durumunda kalmıştır. Bu tablo göz önüne alındığında, Eski TTK'nın haklı nedenle fesih konusunda suskun kalmak suretiyle yarattığı çözümsüzlüğün, birbirleri ile geçinemeyen çoğunluk ve azınlığı bir katolik evliliği gibi birlikte yaşamaya mahkûm ettiği ve azınlığı, bu du-rumdan kurtulabilmek adına uzun vadede paylarını çoğunluğa (ya da çoğun-luğun göstereceği üçüncü bir kişiye) yok pahasına satmaya zorladığı söylene-bilir. Dolayısıyla, Eski TTK'nın yarattığı çözümsüzlük ortamı uzun vadede çoğunluğun yararına sonuç vermiş, azınlığın ise aleyhine olmuştur.

II- Yeni TTK'da Öngörülen Düzenleme

Yeni TTK, anonim ortaklıkların haklı nedenle feshi davasını 531. madde-sinde düzenlemiştir. Bu hükümde öngörülen düzenlemenin iki temel niteliği bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, m. 531 hükmünde öngörülen haklı nedenle fesih davasının, Yeni TTK ile getirilen “yeni bir azınlık hakkı” ni-teliğinde kurgulanmış olmasıdır. İkinci ise, hükmün, yargıcın takdir yetkisi üzerine inşa edilmiş olan karakteridir.

A- Azınlık Hakkı Niteliği

Hüküm, kapalı anonim şirketlerde %10, halka açık anonim şirketlerde ise %5 paya sahip olan pay sahipleri tarafından açılacak “azınlık hakkı” niteliğinde bir dava hakkı öngörmektedir ve engelleyici/ önleyici etki anlayışı üzerine kurulu bulunmaktadır⁶. Buradaki amaç, azınlığa tanınan dava hakkı-

6 **Hasan Pulaşlı**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I ve Cilt II, Ankara 2011, s. 1787. Ancak davanın azınlık hakkı niteliğinde kurgulanmış olmasına karşın,

nın caydırıcılığı sayesinde, çoğunluğu anonim ortaklıklar hukuku anlamındaki yönetsel gücünü kötüye kullanmaktan alıkoymaktır. Bu hükümle çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilafında denge sağlanması hedeflenmekte ve azınlığa, çoğunluğun bu konumundan doğan gücünü kötüye kullanması halinde başvurabileceği caydırıcı özelliği yüksek bir silah bahşedilmiş olmaktadır⁷.

Azınlık hakkı niteliğindeki bu davanın açılabilmesi için kapalı anonim şirketlerde sermayenin %10'u, halka açık anonim şirketlerde ise %5'i oranında paya, tek bir pay sahibinin sahip olması şart değildir. Birden fazla pay sahibi de bir araya gelerek bir blok oluşturmak suretiyle bu hakkı kullanabilir. Esas sözleşme ile hakkın kullanımı için daha düşük bir oran öngörülebilir, ancak yasal oran esas sözleşmede yer verilecek bir düzenleme ile arttırılamaz⁸. Bu oranların hesaplanmasında itibari değer esas alınır, sermaye borcunun ödenmiş olup olmaması ise dikkate alınmaz⁹.

teorik açıdan, “çoğun içinde az da vardır” (“majori ad minus”) şeklindeki yorum kuralı gereğince, TTK m. 529/1 (d) hükmü yollamasıyla m. 421/3-4 hükümleri çerçevesinde aranan yetersayılara ulaşılamadığı için genel kurul tarafından iradi fesih kararı alınmasını sağlayamayan çoğunluğun da, haklı bir nedenin mevcut olması kaydıyla TTK m. 531 hükmüne göre haklı nedenle fesih davası açabilmesi mümkündür.

- 7 TTK m. 531 hükmü ile getirilen düzenleme hakkında kapsamlı inceleme ve değerlendirme için bkz. **Nuri Erdem**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012; **Ayşe Şahin**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2013; **Şükrü Yıldız**, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1195 vd.; **Aytekın Çelik**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi, Batider 2009 (Prof. Dr. Reha Proy'un Anısına Armağan), C. XXV, S. 4, s. 559 vd.; **Ayşe Sumer**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 2010, C. XXVI-II, S. 1, s. 171 vd.; **Emin Cem Kahyaoglu**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebep Fesih, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 449 vd.; **Özge Ayan**, Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde), Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, S. 102, s. 2237 vd.; **Rabia Sever**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebep Feshi, Bahçeşehir Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, S. 89-90, s. 169 vd.
- 8 **Pulaşlı**, s. 577 ve 1789; **Sami Karahan/ Hamdi Pınar**, Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 719. **Tekinalp** ise yasal oranın esas sözleşme ile arttırılmayacağı gibi indirilemeyeceği fikrindedir (**Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 287 parag. 14-09).
- 9 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14-14. Davacı pay sahibinin (ya da pay sahiplerinin), dava sonuna kadar pay sahibi statülerini bu oranların altına düşmeyecek şekilde korumaları zorunludur. Davacının pay sahipliği oranının dava sürerken yasal sınıırın altına düşmesi halinde dava reddedilmelidir; zira kişiye bağlı bir dava hakkı söz konusu olduğundan payları devralana davaya devam etme hakkı tanınmaz (**Pulaşlı**, s. 578 ve 1791-1792).

B- Yargıcın Takdir Yetkisi Üzerine Kurulu Hüküm Niteliği

TTK m. 531 hükmü, iki açıdan yargıcın takdir yetkisi üzerine inşa edilen bir hükümdür. Yargıç;

- i) Öncelikle şirketin feshini (ya da TTK m. 531 hükmü çerçevesinde alternatif bir çözüme hükmedilmesini) gerektiren haklı bir nedenin mevcut olup olmadığını takdir edecek,
- ii) Daha sonra ise, fesih son çare (“*ultima ratio*”) olarak düşünüldüğünden, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilafını giderebilmek amacıyla fesih yerine duruma uygun düşen başka bir tedbire hükmedilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirecektir.

Dolayısıyla yargıç, hem şirket içi ilişkide anonim ortaklıklar hukuku anlamında TTK m. 531 hükmünün uygulanmasını haklı kılan bir sorunun mevcut olup olmadığını tespit ve takdir etmek, hem de hükmün kendisine tanıdığı takdir hakkından yararlanarak tespit ettiği bu sorunu gidermek amacıyla en elverişli gördüğü çözüm yöntemine hükmetmek durumundadır. Bu iki açıdan yargıca tanınmış olan takdir yetkisi, TTK m. 531 hükmünün, karakteristik bir özellik olarak yargıcın takdir yetkisi üzerine inşa edilmiş bir düzenleme niteliğinde olduğunu gözler önüne sermektedir.

III- Davaya İlişkin Bazı Özellikler

A- Yetkili Mahkeme

Haklı nedenle fesih davasının açılacağı mahkeme, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir (m. 531 c. 1).

Buna karşılık, İsviçre doktrinde haklı nedenle fesih davasının mahkeme yerine tahkimde görülebilmeye imkân tanıyan görüşler bulunduğu belirtilmektedir¹⁰. Kanımızca, haklı nedenle fesih davasında; davalı, şirket tüzel kişiliği olup, şirket pay sahipleri arasında imzalanan ortaklar sözleşmesinin tarafı olmadığından (ve olamayacağından), ortaklar sözleşmesinde yer alan tahkim klotuna istinaden böyle bir davanın tahkimde görülebilmeye mümkün değildir. O halde, ancak şirketin esas sözleşmesinde tahkim klotunun yer alması halinde haklı nedenle fesih davasının hakem mahkemesi önünde görülüp görülemeyeceği tartışılabilir. Ne var ki, anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşmeye konulan tahkim klotlarının geçerliliğinin son derece tartışmalı

¹⁰ Pulaşlı, s. 1793.

olduğu ve ağırlıklı görüşün korporatif davalar bakımından böyle bir klozun geçerliliğine olumsuz yaklaştığı unutulmamalıdır¹¹.

B- Davalı Sıfatı

Davalı sıfatı, davacı ortak dışındaki diğer pay sahibi ya da pay sahiplerine değil, doğrudan ve sadece şirket tüzel kişiliğine aittir¹². Bu itibarla, çoğunluğa oluşturan pay sahiplerine husumet yöneltilebilmesi ve bu pay sahiplerinin TTK m. 531 hükmüne dayanılarak açılan davada davalı konumunda gösterilebilmeleri, kural olarak mümkün değildir.

C- Dava Açma Süresi

M. 531 hükmünde, davanın açılması bakımından özel bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir¹³; ancak haklı nedenin ortaya çıkmasından sonra makul süre içerisinde dava açılmamış ise MK m. 2 hükmü gereğince davanın reddedilebilmesi gerekir¹⁴. Zira nedenin ortaya çıkmasından sonra makul süre içerisinde dava yoluna başvurulmamış olması, azınlığın, ilgili olay veya eylemi feshi gerektirecek ölçüde ağır ve haklı bir neden olarak görmediğini ortaya koyar. Oysa fesih kadar önemli bir sonucu tetikleyen haklı neden, kavram itibariyle ciddi ve ağır bir ihlal olmalıdır ve azınlık açısından şirket bünyesinde pay sahibi olarak kalmayı çekilmez hale getirmelidir. Böyle bir nedene karşı ise, azınlıktan, makul süre içerisinde yasal haklarını kullanması beklenir.

Her halükarda, azınlığa, bazı olayları buzdolabında bekleterek sonradan fesih için haklı neden olarak sunma imkânı tanınmamalıdır. Ancak belirli bir olayın tek başına değil de, başka bazı olaylar ile birlikte (olaylar birbirine eklendiğinde) haklı neden teşkil etmesi söz konusu ise, MK m. 2 hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirmede son olayın gerçekleşme tarihinin esas alınması gerekir.

11 Bu konuda bkz. **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 14 Şubat 2009, s. 179 vd.

12 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14.14; **Pulaşlı**, s. 1792.

13 TTK m. 531 hükmünde öngörülen haklı nedenle fesih davası, yenilik doğuran bir dava niteliğinde olması nedeniyle niteliği itibariyle zamanaşımı süresine tabi tutulmaya elverişli değildir (**Şahin**, s. 48).

14 **Oruç Hami Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2012, s. 597; **Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013, s. 572-573; **Pulaşlı**, s. 1792.

D- İspat Yükü

Feshi haklı kılan bir nedenin mevcut olduğunu ispat yükü davacının omuzlarındadır. Davacı, haklı nedeni mevcut olduğunu ispatlamak adına teknik dâhil tüm delillerden yararlanma hakkına sahiptir¹⁵.

E- Mahkeme Kararının Niteliği

Haklı nedenle fesih kararı, inşai nitelikte ve bozucu yenilik doğuran bir karardır. Fesih kararı, son çare (“*ultima ratio*”) olarak düşünülür. Bu nedenle, yargıca, davacının talebi ile bağlı olmaksızın, fesih yerine duruma uygun düşen başka çözümlere hükmetme yetkisi tanınmıştır (“*extra petita*” karar tesis etme yetkisi). Fesih dışında başka bir çözüm ile şirket bünyesindeki ihtilafın giderilebilmesi mümkün ise, feshin “*ultima ratio*” karakteri gereği yargıç bu yolu tercih etmek durumundadır. Yargıcın bu yetkisini kullanarak duruma uygun düşen başka çözümlere hükmettiği hallerde de, kararın, şirket bünyesindeki ortaklık ilişkisinde yeni bir hukuki durum inşa etmesi nedeniyle yine inşai nitelikte yenilik doğuran bir karar niteliğinde olacağı vurgulanmalıdır.

F- Kararda Tasfiye Memurunun Atanması Zorunluluğu

Şayet feshe karar verilirse, yenilik doğuran karar niteliğindeki bu karar ile TTK m. 536 (3) hükmü ve usul ekonomisi ilkesi (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu- “HMK” m. 30) gereğince tasfiye memurlarının da atanması gerekir¹⁶. TTK m. 536 (3) hükmünün gerekçesi de bu sonucu teyit etmektedir:

“Üçüncü fıkra uyarınca, mahkemenin feshe karar verebildiği üç durumda, yani; kuruluş sırasında menfaatler ihlâl edilmişse, organ yokluğu söz konusu ise ve haklı sebeplerin varlığı halinde, mahkeme fesih kararı verirken tasfiye memurunu da atayacaktır. Çünkü, bu üç durumun söz konusu olduğu varsayımlarda artık pay sahiplerinin anlaşarak tasfiye memuru tayin etmelerini beklemenin gereksiz sayılması gerektiği, söz konusu yetkinin mahkemeye bırakılmasının şart olduğu düşünülmüştür. Bu fıkranın uygulanması için hiçbir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, şirketin feshine karar veren mahkeme, tasfiye memuru tayin edebilmek için kendisinden bu yönde bir talepte bulunulmasını beklemek zorunda olmadan tasfiye memuru atayabilir. Keza, feshe karar veren mahkeme tasfiye

¹⁵ Şener, s. 598.

¹⁶ Şahin, s. 385-386; Erdem, s. 229-230.

memuru atayıp atamama hususunda serbest değildir, tasfiye memurunu belirlemek zorundadır”.

IV-Haklı Neden Kavramı

“Haklı neden” kavramı m. 531 hükmünde tanımlanmamış, örnek verilerle de açıklanmamış, bu kavramın niteliklerinin belirlenmesi ve tanımlanması yargı kararları ile öğretiyeye bırakılmıştır¹⁷. Dolayısıyla burada, hüküm içi boşluk yoluyla MK m. 4 hükmü uyarınca yargıca tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur¹⁸. Haklı nedenin mevcut olup olmadığını, her somut olayda, o olayın koşullarını dikkate alarak mahkeme takdir edecektir.

Esas sözleşme, bazı olayları şirketin feshi için haklı neden olarak tanımlayabilir. Bu durumda yargıç esas sözleşme tarafından düzenlenen bu hallerin fesih için haklı neden oluşturup oluşturmadığını tartışmamalı, sadece esas sözleşmede öngörülen nedenin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemekle yetinmeli, gerçekleşmişse fesih kararı vermelidir. Ancak esas sözleşme, sınırlayıcı sayım yaparak sadece kendisi tarafından sayılan belirli hallerin fesih için haklı neden olarak kabul edileceğini öngöremez. Zira böyle bir esas sözleşme hükmü, emredici nitelikteki TTK m. 531 hükmünün uygulama alanını kısıtlayacağından geçersiz kabul edilir. **Şahin**, böyle bir durumda, esas sözleşme hükmünde yapılan sayımın sınırlayıcı nitelikte değil, örneksene sayım olarak dikkate alınması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir¹⁹. Esas sözleşmenin bazı olayların fesih için haklı neden teşkil etmeyeceği yönünde düzenleme içerdiği hallerde ise, bu tür düzenlemelerin haklı nedenle fesih davasının azınlığı koruma yönündeki temel amacına aykırılık teşkil ettiği ve geçersiz oldukları kabul edilmelidir²⁰.

A- Doktrinde Verilen Haklı Neden Örnekleri

İsviçre doktrininde **Böckli**, pay sahiplerinden şirketin ortağı olmaya devam etmelerinin beklenemeyeceği ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin şirketin devamını zorunlu kılmadığı durumların haklı neden olarak kabul edilmesi ge-

17 Bkz. TTK m. 531 hükmünün madde gerekçesi.

18 **Çamoğlu**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, s. 69; **Pulaşlı**, s. 1790; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2012, s. 293; **Erdem**, s. 103.

19 **Şahin**, s. 311.

20 **Erdem**, s. 198.

rektiği görüşündedir²¹. Her halükarda, söz konusu nedenin önemli/ esaslı bir neden olması ve dürüstlük kurallarına göre şirkette pay sahibi olarak devam etmeyi çekilmez kılması aranmalıdır²².

İsviçre öğretisinde;

- i) Genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağırılmış veya hiç çağırılmamış olması,
- ii) Azınlık hakları ile bireysel hakların süreklilik arz edecek şekilde ihlali²³,
- iii) Özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi,
- iv) Şirketin sürekli zarar etmesi²⁴,
- v) Aile şirketlerinde ailevi/ kişisel nedenler²⁵,

21 **Karahan/ Pınar**, s. 719 dnp. 2'den naklen **Peter Böckli**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zurich 2009, § 16, no. 191.

22 **Pulaşlı**, s. 1787.

23 **Tekinalp**, haklı olarak ihlalin sistematik ve devamlı olması gerektiğini ifade etmektedir (Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 292 parag. 14-12a). **Şahin**, haklı nedenle fesih davasının, tekrar eden ağır ihlalleri yaptırım altına almaya yöneldiğini, tekrar etmeyen münferit ve hafif ihlaller yönünden koruma getirmediğini; bu nedenle "süreklilik" unsurunun aranması gerektiğini, ancak bu unsuru somutlaştırmak üzere belirli bir süre öngörmenin mümkün olmadığını, her somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (s. 118-119). Yazara göre, süreklilik unsuru, hem zamansal anlamda sürekliliği ve tekrarlanmayı, hem de birden fazla ihlalin birbiriyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmesini ifade etmektedir (s. 120). **Erdem** de, çoğunluğun gücünü kötüye kullandığını gösteren eylemlerin devamlılık arz etmesi ve belirli bir sıklığa ulaşmış olması gerektiğini, kalıcı etki bırakan ihlaller söz konusu olmadığı sürece ortaklığa devam etmekten umulan faydanın ortadan kalkmasından söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır (s. 116).

24 Şirketin sürekli zarar etmesi, kötü yönetilmesinden ileri gelebileceği gibi, piyasa şartlarından da kaynaklanabilir. Burada önem arz eden, şirketin içinde bulunduğu durum ve piyasa koşulları nedeniyle, ilerleyen yıllarda zarar etmeye (ve sahip olduğu malvarlığını eritmeye) devam etmesini kuvvetle muhtemel gösteren ağırlıkta bir durumun söz konusu olmasıdır. Yargıtay HGK., 12.12.2012 tarih ve E. 2012/11-560 K. 2012/1103 sayılı limited şirketlerin haklı nedenle feshine ilişkin bir kararında, şirketin devamlı olarak zarar etmesi halini fesih için haklı neden örnekleri arasında saymıştır (karar için bkz. www.kazanci.com.tr).

25 Bkz. İsviçre hukukunda Federal Mahkeme'nin Tugal (JdT 1980 I, 86 vd.) ve Grümser kararları (BGE 126 III 266) [Federal Mahkeme'nin anonim ortaklıklar hukukunda haklı nedenle feshe ilişkin muhtelif kararları hakkında ayrıca bkz. **Eser Rüzgar**, Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Odası Regesta Dergisi, Cilt 3, Sayı 3, 2013, s. 31 vd.]. Şirket bir aile şirketi ise, pay sahipleri arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıran tüm nedenler ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez hale getirebilir (**Şahin**, s. 122). Ayrıca, ailevi nedenler, örneğin eş-

vi) Uzun süre kâr dağıtımı yapılmaması²⁶,

haklı sebep olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır.

Türk doktrininde haklı olarak savunulduğu üzere, şirket kaynaklarının sistematik şekilde çoğunluğa aktarılması ya da çoğunluk lehine kullanılması²⁷ ve kötü yönetim²⁸/ yönetimde suiistimal de haklı neden oluşturabilir.

B- Organsızlık Hali ile Haklı Neden Kavramı Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Pay sahipleri arasındaki ihtilaf nedeniyle şirketin işleyişinin felce uğratılması ve organların (genel kurul ya da yönetim kurulunun) karar alamaz hale getirilmesi de haklı sebep sayılmaktadır²⁹. Ancak bu noktada, organların ge-

ler arasındaki boşanma süreci dahi bu kapsamda bir haklı neden olarak gösterilebilir (**Erdem**, s. 104). Ancak bu tür sebeplerin TTK m. 531 anlamında fesih için haklı neden olarak nitelendirilebilmeleri bakımından, şirketin pay sahipliği yapısı dikkate alındığında bir “aile şirketi” olarak kabul edilmeye uygun bir yapıda olması zorunludur.

- 26 Şirketin, kâr elde etmesine karşın, hiçbir rasyonel gerekçe göstermeden ve ciddi fizibilite çalışmasına dayalı bir yatırım kararı söz konusu olmadan, keyfi ve afakî gerekçelerle temettü dağıtmayarak bu meblağı bünyesinde tutması kastedilmektedir. Kâr dağıtılmamasının azınlık bakımından haklı neden teşkil edebilmesi için, azınlığın, çelişkili davranış yasağı (“*venire contra factum proprium*” prensibi) gereğince kârın dağıtılmaması yönündeki genel kurul kararlarına muhalif kalmış olması aranır. Kârın dağıtılmaması yönündeki karara olumlu oy kullanılan azınlık, sonradan bu durumu haklı neden olarak ileri süremez. Kâr dağıtımı yapılmayan sürenin uzunluğu bakımından ise genel geçer bir formül verebilmek mümkün değildir. Her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Ancak burada kastedilen şirketin sistematik olarak uzun süreyle kâr dağıtımından kaçınmasıdır. Her halükarda, tek yıla özgü kâr dağıtmama durumunun bu kapsamda algılanmaması gerekir. Kâr dağıtımının hiç yapılmadığı ya da çok düşük oranda yapıldığı bir tabloda yönetim kurulu üyelerine objektif açıdan makul görülebilir miktarın üzerinde yüksek ücret ve mali haklar sağlanması da, genel kurulda yönetim kurulu üyelerini belirleyen çoğunluk konumunda bulunan pay sahipleri olduğundan, kârın (ortaklık kaynaklarının) çoğunluk lehine kullanılması olarak kabul edilebilir ve fesih için haklı neden oluşturabilir (**Erdem**, s. 162).
- 27 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 292 parag. 14-12a.
- 28 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 295 parag. 14-15; **Pulaşlı**, s. 1787 vd.; **Erdem**, s. 153. Federal Mahkeme’nin yaklaşımı da aynı doğrultudadır (bkz. “Grümser” kararı, BGE 126 III 266). Bu kararda, davacının, kötü yönetim nedeniyle ortaklığın malvarlığında ki erime ve yok olmaya seyirci kalamayacağı ifade edilmiştir. Kötü yönetimin fesih için haklı neden oluşturabilmesi için süreklilik arz etmesi ve ortaklığın yıkımına neden olacak ağırlıkta bir tablo oluşturması gerekir (**Sahin**, s. 217).
- 29 **Yıldız**, s. 1198.

nel kurul tarafından seçilememeleri ya da toplantı/ karar yetersayılarının sağlanamaması nedeniyle karar alamayacak hale gelmelerinin, öncelikle TTK m. 530/1 hükmünde düzenlenen “organsızlık nedeniyle fesih” davası kapsamına girdiği hatırlanacaktır. Ne var ki, aynı durumun, TTK m. 531 hükmü yönünden geniş anlamda bir haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi de mümkündür³⁰.

Bu tablo, organların seçilememeleri ya da toplanamayacak/ karar alamayacak hale gelmeleri sebebiyle m. 531 hükmü çerçevesinde haklı nedenle fesih davası açılacak olursa, hangi hükmün öncelikli olarak uygulanması gerekeceği sorusunu ortaya çıkartmaktadır. TTK m. 530 hükmünün organsızlık hali için özel hüküm teşkil etmesi, öncelikle bu hükmün uygulanmasını gerektirir. Dolayısıyla, şirketin durumunun kanuna uygun hale getirilmesi için süre verilmesi [TTK m. 530 (1)] ve şirketin temsil ve ilzamı için davanın sonuna kadar gereken tedbirlerin alınması [örneğin kayyım atanması³¹-

30 Aksi görüş için bkz. **İsmail Cem Soykan**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2012, s. 320-329. Yazar, organsızlık hallerinin TTK m. 531 hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği kanısındadır. **Şahin** ve **Erdem** ise, organların şeklen mevcut olmadığı (seçilemediği) hallerde TTK m. 530 hükmünün, şeklen mevcut olan organın çalışmaması/ karar alamaması (karar alınmasını sağlayacak yetersayıları süreklilik arz edecek şekilde elde edememesi) nedeniyle fonksiyonunu ifa edemediği hallerde ise TTK m. 531 hükmünün uygulanması gerektiği fikrindedirler (**Şahin**, s. 221-224; **Erdem**, s. 150-151). Federal Mahkeme de, bir kararında, %50-%50 oranında iki ortağı bulunan şirketlerde ortaklar arasındaki ihtilaf nedeniyle şeklen mevcut olan organların karar alamayacak durumuna gelmelerinin fesih için haklı neden oluşturabileceğini vurgulamış; ancak somut olayda şirketin üç hissedarı bulunduğu ve bunlardan ikisi şirketin devam etmesini talep ettiği için fesih istemini reddetmiştir (BGE 136 III 278).

31 Bu noktada, uygulamada TTK m. 530 (2) hükmü kapsamında şirkete kayyım atanmasına dair verilen kararların icra edilebilmeleri için şahsın hukuku ile ilgili görülmeleri nedeniyle kesinleşmelerinin beklendiğini, ancak bunun fevkalade hatalı bir değerlendirme olduğunu da vurgulamak gerekir. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m. 350 (2) hükmünde şahsın hukukuna ilişkin kararların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceklerinin öngörüldüğü doğrudur; ancak bu hüküm, ratio legis'i gereği, nihai nitelikteki mahkeme kararları için geçerlidir. TTK m. 530 (2) hükmü kapsamında yapılan kayyım ataması ise nihai bir karar olmayıp, şirketin dava süresince temsil ve ilzamını sağlayabilmek amacıyla tesis edilen tedbir mahiyetinde bir karardır. Şirketin organsızlık nedeniyle temsil ve ilzam edilemediği bir durumda, mahkemece atanan kayyımın görevine başlaması için aylarca (hatta yıllarca) sürecek bir temyiz incelemesinin sonucunun beklenmesi, bu süre boyunca şirketin üçüncü kişilerle işlem yapamamasına ve ticari faaliyetini devam ettirememesine yol açacaktır. Oysa TTK m. 530 (2) hükmü kapsamında verilen tedbir mahiyetindeki kayyım atanması kararının amacı, tam tersine, davanın devam ettiği süre boyunca şirketin temsil ve ilzamını sağlamak ve normal ticari faaliyetini sürdürmesine olanak tanımdır. Bu nedenle, TTK m. 530 (2) kapsamında

TTK m. 530 (2)] gibi organsızlık nedeniyle fesih davasına özgü aşamalar, davacı TTK m. 531 hükmüne dayanarak dava açmış olsa dahi uygulanmalıdır. Aksi takdirde, davacıya, TTK m. 530 hükmü yerine TTK m. 531 hükmüne dayanarak dava açmak suretiyle organsızlık nedeniyle fesih davasına özgü aşamaları devre dışı bırakma imkânı tanınmış olur. Yargıcın yargılama faaliyeti yaparken hukuku re'sen uygulayacağını öngören HMK'nın 33. maddesi ve TTK m. 531 hükmü çerçevesinde feshin "*ultima ratio*" karakteri de bu yorumu destekler. Bu durumda, davacının TTK m. 530 hükmü yerine m. 531 hükmüne dayanarak dava açmasının bir anlamı olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Kanımızca, davacı, TTK m. 531 hükmünün yargıca tanıdığı, fesih dışında duruma uygun ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetme yetkisinden yararlanmak amacıyla davasını TTK m. 531 hükmüne dayandırabilir. Gerçekten, TTK m. 530 hükmü, yargıca, organsızlık durumu giderilemez ise feshe karar verme dışında alternatif bir yetki tanımamaktadır. Ancak davacı, davasını TTK m. 531 hükmüne dayandıracak olursa, ağır işleyen ve uzun süreye yayılan fesih prosedürü yerine örneğin paylarının gerçek değerinin ödenmesi yoluyla şirketten çıkartılmasını talep etme hakkına sahip olacaktır. Bu tablo, tartıştığımız ihtimalde TTK m. 530 ve m. 531 hükümlerinin kümülatif olarak uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda fesih kararı öncesindeki aşamalar için TTK m. 530 hükmü, fesih kararı (fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka çözümlere hükmetme yetkisi) için ise TTK m. 531 hükmü uygulanmalıdır.

Farklı bir senaryo olarak, organsızlık nedeniyle feshe dayanan davalarda davacı TTK m. 531 hükmüne hiç dayanmamış, münhasıran m. 530 hükmüne dayanarak talepte bulunmuş olsa dahi, acaba yargıç TTK m. 531 hükmünü uygulayarak fesih dışında başka bir çözüme hükmederek, örneğin davacının şirketten çıkartılmasına karar verebilir mi? Biz, teknik açıdan böyle bir yorumun mümkün olduğu, bu yorumun feshin "*ultima ratio*" karakteri ve yargıcın hukuku re'sen uygulaması kuralı ile de bağdaşacağı, organsızlığın haklı neden kavramına dâhil özel bir hal niteliği taşımasının da bu yorumu desteklediği kanaatindeyiz. Esas sözleşmede tasfiye halinde aynı sermayenin aynen iadesinin öngörüldüğü hallerde olduğu gibi davacının fesih ve tasfiyeyi talep etmekte mutlak menfaat sahibi olduğu özel haller dışında, davacı açısından paylarının gerçek değerini alarak şirketten ayrılması ile şirketin feshine karar verilmesi arasında bir fark yoktur ve olmamalıdır. Bu bakımdan, TTK m. 530

verilecek her türlü tedbir kararının, şirkete kayyım atanması dâhil, kesinleşmesi beklenmeden derhal icra edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

hükmüne dayanılarak açılan organsızlık nedeniyle fesih davalarında, TTK m. 531 hükmünde öngörülen fesih dışındaki alternatif çözümlere karar verme yetkisinden yararlanılabileceği kanısındayız. Bu konuya ilişkin tartışmanın önümüzdeki dönemde Yargıtay içtihatları ile bir çözüme kavuşturulması faydalı olacaktır.

C- Ortaklar Sözleşmesi Hükümleri ile Haklı Neden Kavramı Arasındaki İlişkinin Sorgulanması

Bu aşamada, anonim şirket şeklinde örgütlenmiş sermayeye katılnalı joint venture şirketlerinde³², pay sahipleri arasında akdedilen ortaklar sözleşmesinin (“*shareholders agreement*”)³³, sözleşmede öngörülen bir nedenin gerçekleşmiş olması nedeniyle sona ermesinin TK m. 531 hükmü anlamında haklı neden teşkil edip etmeyeceği de sorgulanmalıdır. Kanımızca, ortaklar sözleşmesinin korporatif yapıyı (anonim ortaklıklar hukuku alanını) ilgilendirmeyen bir borçlar hukuku sözleşmesinden ibaret olmasına karşın, ortaklar sözleşmesinin tarafları ile ortaklıklar hukuku anlamındaki pay sahiplerinin birebir aynı olması, yani şirketin tüm pay sahiplerinin aynı zamanda ortaklar sözleşmesine taraf bulunması ihtimalinde, ortaklar sözleşmesini sona erdiren nedenin TTK m. 531 hükmü anlamında da bir haklı neden oluşturduğu kabul edilmelidir. Zira şirketin tüm pay sahipleri aynı zamanda ortaklar sözleşmesine de taraf konumundadır ve o sözleşmede, belirli bir olayı şirketin fesih ve tasfiye sürecine sokulması için akdi talep hakkı doğuran bir neden olarak öngörmüşlerdir. İsviçre doktrininin aile şirketlerinde ailevi/ kişisel nedenleri dahi haklı neden olarak kabul etme yönünde geliştiği göz önüne alındığında, şirketin tüm pay sahiplerinin imzaladığı bir ortaklar sözleşmesinde öngörülen sona erme nedene daha az değer atfetmek için bir neden bulunmadığı kanısındayız³⁴.

32 Anonim şirketler, kurumsallaşma imkânı sağladıklarından sermayeye katılnalı joint venture ilişkileri için uygun bir korporatif yapı sunarlar (bkz. **Sıtkı Anlam Altay**, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler- Equity Joint Ventures, İstanbul 2009, s. 144).

33 Ortaklar sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik tartışmalar için bkz. **Gül Okutan Nilsson**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 78-82.

34 **Erdem** de, ortaklar sözleşmesinin ihlal edildiği hallerde, diğer kişisel sebeplerde olduğu gibi ortaklığın amacına ulaşmasının sübjektif olarak imkânsız veya çekilmez hale gelmesinden söz edilebiliyorsa, bu durumun bir haklı sebep oluşturabileceği fikrindedir (s. 159). **Altay** ise, ortaklar sözleşmesinin mevcut olduğu hallerde affectio societatis unsurunun anonim ortaklığın diğer görünüm biçimlerine nazaran daha yoğun bir şekilde ortaya çıktığını, ortaklar sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kalıcı kilitleme (“dead-lock”) durumunun olduğu hallerde bu durumun anonim ortaklığın feshi için haklı neden olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 689).

Gerçekten, şirketin tüm pay sahipleri aynı zamanda ortaklar sözleşmesine de taraf olup, borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki ortaklar sözleşmesinde belirli bir olayı şirketin fesih ve tasfiye sürecine sokulması için akdi talep hakkı doğuran bir neden olarak kabul etmiş iseler; bazı ortakların, sırf esas sözleşmede yer almadığı için anonim ortaklıklar hukuku alanında (korporatif açıdan) bu sözleşmesel sona erme nedeninin bağlayıcı olmadığını ileri sürmeleri MK m. 2 hükmü çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Zira, şirketin tüm pay sahipleri bir araya gelerek, hiçbir yasal zorunlulukları bulunmamasına karşın, tamamen kendi iradeleri ile anonim ortaklıklar hukuku düzleminden uzaklaşarak sözleşme serbestisi çerçevesinde bir ortaklar sözleşmesi akdediyor iseler, kendi aralarındaki ilişkiyi borçlar hukuku zeminine taşıyarak kişisel yükümlülüklerin ön plana çıktığı bir yapı kurmayı hedefliyorlar demektir. Bu iradeyi ortaya koyan pay sahiplerinin, borçlar hukuku anlamında bir akdi sona erme nedeni kararlaştırmış iseler, bu nedenle bağlı kabul edilmeleri gerekir. Böyle bir tablo söz konusu ise, ortaklar sözleşmesinde öngörülen sona erme nedeninin esas sözleşmeye (anonim ortaklıklar hukuku anlamında korporatif yapıya) yansıtılmadığı savunması, ilgili pay sahibinin sözleşmesel taahhüdünün gereğini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla ortaklıklar hukuku kurum ve kurallarının arkasına saklanması anlamına gelmektedir.

Meseleyi bir örnekle açıklayalım: %50 - %50 oranında iki pay sahibinin bulunduğu bir anonim şirkette bu iki pay sahibi arasında bir ortaklar sözleşmesinin akdedildiğini ve bu sözleşmede bir sona erme nedeninin kararlaştırıldığını, ancak bu nedenin anonim şirket şeklinde örgütlenmiş sermayeye katılmalı joint venture şirketinin esas sözleşmesine yansıtılmadığını varsayalım. Söz konusu neden gerçekleşmiş ve pay sahiplerinden biri, diğerinden, ortaklar sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle, bu sözleşmeye göre kurulan anonim şirketin tasfiyeye sokulmasını talep etmiş olsun. Şayet savunduğumuz görüş kabul edilmez ise, diğer pay sahibi şirketin tasfiyeye sokulması için talepte bulunan ortak ile işbirliği yapmadığı sürece, talepte bulunan ortağın ortaklar sözleşmesinin ilgili hükmünden doğan akdi hakkına dayanarak şirketi fesih ve tasfiye sürecine sokabilmesi mümkün değildir; söz konusu ortak, ancak ortaklar sözleşmesinin ilgili hükmünün ihlal edildiği iddiası ile (aynen ifa mümkün olmadığından) tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu tablo ise, aralarında anlaşmazlık bulunan iki tarafı, korporatif yapı bünyesindeki ortaklık ilişkisine devam etmek zorunda bırakır ve tarafların oy/ pay oranları eşit olduğundan, (kuvvetle muhtemeldir ki) bir süre sonra şirket bünyesinde “*dead-lock*” (“kilitlenme”) kaçınılmaz hale gelir ve mahkeme, bu defa TTK m. 530 hükmü

çerçevesinde açılacak bir fesih davasını görmek ve çözümlmek durumunda kalır. Dolayısıyla, ortaklıklar hukuku alanında duruma duyarsız kalarak meselelerin akdi zeminde çözümlmesini beklemek çoğu kez olumlu sonuç vermeyecek ve uyuşmazlık en nihayetinde büyük olasılıkla korporatif yapıya (anonim ortaklıklar hukuku alanına) organsızlık davası şeklinde yansıyacaktır. Zira böyle bir durumda pay sahiplerinden şirketi birlikte yönetmeye devam etmelerini beklemek iyimser bir yaklaşımdır. Bu nedenle, kanımızca, aile şirketleri için dile getirilen ailevi/ kişisel nedenler ile karşılaştırıldığında çok daha önemli ve ağır bir tablo oluşturan ortaklar sözleşmelerinde öngörülen sona erme nedenlerinin, şirketin tüm pay sahiplerinin aynı zamanda ortaklar sözleşmesinde de taraf olmaları şartıyla, TTK m. 531 hükmü anlamında haklı neden olarak kabul edilebilmeleri gerekir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, şirketin pay sahipleri ile ortaklar sözleşmesinin tarafları arasında birebir ayniyet yok ise, yani şirketin tüm pay sahipleri aynı zamanda ortaklar sözleşmesine taraf değilse, bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki ortaklar sözleşmesinde yer alan düzenleme ancak ve sadece tarafı olan ortakları bağlayacağından, bu sözleşmede öngörülen akdi sona erme nedeni TK m. 531 hükmü anlamında haklı sebep olarak kabul edilememelidir. Zira bu ihtimalde, ortaklar sözleşmesinde öngörülen sona erme nedeni korporatif düzleme (anonim ortaklıklar hukuku alanına) taşındığında (payları ne kadar sınırlı ya da az olursa olsun) ortaklar sözleşmesine taraf olmayan başka pay sahiplerini de bu durumdan etkileyeceğinden, ilkesel olarak böyle bir uygulamaya olanak tanınamaz³⁵. Ortaklar sözleşmesinin tarafı olan ortakların şirkete yüksek yüzde ile hâkim çoğunluk konumunda bulunmaları, bu sözleşmeye taraf olmayan pay sahiplerinin ise azınlıkta ve sınırlı (ya da çok az) paya sahip olmaları fikrimizce bu sonucu değiştirmemelidir.

Ortaklar sözleşmesinde öngörülen sona erme nedeninin TTK m. 531 hükmü anlamında haklı neden teşkil edebileceğinin kabul edilmesi ihtimalinde, ortaklar sözleşmesinde tahkim klozu mevcut olsa dahi, bu sözleşmede öngörülen sona erme nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğini TTK m. 531 hükmüne göre açılan davada mahkemenin bizzat tespit etmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Çünkü mahkeme, kural olarak, teknik açıdan şirketin taraf olmadığı bir sözleşmeye istinaden pay sahipleri arasında yürütülmekte olan tahkim yargılamasının sonucunu beklemek zorunda değildir; ortaklar söz-

³⁵ Çünkü fesih kararı “erga omnes” nitelikte olup, ortaklar sözleşmesine taraf olsun olmasın tüm pay sahipleri bakımından sonuç doğuracaktır (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 296 parag. 14-17; **Pulaşlı**, s. 1794).

leşmesinde öngörülen tahkim klozu sadece bu sözleşmenin tarafı olan pay sahipleri açısından bağlayıcıdır ve TTK m. 531 hükmüne göre şirket tüzel kişiliğine karşı açılan fesih davasında mahkemeyi bağlamaz. Ancak bu noktada akla gelebilecek bir başka soru, ortaklar sözleşmesinde öngörülen tek taraflı alım ya da satım haklarının (“put” & “call” option) ortaklardan biri tarafından kullanılmış olduğu durumlarda, bu tablonun TTK m. 531 hükmü kapsamında açılan davaya etkisinin olup olmayacağıdır. Bu soru, özellikle ortaklar sözleşmesinde yer alan tahkim klotuna istinaden tek taraflı alım ya da satım hakkının (“put” & “call” option) kullanılması amacıyla ortaklardan biri tarafından tahkim davasının açılmış ve yürümekte bulunduğu hallerde büyük önem taşır. Kanımızca, ortaklar sözleşmesinde öngörülen sona erme nedenini dikkate alarak TTK m. 531 hükmü çerçevesinde yargılama yapacak olan mahkemenin, bu sözleşmenin tek taraflı alım ve satım hakkını düzenleyen maddi hükümlerine de değer atfetmesi yerinde olacaktır. Böyle bir ihtimalde, mahkemenin anonim ortaklıklar hukuku anlamında TTK m. 531 hükmüne göre karar vermeden önce, ortaklar sözleşmesine göre yapılan hakem yargılamasının sonucunu beklemesinin yerinde olacağı kanısındayız. Zira hakem mahkemesi tarafından tek taraflı alım ya da satım hakkının kullanılması için gerekli koşulların oluştuğuna karar verilecek ve bu karar icra edilecek olursa, pay sahipleri arasındaki ihtilaf çözümlenmiş olacağından, TTK m. 531 hükmü çerçevesinde “ultima ratio” olarak şirket tüzel kişiliği hakkında verilecek bir fesih kararına ihtiyaç kalmayacaktır. Dolayısıyla, mahkemenin, böyle bir ihtimalde hakem kararını ve bu kararın icra edilip edilemeyeceğini bekleme yoluna gitmesi kanımızca daha uygun bir çözüm olacaktır³⁶.

D- Haklı Neden Kavramı ile “Talilik” Prensibi Arasındaki İlişki

Doktrindeki bir diğer önemli tartışma, TTK m. 531 hükmü anlamında haklı nedenle fesih davasının “tali” bir dava hakkı olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu davayı açacak olan azınlığın, davayı açmadan önce yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk ve genel kurul kararları hakkında iptal davası açmak gibi anonim ortaklıklar hukukunun tanıdığı diğer yasal

36 Ortaklar sözleşmesinde yer alan tek taraflı alım ve satım hakkına ilişkin hükümde belirlenen pay bedelinin TTK m. 531 hükmünde öngörülen gerçek değerden farklı olabileceği, bu nedenle haklı nedenle fesih davasında davacı ortağın çıkartılmasına karar verilecek olursa ortaklar sözleşmesinde öngörülen bedelin bağlayıcı kabul edilemeyeceği, bu durumda davacıya ait payların gerçek değerinin TTK m. 531 hükmü çerçevesinde mahkeme tarafından tespit edilmesi gerektiği konusunda bkz. Altay, s. 693-694.

imkânları kullanmış olmasının zorunlu olup olmadığı sorusu bu tartışmanın özünü teşkil eder. Bizim de katıldığımız görüşe göre, azınlığın davayı açmadan önce bu tür yollara başvurmuş olması bir önkoşul değildir; ancak yargıcın haklı nedenin mevcut olup olmadığı noktasında takdir yetkisini kullanırken göz önüne alacağı bir etken olarak düşünülebilir³⁷. Yargıç, azınlığın bu yollara hiç başvurmadan doğrudan haklı nedenle fesih davası açmasını, somut olayın koşulları haklı kılıyorsa, istisnai bazı hallerde MK m. 2 hükmüne aykırılık olarak değerlendirilebilir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı ihlal edilen pay sahibinin, bu amacına ulaşmasını sağlayabilecek daha kolay bir yol varken o yolu kullanmayıp, TTK m. 437 (5) hükmünde öngörülen bilgi alma davasına veya TTK m. 438 vd. hükümlerinde öngörülen özel denetçi atanması prosedürüne hiç başvurmadan haklı nedenle fesih davası açması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kuşkusuz bu örnekler arttırılabilir. Özellikle münferit ihlallerin söz konusu olduğu hallerde, azınlıktan, şirket açısından feshe oranla çok daha kabul edilebilir sonuçlar doğuracak olan sorumluluk davası açılması, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması gibi yollara başvurması beklenir. Ancak çoğunluk tarafından yapılan ihlaller münferit ihlal olmaktan çıkmış ve sistematik bir hal almış ise, azınlıktan her seferinde bu ihlallere karşı anonim ortaklıklar hukukunun tanıdığı diğer imkânlarla başvurarak mücadele etmesi beklenebilir. Böyle bir yaklaşım, ticaret mahkemelerinde dava yoğunluğu yaratmanın ötesinde herhangi bir olumlu sonuç da getirmez. Bu nedenle, yargıcın, somut olayda ileri sürülen nedenin TTK m. 531 anlamında haklı neden teşkil edip etmediğini incelerken somut olayın koşullarını dikkate alarak hassasiyetle değerlendirme yapması ve anonim ortaklıklar hukukunun tanıdığı diğer imkânların kullanılmasını bir ön koşul gibi değerlendirmemesi gerekir.

E- Zamansal Açıdan Haklı Nedenin Ortaya Çıkış Tarihi ve Önemi

Kanımızca uygulama bakımından önem arz edecek bir başka önemli tartışma, haklı nedenin Yeni TTK yürürlüğe girdikten sonra (1.7.2012 tarihinden sonra) ortaya çıkmış bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Bilin-

³⁷ **Çamoğlu**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, s. 70-71; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 292 parag. 14-12b; **Bahtiyar**, s. 194; **Şahin**, s. 75-76 ve s. 333-334; **Erdem**, s. 212-215 [**Erdem**, haklı sebeple fesih davasının tali niteliğinden ziyade, fesih kararının “ultima ratio” karakterinden söz etmenin daha doğru olduğunu, orantılılık ilkesi çerçevesinde ortaklığın feshedilmesine yol açabilecek ağırlıkta olgular söz konusu olmadığı sürece diğer çözüm yollarına başvurulması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir (s. 214-215)].

diği üzere, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun'un³⁸ m. 2/(1) (a) hükmü uyarınca; “*Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanır*”. Dolayısıyla, Yeni TTK yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen (ve tamamlanan) olaylar, kural olarak TTK m. 531 hükmü çerçevesinde haklı neden teşkil etmezler. Buna karşılık, Yeni TTK yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen olaylar, bir süreç teşkil edecek ve bir bütünün parçalarını oluşturacak şekilde Yeni TTK döneminde de devam etmekte iseler, haklı nedenin mevcut olup olmadığının tespitinde dikkate alınmalıdırlar³⁹. Örneğin, Yeni TTK yürürlüğe girmeden önceki son beş yıllık süreç içerisinde kâr elde etmesine rağmen kâr dağıtmamış olan bir şirketin, Yeni TTK yürürlüğe girdikten sonraki iki yılda da kâr elde etmesine rağmen rasyonel bir gerekçe sunmaksızın kâr dağıtımını yapmadığını varsayalım. Bu senaryoda, haklı nedenin mevcut olup olmadığı saptanırken şirketin kâr dağıtımını yapmadığı toplam süre yedi yıl olarak değerlendirilmelidir. Zira bu örnekte çoğunluk, şirketin geçmiş yıllarda başvurduğu kâr dağıtmama politikasına Yeni TTK’nda öngörülen haklı nedenle fesih davası tehdidi nedeniyle son vermek yerine, bu politikayı bir strateji ve bir süreç olarak Yeni TTK döneminde de sürdürmeyi tercih ettiğini göstermiş olmaktadır.

F- Limited Şirketler Hukukundaki “Haklı Neden” Kavramından Farkları

Son olarak, anonim şirketlerin haklı nedenle feshine ilişkin TTK m. 531 hükmünün, bir başka sermaye şirketi türü olan limited şirket için öngörülen haklı nedenle fesih düzenlemesine [TTK m. 636 (3)] oranla temel farklarını ortaya koymak faydalı olacaktır. İlk olarak, limited şirketlerde haklı nedenle fesih davası açma hakkı azınlık hakkı olarak değil, bireysel ortaklık hakkı olarak düzenlenmiştir; her ortak pay oranı ne olursa olsun bu hakka sahiptir⁴⁰. İkinci olarak, anonim ortaklıklar hukukunda sadece aile şirketleri için kişisel nedenler haklı neden olarak kabul edilebilirken, aile şirketi niteliğinde olmayan anonim şirketler için bu tür haller haklı neden olarak gösterilemez.

38 RG. 14.02.2011, S. 27846.

39 Şahin, s. 50.

40 Ali Haydar Yıldırım, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Bursa 2013, s. 9; Nihat Taşdelen, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012, s. 237.

Limited ortaklıklar hukukunda ise, kişisel nedenler her zaman haklı nedenle fesih gerekçesi oluşturabilir⁴¹.

V- Talep Dışı (“*Extra Petita*”) Karar Verme Yetkisi

M. 531 c. 2 hükmü, haklı nedenle fesih davalarında, yargıca “talep dışı” (“*extra petita*”) karar verebilme konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Anılan hükme göre; “*Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir*”.

Bu hüküm çerçevesinde yargıç, haklı sebep mevcut olsa dahi feshe karar vermek zorunda değildir; fesih yerine “*davacının şirketten çıkartılmasına karar verme*” ya da “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözümü karara bağlama*” konusunda takdir yetkisi tamamıyla yargıca aittir. Söz konusu düzenlemenin, HMK m. 26 (2) hükmü anlamında talebe bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiğinin⁴² ve yargıca, davacının talebinden bağımsız şekilde (“*extra petita*”) karar verme yetkisi tanıdığıının altı çizilmelidir. Bu düzenlemenin temelinde, feshin “*ultima ratio*” karakteri ve şirketi (dolayısıyla şirketin sahibi olduğu işletmeyi) koruma anlayışı yatmaktadır.

Yargıca tanınan bu “talep dışı” (“*extra petita*”) karar verme yetkisi çerçevesinde, davacı talebinde feshe alternatif bir çözümden hiç söz etmese (veya sadece belirli bir alternatif çözüme hükmedilmesini talep etse) bile yargıç, alternatif bir çözüme (ya da davacının talep ettiği alternatif çözümün dışındaki bir başka alternatif çözüme) karar verebilme yetkisine sahiptir⁴³. Yargıca tanınan bu yetki, “rus ruleti” benzetmesi ile açıklayabileceğimiz çok önemli bir hukuki tablo yaratmaktadır. Zira davacı dava dilekçesinde paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle şirketten çıkartılmasına karar verilmesini talep

41 Bkz. **Yıldırım**, s. 10; “...*limited ortaklık her ne kadar sermaye ortaklığı özelliğine sahip olsa da, yasal yapısında ve özellikle iç ilişki bakımından kişi ortaklıklarına özgü özellikler barındırmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak anonim ortaklık açısından haklı sebep olarak nitelendirilemeyecek durumların, pekâlâ limited ortaklığın feshi bakımından haklı sebep teşkil etmesi mümkündür*”. Limited şirketlerin kişi ortaklıklarına yaklaşan bu yönü nedeniyle, ortaklar arasında ciddi anlaşmazlık ve ihtilaflar bulunması, Yargıtay HGK.’nın, 12.12.2012 tarih ve E. 2012/11-560 K. 2012/1103 sayılı kararında limited şirketin haklı nedenle feshi için başlı başına yeterli bir neden olarak kabul edilmiştir (karar için bkz. www.kazanci.com.tr).

42 **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 434-435.

43 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 289 parag. 14-09.

etmese dahi, yargıç re'sen davacının şirketten çıkartılması yönünde hüküm tesis edebilme yetkisine sahip bulunmaktadır⁴⁴. Dolayısıyla davacı, TTK m. 531 hükmüne göre haklı nedenle fesih davasını açarken hiç tahmin etmediği ve öngörmediği bir durumla karşı karşıya kalabilir ve şirketten çıkartılabilir. Gerçekten, hükme göre, mahkeme, fesih yerine;

- i) Davacının şirketten “*çıkartılmasına*”, ya da
- ii) Duruma uygun düşen/ kabul edilebilir “*diğer bir çözüme*”,

karar verebilmektedir. Davacının şirketten çıkartılması ihtimali, mehz İsv. BK. 736 b. 4'te açıkça zikredilen bir hal olmayıp, anılan hükümde sadece yargıcın fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetme yetkisinden bahsedilmektedir. Davacının şirketten çıkartılması ihtimalinin ilk taslak metinden itibaren TTK m. 531 hükmünde açıkça ve özellikle zikredilmiş olması, metni hazırlayan Bilim Komisyonu'nun bu alternatif çözümü ön planda düşündüğünü göstermesi bakımından son derece ilgi çekicidir.

Mahkeme, feshe alternatif oluşturan bu çözümlerden birine hükmedebilmek için değerlendirme yaparken, yalnızca davacının değil, diğer pay sahiplerinin ve şirketle ilişki içerisindeki üçüncü kişilerin (menfaat sahiplerinin- “*stakeholders*”) de menfaatlerini göz önüne almalıdır⁴⁵. Feshe alternatif oluşturan çözümlerden biri konumunda olması nedeniyle, “*duruma uygun düşme*” ve “*kabul edilebilirlik*” kriterlerinin davacının şirketten çıkartılması bakımından da aranması gerekir⁴⁶. Gerçekten de, TTK m. 531 c. 2, fesih yerine “*davacı pay sahiplerinin şirketten çıkartılmasından*” veya “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme*” karar verilmesinden söz ettiğine

44 Hüküm, davacının şirketten çıkartılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedilebilmesi için davacının rızasını arasaydı, somut olaya uygun düşen ve kabul edilebilir nitelikteki bir yöntemin sırf davacı pay sahibinin iradesine bağlı olarak uygulanamaması söz konusu olabilirdi ki, bu yaklaşım feshin son çare olma özelliği ile de bağdaşmazdı (Altay, s. 691). Şahin, burada teknik anlamda “çıkartılma” değil “çıkma” durumun söz konusu olduğunu, zira davacının mahkemenin bu yetkisini kullanabileceğini öngörerek dava açması gerektiğini, hükümdeki bu düzenlemeye rağmen kendi iradesi ile dava açmaya karar veren davacının durumunu “çıkma” terimi ile açıklamanın daha doğru olacağını ifade etmektedir (s. 46). Erdem ise, limited ortaklıklar hukukunda düzenlenen ortaklıktan çıkartılma kurumu (ve şartları) ile aradaki farklara dikkat çekerek, burada aslında “ortaklıktan çıkartılma” yerine “davacı pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasına” hükmedilmesinden söz etmenin daha doğru olacağı düşüncesindedir (s. 265- 266).

45 Pulaşlı, s. 1788.

46 Şahin, s. 47.

göre, kanun koyucunun, davacının şirketten çıkartılması ihtimalini de diğer çözümler ile birlikte feshe alternatif oluşturan çözümler kümesi içerisinde kurguladığı söylenebilir. Bu nedenle, somut olayın koşullarına uygun düşme ve kabul edilebilirlik kriterlerinin davacının şirketten çıkartılmasına karar verilmesi halinde de aranması daha doğru olacaktır.

Burada akla gelebilecek bir başka soru, davacı pay sahibinin mutlaka şirketin feshini talep etmek zorunda olup olmadığıdır: Davacı, terditli taleplerinden ilki olarak feshi göstermek zorunda mıdır? Feshi talep etmeksizin duruma uygun diğer bir çözüme hükmedilmesini ya da terditli talebinde ikinci seçenek olarak feshi talep edebilir mi? Kanımızca davacı, terditli taleplerinden ilki olarak feshi göstermek zorunda değildir. Örneğin; davacı, öncelikle yıllardır dağıtılmayan ve yedek akçelerde biriken kârın dağıtılmasını, bunun mümkün olmaması halinde feshe karar verilmesini talep edebilmelidir⁴⁷. Bu yorum, feshin “*ultima ratio*” karakteri ve yargıca tanınan fesih dışında alternatif çözümlere hükmedebilme yetkisinin *ratio legis*’i ile de uyumludur. Ancak davacı mutlaka, son ihtimal olarak dahi olsa, feshi talep etmelidir⁴⁸. Zira aksi takdirde, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözümün varlığına kanaat getiremediği takdirde, yargıcın, yıllar süren yargılamanın sonucunda şirket bünyesindeki ihtilafı çözmeden davayı red kararı ile yargılamayı sonuçlandırması gerekecektir ki, kanımızca usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) karşısında böyle bir sonuç kabul edilemez.

Aşağıda, yargıcın, davacının ortaklıktan çıkartılmasına ve duruma uygun düşen diğer bir çözüme hükmetme konusundaki alternatif çözüm yetkileri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A- Çıkarma Kararı

1. Çıkarma Kararının “Davacıya Ait Payları” Bir Bütün Olarak Konu Alması

Yukarıda da belirtildiği üzere, TTK m. 531 hükmüne dayanılarak açılan haklı nedenle fesih davalarında, davacı paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle şirketten çıkartılmasını talep etmese dahi, mahkeme hükmün ikinci cümlesinin verdiği “*extra petita*” karar verme yetkisine dayanarak re’sen da-

⁴⁷ Şahin, s. 591.

⁴⁸ Şahin, s. 591. Tekinalp ise, davacının TTK m. 531 hükmüne göre karar verilmesini talep etmekle yetinebileceği düşüncesindedir (Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 195 parag. 14-14).

vacının şirketten çıkartılmasına karar verebilmektedir⁴⁹. Böyle bir ihtimalde yargıç, teknik açıdan, şirket tüzel kişiliğini sona erdirmek yerine ortaklık ilişkisini (“*affectio societatis*” bağı) sona erdirmeye yoluna giderek şirket bünyesindeki ihtilafı çözmüş olmaktadır.

Çıkarma kararı, “*davacıya ait paylara*” yönelmekte, davacıya ait payların “*bir bütün teşkil edecek şekilde tamamını*” konu almakta ve bu paylarının tamamının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle davacının şirketten çıkartılması yoluyla davacı ile diğer pay sahipleri arasındaki *affectio societatis* bağı tamamen ortadan kaldırılmış olmaktadır. Davacıya ait payları devralacak olan şirket tüzel kişiliğidir; diğer pay sahipleri davalı konumunda bulunmadıklarından, tarafı olmadıkları bir yargılamada verilen kararlar davacıya ait payları devralma ve bu payların gerçek değerini ödeme borcu altına sokulamazlar.

Şirket bünyesinde kilitlenme yaratan yönetsel tıkanıkları aşabilmek amacıyla davacıya ait payların bir bölümünün (kısmen) TTK m. 531 hükmü kapsamında şirket tarafından satın alınmasına yönelik bir hüküm tesis edilemez. Zira şirket bünyesindeki pay sahipliği kompozisyonunu oransal bazda yeniden dizayn etmeye yönelik böyle bir hükmün tesis edilmesine izin verilecek olursa; davacı şirketten çıkarılmış olmayacağı, *affectio societatis* bağı ortadan kalkmayacağı ve davacı diğer pay sahipleri ile birlikte ortaklık ilişkisine devam etmeye zorlanmış olacağı gibi, davacının durumu pay oranının azalması nedeniyle dava açılmadan önceki duruma oranla daha olumsuz bir noktaya taşınmış olacaktır. Böyle bir tablonun ise hükmün *ratio legis*’i ile bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle, çıkarma kararının, davacıya ait payları bir bütün olarak konu alması zorunludur.

Davacı, esas sözleşmede tasfiye halinde aynı sermayenin aynen iadesinin öngörüldüğü hallerde olduğu gibi davacının fesih ve tasfiyeyi talep etmekte mutlak menfaat sahibi olduğu özel ve istisnai haller dışında, MK m. 2 hükmü gereğince şirketten çıkartılmasına karşı çıkamaz. Zira şirketin feshine karar verilmesi ya da ortaklıktan çıkartılma kendisi açısından fark yaratmamakta ve aynı iktisadi sonucu doğurmaktadır. Ancak yukarıda verilen örnekte olduğu gibi davacının fesih ve tasfiyeyi talep etmekte mutlak menfaati bulunan özel ve istisnai bir durum mevcut ise, davacının şirketten çıkartılması o somut olay

49 Haklı nedenle fesih davası kapsamında pay sahibinin şirketten çıkartılmasına karar verilmesi konusunda bkz. **Aytekın Çelik**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 2012, s. 273-322; **Murat Oruç**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep ile Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, Batider 2011, C. XXVII, S. 1, s. 209-233.

için duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüm niteliği taşımayacaktır.

Bu aşamada, şirketin davacı pay sahibi tarafından açılan davada haklı nedenin varlığını kabul edip davacının çıkartılmasını talep etmesi halinde mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiği de sorgulanmalıdır. Bu ihtimalde, usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30 hükmü) gereğince mahkeme, taraflar arasında artık çekişmeli olmaktan çıkan haklı nedenin varlığını araştırma safhasını atlayarak, doğrudan çözümün belirlenmesi aşamasına geçmeli, önce duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetmenin mümkün olup olmadığını araştırmalı, şayet mümkün değil ise davacının çıkartılması yoluna gitmelidir⁵⁰.

TTK m. 531 hükmü davacının şirketten çıkartılmasını mümkün kıldığına göre, bu hükmeye istinaden açılan davalarda, dava sürerken davacıya ait payların üçüncü kişilere devredilmesini önlemek amacıyla, davacıya ait paylar üzerine HMK m. 389 vd. hükümleri çerçevesinde ihtiyati tedbir konulabilmesi de mümkün kabul edilmelidir.

Bu noktada akla gelen en önemli soru, davacının, diğer ortakların şirketten çıkartılmasını talep edip edemeyeceğidir. Örneğin, %50- %50 oranında iki pay sahibi bulunan bir anonim şirkette, haklı nedenle fesih davası açan pay sahibi, kendisinin değil, kusuru (tutum ve davranışları) ile ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren diğer ortağın şirketten çıkartılmasına karar verilmesini talep edebilir mi? Davacının şirketten çıkartılması ihtimalinin mehz İsv. BK. 736 b. 4'te açıkça zikredilen bir hal olmayıp, anılan hükümde sadece yargıcın duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetme yetkisinden bahsedildiğini, davacının şirketten çıkartılması ihtimalinin İsv. BK. 736 b. 4'ten farklı olarak TTK m. 531 hükmünde açıkça ve özellikle zikredilmiş olduğunu yukarıda belirtmiştik. Her iki hükümde de yer alan “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm*” ifadesinin kapsamına diğer ortağın (ya da ortakların) şirketten çıkartılması ihtimalinin dâhil edilmesi akla gelebilir. Ancak bu aşamada bir başka teknik engel ile karşılaşılır; haklı nedenle fesih davasında, davalı konumunda olan şirket tüzel kişiliğidir, davacının dışındaki diğer pay sahipleri davalı konumunda değildir, dolayısıyla tarafı olmadıkları bir yargılamada verilecek bir kararın bu pay sahiplerini bağlaması

50 **Yıldız** ise, ortaklığın haklı nedeni kabul ederek davacı pay sahiplerinin paylarını gerçek değeri karşılığında satın almak istemesi halinde bu talebin bağlayıcı olduğu, mahkemece duruma uygun düşen ve kabul edilebilir “diğer çözümlere” hükmedilemeyeceği görüşündedir (s. 1199).

söz konusu olamaz. İşte TTK m. 531 hükmünü kaleme alan Bilim Komisyonu'nun “davacının şirketten çıkartılması” ihtimalini İsv. BK. 736 b. 4'ten farklı şekilde özel olarak zikretme yoluna gitmesi, kuvvetle muhtemeldir ki diğer ortakların şirketten çıkartılmalarına karar verilmesi konusunda karşılaşılan bu teknik engelden kaynaklanmaktadır. HMK m. 61 vd. hükümleri anlamında davanın diğer pay sahiplerine ihbar edilmesi de istenen sonucu sağlamaz ve bu pay sahiplerini davanın tarafı haline getirmez⁵¹. Bu durumda iki seçenek söz konusu olabilir: Bunlardan ilki, davanın açıldığı esnada diğer pay sahiplerinin de davalı gösterilmesine içtihat yoluyla izin vererek onlara davada temsil edilme ve savunma yapma imkânı tanımak ve ancak bundan sonra, “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm*” ifadesi kapsamında bu ortakların şirketten çıkartılmaları yönündeki davacı talebini değerlendirmektir. İkinci ihtimal ise, dogmatik yapıya sadık kalarak sadece şirket tüzel kişiliğinin davalı konumunda olabileceğini kabul etmek ve bu durumun doğal bir sonucu olarak, diğer ortakların tarafı olmadıkları bir yargılamada verilecek bir kararla şirketten çıkartılabilmeleri mümkün olmadığından ve olamayacağından, davacının bu yönde bir talep hakkı bulunmadığını kabul etmektir. Yargıtay'ın, önümüzdeki yıllarda bu konuya ilişkin olarak önüne gelmesi muhtemel davalarda nasıl bir içtihat hukuku yaratacağı merak uyandırmaktadır.

Kanımızca, davacı ortağın diğer pay sahiplerinin çıkartılmalarını talep etmesine imkân tanımının, anonim ortaklıklar hukukunu limited şirketler hukukuna yaklaştırarak bir “haklı nedenle ortaklıktan çıkarma” hali ihdas edeceği unutulmamalıdır. Oysa anonim şirketler hukuku ortaklıktan çıkma ve çıkarılma müesseselerine yabancıdır, TTK m. 531 hükmü bir istisnadır ve istisnalar geniş yorumlanmamalıdır. Ayrıca, anonim şirketlerde bir pay sahibinin başka bir pay sahibinin çıkartılmasını dava etmesine imkân tanınması, limited şirketlerde çıkarma davasını açma hakkını şirket tüzel kişiliğine tanıyan TTK m. 640 (3) hükmünde öngörülen düzenlemeyi dahi aşacak bir tablo oluşturur. Bir başka sorun olarak, böyle bir uygulamaya olanak tanınacak olursa, pay oranı bakımından azınlıkta kalan pay sahiplerinin çoğunluğun çıkartılmasını talep etmeleri, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim çoğunluk ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Ne var ki, pay oranlarının birbiri ile eşit olduğu (%50-%50) hallerde, davacının şirketten çıkmak durumunda kalması, buna karşılık ihtilafa kusurlu

51 Ancak davacının dışında kalan pay sahiplerinin, davada taraf haline gelmeksizin, şirketin devamında menfaatleri bulunduğunu ortaya koyabilmek adına kendi iradeleri ile fer'i müdahale talebinde bulunabilmeleri mümkündür (Şahin, s. 354-355).

hareketleri ile zemin yaratan davalının ise şirkette kalması adil görülmebilir. Özellikle, şirketin marka, patent vs. gibi değerli gayri maddi malvarlığına sahip olduğu hallerde, payların gerçek değerini alarak dahi olsa şirketten ayrılma ihtilafın çıkmasında hiçbir kusuru bulunmayan davacı açısından dezavantaj teşkil edecek, kusurlu hareket eden davalı ise bu durumdan avantaj elde etmiş olacaktır. Bu tablo da, kusuru bulunmayan pay sahibini haklı nedenle fesih davasını açmakta çekingen davranmaya itecektir. İşte sadece ve münhasıran tartıştığımız bu ihtimal (tarafların pay oranlarının eşit olduğu bu senaryo) için, TTK m. 531 hükmünde gerçek olmayan/ örtülü bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul ederek, kimsenin kendi hatasından avantaj sağlayamayacağı yönündeki genel hukuk prensibinden (“*nullus commodum capere potest de injuria sua propria*”) güç almak suretiyle, MK m. 1 hükmü çerçevesinde içtihat yoluyla kusurlu pay sahibinin davalı olarak gösterilmesine ve şirketten çıkartılmasına olanak tanımak kanımızca daha adil bir sonuç doğuracaktır.

Ancak ileri sürdüğümüz bu görüş kabul edilmese dahi, sözünü ettiğimiz senaryoda, ihtilafın çıkmasında kusuru bulunmayan pay sahibi tarafından açılacak haklı nedenle fesih davasında, anılan pay sahibi tarafından açıkça talep edilmediği sürece, bu pay sahibinin şirketten çıkartılmasına yönelik bir hüküm tesis edilmemelidir. Zira böyle bir karar, somut olayın şartları dikkate alındığında duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüm niteliğinde olmayacak ve kimsenin kendi hatasından avantaj sağlayamayacağı yönündeki genel hukuk prensibine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla, sözünü ettiğimiz eşit oranda pay sahipliğine dayanan senaryoda, şirket bünyesindeki ihtilafın çıkmasında davacı pay sahibinin kusuru görülemiyor ve diğer pay sahibi “*prima facie*” bir değerlendirmede kusurlu addedilebiliyorsa, davacının paylarının gerçek değerinin ödenmesi karşılığında şirketten çıkartılması yönünde bir talebi de mevcut değilse, davacının çıkartılması yerine şirketin feshine karar vermek her halükarda daha adil bir çözüm oluşturacaktır.

2. Payların Gerçek Değerinin Belirlenmesine İlişkin Bazı Sorunlar

Çıkarma kararı verilmesi halinde, davacıya ait payların gerçek değerinin⁵² belirlenmesine ilişkin bazı sorunlar karşımıza çıkmaktadır. İlk sorun, bu pay-

52 **Erdem**, İsviçre hukukunda, payların gerçek değerinin ödenmesi için, pay sahibinin ortaklıktan çıkartılması sebebiyle beklentilerinin kaybedilmesi karşılığında uğrayacağı farz edilen zararın denkleştirilmesi anlamına gelmek üzere “tazminat” teriminin de kullanıldığını ifade etmekte, ancak burada “tazminat” teriminin teknik anlamda kullanılmadığının altını çizmektedir (s. 269-270).

ların gerçek değerinin nasıl belirleneceği konusundadır. Bilindiği üzere, şirket paylarının değerinin belirlenmesinde “defter değeri yöntemi” ve “indirgenmiş nakit akışı bazlı yöntemler” gibi (bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla) farklı modeller mevcuttur. Somut olayda bu yöntemlerden hangisinin uygulanması gerektiğine, ilgili şirketin gelir yaratma potansiyelini ve diğer özelliklerini dikkate alarak mahkeme karar vermelidir⁵³.

İkinci sorun, payların hangi tarihteki (yani dava tarihindeki mi yoksa karar tarihindeki mi) gerçek değerinin esas alınacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. TTK m. 531 c. 2 hükmünün açıkça karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değer esas alınacağını öngörmesine rağmen, doktrinde **Kendigelen** tarafından da belirtildiği üzere, dava tarihinden sonra şirketin malvarlığında düşüş meydana gelirse davacı, bundan olumsuz etkilenecektir⁵⁴. Bu nedenle, şirketin kontrolünü elinde tutan çoğunluğun şirket malvarlığındaki düşüşü dava açıldıktan sonra kasıtlı olarak ve fiktif işlemlerle yaratması ihtimaline karşı mahkeme dikkatli olmalıdır.

Üçüncü sorun, davacının çıkartılmasına karar verilmesi halinde, davacıya ait payların gerçek değerini kimin, nasıl ödeyeceğidir. Payların bedelini ödeyecek olan şirket tüzel kişiliğidir; diğer pay sahipleri davalı konumunda bulunmadıklarından, tarafı olmadıkları bir yargılamada verilen kararlar davacıya

53 Payların gerçek değerinin tespitinde uygulanacak yöntemle ilişkin sorun, TTK m. 493 (1) ve (5) hükümleri çerçevesinde esas sözleşmesel devir sınırlandırmasına konu olan payların gerçek değerinin tespiti bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Her iki halde de, gerçek değer hangi yöntemle tespit edileceğinin esas sözleşme ile önceden belirlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Ancak esas sözleşmede yer verilen bu tür bir düzenlemenin ilerleyen dönemde davacı aleyhine sonuç vermesi de ihtimal dâhilindedir. Örneğin, nakit gelir yaratma potansiyeli çok yüksek bir şirketin esas sözleşmesinde gerçek değer defter değeri üzerinden belirleneceğinin öngörülmesi halinde, esas sözleşmedeki düzenleme esas alınarak hesaplama yapılacak olursa, davacı pay sahibi şirketten çıkartılma riskini almamak adına TTK m. 531 hükmü çerçevesinde dava açmamayı tercih edecektir. Bu nedenle, esas sözleşmede önceden belirlenen değerlendirme yöntemini geçerli ve bağlayıcı kabul etmek konusunda çekingen davranmak gerekir. Aynı değerlendirme, TTK m. 493 (1) ve (5) hükümleri çerçevesinde esas sözleşmesel devir sınırlandırmasına konu olan payların gerçek değerinin tespiti konusunda esas sözleşmede yer verilen düzenlemeler bakımından da geçerlidir. **Erdem** de, TTK m. 531'in azınlığın menfaatlerini koruyan ratio legis'i gereği gerçek değer dışında azınlık açısından dezavantaj oluşturacak bir değer tespit yöntemine esas sözleşmede yer verilemeyeceği düşüncesindedir (s. 273). Limited ortaklıklar hukukunda ise TTK m. 641 (2) hükmü, münhasıran şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı ile ilgili olmak kaydıyla, ayrılma akçesinin şirket sözleşmesinde gerçek değer yönteminden farklı şekilde belirlenmesine imkân tanımaktadır.

54 **Kendigelen**, s. 435.

ait payların gerçek değerini ödeme borcu altına sokulamazlar. Şirket tüzel kişiliği, davacıya ait payların gerçek değerini ya serbest malvarlığından (sermayenin üzerinde kalan malvarlığından), ya kurucu sermaye azaltımı yoluyla (toplam malvarlığı sermayeden fazla değil ise) ya da bu duruma göre bu iki yöntemi birlikte uygulayarak (kombine ederek) ödeyecektir. Şirket tarafından yapılacak ödemenin miktarı, yöntemi ve koşulları (vade ve diğer koşullar), usul ekonomisi ilkesi gereğince mahkeme kararında mutlaka belirtilmelidir.

Son olarak, TTK m. 379 vd. hükümlerinde öngörülen anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap rejimine ilişkin sermayenin % 10'u oranındaki üst sınırı, TTK m. 531 hükmüne göre şirket tarafından devralınacak paylar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Şirketin ödemeyi sermaye azaltımı yoluyla yaptığı hallerde, davacıya ait payların ivaz karşılığı devralınması değil itfası söz konusu olduğundan, TTK m. 379 vd. hükümlerinin (dolayısıyla %10'luk üst sınırı) uygulanma ihtimali zaten yoktur. Payların bedelinin serbest malvarlığından ödendiği hallerde ise, TTK m. 493 hükmü bakımından söz konusu olduğu gibi⁵⁵, TTK m. 379 vd. hükümlerinin bir başka yasal istisnası ile karşı karşıya bulunduğumuz kabul edilmelidir. **Tekinalp** de, bu ihtimalde TTK m. 382 (1) (c) hükmünde öngörülen kanuni satın alma yükümünden doğan bir istisnanın söz konusu olduğunu ifade etmektedir⁵⁶.

B- Duruma Uygun Düşen Diğer Bir Çözüme Hükmetme

TTK m. 531 c. 2 hükmü uyarınca, yargıç, fesih veya davacının çıkartılması yerine, “duruma uygun düşen” ve “kabul edilebilir” diğer bir çözüme de karar verebilme yetkisine sahiptir. “Duruma uygun düşme” kavramı ile kastedilen, somut olayın şartları dikkate alındığında, öngörülen çözüm yönteminin şirket bünyesinde ortaklar arasındaki menfaat ihtilafını gidermeye ve davacı azınlığın anonim ortaklıklar hukuku zeminindeki yasal hakları ile haklı beklentilerini korumaya elverişli olmasıdır. “Kabul edilebilir olma” kavramı ile ifade edilmek istenen temel esas ise, ölçülülük (“orantılılık”) ilkesidir⁵⁷; hakkaniyet anlayışına uygunluk da buna ilave edilebilir.

55 Bkz. TTK m. 493 hükmünün madde gerekçesi.

56 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 293 parag. 14-13a. Aynı görüşte bkz. **Erdem**, s. 268. **Karahan/ Pınar** ise % 10'luk iktisap sınırının bu olasılıkta da uygulanması gerektiği görüşündedirler (s. 721).

57 **Karahan/ Pınar**, s. 721 dpn. 3'ten naklen **Roland Von Büren/ Walter A. Stoffel/ Rolf H. Weber**, Grundriss des Aktienrechts, Zurich 2006, no. 1321.

Mahkemenin, davacı ile diğer pay sahipleri arasındaki ortaklık ilişkisinin sürdürülebilmesi olanağı (yani “*affectio societatis*” iradesi) tamamen ortadan kalkmış ise davacının çıkartılmasına (ya da son çare olarak feshe) karar vermesi; ortaklık ilişkisinin sürdürülebilmesi mümkün fakat azınlığın pay sahipliği haklarının kısıtlanması söz konusu ise, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetme yoluna giderek pay sahipliği hakları üzerindeki kısıtlamayı kaldırması gerekir. Bu itibarla, mahkemenin hüküm tesis etmeden önce yapması gereken, somut olayda davacı ile diğer ortaklar arasında “*affectio societatis*” iradesinin tamamen ortadan kalkıp kalkmadığını tespit etmekten ibarettir. Zira “*affectio societatis*” iradesi tamamen ortadan kalkmışsa, fesih ya da davacının çıkartılması yoluna gitmek zorunludur. Diğer çözümler, nitelikleri gereği ancak davacı ile diğer pay sahiplerinin şirket bünyesinde ortaklık ilişkisini sürdürebilmelerinin mümkün olduğu hallerde gündeme gelebilir ve fayda sağlayabilir.

İsviçre doktrininde zikredilen, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer çözüm örnekleri aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir:

- i) *İhlal edilen pay sahipliği hakkının gereğinin yerine getirilmesine yönelik çözümler*: özellikle kârın dağıtılmasına karar verilmesi⁵⁸,
- ii) *Yönetime müdahale*: Azlık pay sahiplerinden bazılarının yönetim kuruluna alınmasına karar verilmesi⁵⁹,
- iii) *Korporatif yapıya müdahale*: Esas sözleşmede değişiklik yapılması⁶⁰.

58 Mahkeme, fesih yerine, genel kurulun yerine geçerek (genel kurulun yerine karar alarak) uzun süredir dağıtılmayan kârın dağıtılmasına hükmedebilir (bkz. TTK m. 531 hükmünün madde gerekçesi). Bu itibarla, TTK m. 531 hükmü, TTK m. 454 (7) hükmü ile birlikte, Yeni Kanun'un, (Eski TTK döneminde geçerli olan) mahkemenin genel kurulun yerine geçip karar alamayacağına dair tabunun ortadan kalkmasına neden olan iki önemli düzenlemesinden biridir. Türk doktrini de TTK m. 531 hükmü kapsamında uzun süredir dağıtılmamış kârın dağıtımına karar verilebileceği görüşündedir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14-13b; **Pulaşlı**, s. 1790; **Bilgili/ Demirkapı**, s. 573-574; **Sami Karahan**, Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir Mi?, İstanbul Ticaret Odası Regesta Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2013, s. 28). **Tekinalp**, dağıtılmamış kârın sermayeye eklenmesinin de mümkün olabileceğini haklı olarak belirtmektedir (Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14-13b). İhlal edilen pay sahipliği hakkı kâr payı hakkının dışında başka bir pay sahipliği hakkı ise, mahkemenin şüphesiz bu hakkın gereğinin yerine getirilmesini sağlayacak nitelikte bir çözüme hükmetmesi gerekir.

59 Mahkeme, mevcut yönetim kurulunu tamamen de değiştirilmesine de karar verebilir (**Bahtiyar**, s. 293).

60 TTK m. 452 (1) hükmünün esas sözleşmenin değiştirilmesini genel kurulun münhasır yetkisi kapsamında düzenlemesine rağmen, TTK m. 531 hükmünün mahkemeye esas sözleşmenin

Esas sözleşmede değişiklik yapılması kapsamında şu ihtimaller akla gelebilir: Kâr dağıtım zorunluluğu getirilmesi⁶¹, azınlığa yönetim ku-

değiştirilmesini karara bağlama yetkisi bahsettiği vurgulanmalıdır. Esas sözleşmenin değiştirilmesinin korporatif yapıya ağır bir müdahale teşkil ettiğini, bu nedenle mahkemenin bu yetkiye sahip kılınmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur (**Şahin**, s. 532 ve 590). Diğer bir görüş ise, mahkemenin yalnızca belirli bir yönde esas sözleşme değişikliği yapılmasına karar verip kararın uygulanmasını ortaklığa bırakması gerektiği, bu itibarla ilgili esas sözleşme değişikliğinin genel kurul tarafından karara bağlanmasının gerekeceği, ancak esas sözleşme değişikliğinin bir an önce yapılmamasının ortaklığın feshi bakımından haklı sebep teşkil edeceği yönündedir (**Erdem**, s. 252). **Erdem**, mahkemece hükme bağlanan esas sözleşme değişikliğinin yapılmaması halinde ikinci bir dava ihtiyacının ortaya çıkması önlemek bakımından, haklı nedenle fesih davasında mahkemenin nihai bir karar vermek yerine usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) gereğince bir ara karar oluşturarak esas sözleşme değişikliği yapılması için ortaklığa süre vermesi gerektiğini, bu süre zarfında esas sözleşme değişikliği yapılmaz feshin hükme bağlanmasının uygun olacağını ifade etmektedir (s. 252-253). **Erdem**'in bu görüşüne tarafımızca da iştirak edilmektedir. **Erdem**'in bu önerisinin, feshe alternatif oluşturan tüm çözümler bakımından uygulanabileceği fikrindeyiz. Böylelikle, örneğin mahkemece davacıya ait payların şirket tarafından devralınması yoluyla davacının şirketten çıkartılmasına karar verilmiş ise, davacıya ait payların belirli bir süre içerisinde gerçek değerlerinin ödenmesi yoluyla devralınması için bir ara karar ile şirkete süre verilebilir ve bu süre içerisinde ilgili ara kararın gereği yerine getirilmez ise şirketin feshine hükmedilebilir. Mahkemece şirket bünyesinde birikmiş olan kârın dağıtılmasına karar verilen hallerde de, dağıtımın yapılması için bir ara karar ile şirkete süre verilmesi, bu ara kararın gereği yerine getirilmez ise şirketin feshine hükmedilmesi düşünülebilir. Her iki örnekte de, şirketin, mahkemece hükmedilen alternatif çözümün gereğini yerine getirmesi devam eden yargılama süreci içerisinde sağlanmış olacak ve alternatif çözüme ilişkin mahkeme kararının yerine getirilmemesi nedenine dayanan ikinci bir haklı nedenle fesih davası açılması ihtiyacı ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu çözümün usul ekonomisi ilkesine daha uygun olacağı ortadadır. Zira aksi takdirde, yine yukarıda vermiş olduğumuz örneklerden hareket edecek olursak, şirket davacıya ait payları devralma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek davacıya ait payların gerçek değerini ödemez ya da mahkemece hükme bağlanan kâr dağıtımını gerçekleştirmez ise, davacının ikinci bir haklı nedenle fesih davası ikame etmek dışında bir seçeneği kalmamaktadır.

- 61 Esas sözleşme değişikliği ile getirilecek kâr dağıtım zorunluluğu, yıllık kârın tamamen değil kısmen (belirli bir oranda) dağıtılması şeklinde de öngörülebilir. **Şahin** ise, mahkemenin ancak dağıtılmayıp bünyede tutulmuş ("birikmiş") kârın dağıtılmasına karar verebileceğini, kâr dağıtım politikasının belirlenmesi amacıyla esas sözleşmede değişiklik yapılmasının korporatif yapıya ağır bir müdahale teşkil edeceğini, haklı nedenle fesih davasının amacının mevcut ihlallerin giderilmesi olduğunu, bu davanın gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan haksız eylem ve işlemleri önlemek gibi bir amacı bulunmadığını savunmaktadır (s. 532-533). Bu görüşe katılmıyoruz. Gerçekten, yazarın görüşü esas alınırsa, belki uzun süredir kâr dağıtmayan şirkette birikmiş olan kârın dağıtılması sağlanabilir; ancak bu şirketin yıllık bazda düzenli olarak kâr dağıtması sağlanamaz. Bu tablo, çoğunluğun aynı politikayı tekrar uygulayıp yine uzun bir süre kâr dağıtmayarak azınlığı ızzar etmesine, azınlığın da bir müddet sonra yeniden haklı nedenle fesih davası açmasına neden olur. Başka bir anlatımla, bir kısır döngü yaratılmış, çoğunluk ile azınlık arasındaki ihtilaf çözülmemiş, sadece ileri bir tarihte açılacak

rulunda temsil hakkı sağlayan imtiyaz/ akdi hak yaratılması, azınlığa esas sözleşmesel bilgi alma- inceleme haklarının tanınması ve pay devir sınırlaması (bağlam) hükümlerinin kaldırılması. Kanımızca, mahkeme, esas sözleşmeyi değiştirmeden, esas sözleşmedeki bağlam hükmünün belirli bir süre için (örneğin altı ay ya da bir sene için) etkisiz kılınmasına da karar verebilmelidir.

İsviçre doktrininde davacıya sermaye azaltımı (kısmi tasfiye) veya bölünme⁶² yoluyla çıkma imkânı sağlanması da “*duruma uygun*” ve “*kabul edilebilir*” diğer çözümler arasında sayılmaktadır. Davacının kurucu sermaye azaltımı veya bölünme yoluyla şirketten ayrılmasını sağlayan bu ihtimallerin İsviçre doktrininde özel olarak gündeme getirilmesinin nedeni, davacının şirketten çıkartılması ihtimalinin mehz İsv. BK. 736 b. 4’te açıkça zikredilen bir hal olmayıp, anılan hükümde sadece yargıcın duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmetme yetkisinden bahsedilmesi ile yetinilmesidir. Davacının şirketten çıkartılması ihtimalinin TTK m. 531 c. 2 hükmünde açıkça zikredilen bir alternatif çözüm olduğu ise hatırlanacaktır.

Mahkemenin, duruma uygun ve kabul edilebilir diğer çözümler kapsamında, davacının dışında kalan diğer pay sahipleri (çoğunluğu oluşturan pay sahipleri) davada taraf olmadıklarından, bu pay sahiplerini yükümlülük altına sokacak herhangi bir çözüme hükmedemeyeceği⁶³ ve diğer pay sahiplerinin (çoğunluğu oluşturan pay sahiplerinin) şirketten çıkartılmalarına karar veremeyeceği unutulmamalıdır.

yeni bir davaya ertelenmiş olur. Bu sonucun usul ekonomisi ilkesine aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

- 62 Türk hukukunda da, TTK m. 531 hükmü uyarınca davacının şirketten çıkartılmasına karar verilen hallerde, davacıya paylarının gerçek değerinin ödenmesi yerine bölünme yoluna gidilmesi kuşkusuz mümkündür ve özellikle az sayıda pay sahibi bulunan şirketler ile aile şirketlerinde bu çözüm etkin bir yöntem oluşturabilir. **Altay** ise, bölünme gibi radikal bir yonteme ancak istisnai hallerde, anonim ortaklığın somut gerçekliğinin elverdiği durumlarda hükmedilebileceği düşüncesindedir (s. 692). Açıktır ki, burada müessesenin niteliği gereği tam bölünme değil, kısmi bölünme söz konusu olacaktır (**Bilgili/ Demirkapı**, s. 573-574). Ayrıca, davacı pay sahiplerinin bölünen ortaklıktan ayrılarak sadece devralan ortaklıkta pay sahibi olmalarını sağlamak ve bölünen ortaklığın diğer ortaklarının devralan ortaklıkta pay sahibi olmalarını önlemek bakımından, burada asimetrik bölünmenin [TTK m. 161 (2) (b) anlamında oranların korunmadığı bölünmenin] gündeme geleceği kuşkusuzdur (**Erdem**, s. 247).
- 63 **Şener**, s. 600-601’den naklen **Lukas Handschin**, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemasse Lösungen, 1993, s. 44-45.

Sonuç

Eski TTK döneminde anonim ortaklıklar bakımından haklı nedenle feshe imkân tanıyan bir hükmün bulunmaması ve bu tablonun olumsuz kanun boşluğu olarak yorumlanması; uygulamada azınlığı, çoğunluğun insaf ve merhametine terk etmiş, bu duruma isyan eden azınlığı, çoğunluğu rahatsız etmek için agresif davranmaya itmiş, dolayısıyla şirketler hukuku ihtilaf ve davalarını arttırarak çözümsüzlüğe prim tanımıştır. Bu nedenle, Yeni TTK'nın 531. maddesinde getirdiği haklı nedenle fesih imkânı, anonim ortaklıklar hukuku alanındaki en önemli reformlardan birini teşkil eden yerinde bir değişikliktir. Bu hükme dayanan davaların, önümüzdeki yıllarda anonim ortaklıklar hukuku uygulamasında büyük önem kazanacağı kuşkusuzdur. Kanımızca, bu yeni dava türünün beklenen faydayı sağlayabilmesi açısından, mahkemelerin fesih dışındaki alternatif çözümlere karar verme yetkisini etkin şekilde kullanmaları son derece önemli ve belirleyici olacaktır.

KAYNAKÇA

- ALTAY Sıtkı Anlam**, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler- Equity Joint Ventures, İstanbul, 2009
- ANSAY Tuğrul**, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1981
- ARSLANLI Halil**, Anonim Şirketler C. IV-V, İstanbul, 1961
- AYAN Özge**, Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde), Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, S. 102, s. 2237 vd.
- BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa, 2013
- ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alan-goya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 667 vd.
- ÇAMOĞLU Ersin**, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, 2. Bası, İstanbul, 2008
- ÇELİK Aytekin**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, Batider 2009 (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), C. XXV, S. 4, s. 559 vd.
- ÇELİK Aytekin**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara, 2012
- ERDEM Nuri**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012
- HELVACI Mehmet**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 14 Şubat 2009, s. 179 vd.
- İMREGÜN Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul, 1989
- İMREGÜN Oğuz**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962
- KAHYAOĞLU Emin Cem**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 449 vd.
- KARAHAN Sami / PINAR Hamdi** Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2012
- KARAHAN Sami**, Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir Mi? İstanbul Ticaret Odası Regesta Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2013, s. 28 vd.
- KARAHAN/PINAR**, s. 719 dpn. 2'den naklen **Peter BÖCKLİ**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zurich 2009, § 16, no. 191

- KARAHAN/ PINAR**, s. 721 dpn. 3'ten naklen **Roland Von Büren/ Walter A. Stoffel/ Rolf H.Weber**, Grundriss des Aktienrechts, Zurich, 2006
- KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, 2012
- MOROĞLU Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 468 vd.
- NİLSSON Gül Okutan**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004
- ORUÇ Murat**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebepçe Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, Batider 2011, C.XXVII, S. 1, s. 209 vd.
- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010
- PULAŞLI Hasan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I ve Cilt II, Ankara, 2011
- RÜZGAR Eser**, Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Odası Regesta Dergisi, Cilt 3, Sayı 3, 2013, s. 31 vd.
- SEVER Rabia**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebepçe Fesih, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, S. 89-90, s. 169 vd.
- SOYKAN İsmail Cem**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul, 2012
- SÜMER Ayşe**, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991
- SÜMER Ayşe**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 2010, C. XXVI-II, S. 1, s. 171 vd.
- ŞENER Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2012
- ŞENER**, s. 600-601'den naklen **Lukas Handschin**, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemasse Lösungen, 1993
- TAŞDELEN Nihat**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara, 2012
- TEKİNALP Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2013
- TEKİNALP Ünal**, Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli

Sebeplerle Feshi- oğunluk Gucunun Kotuye Kullanilmasina Karşı Etkili Bir Araç, İktisat ve Maliye Dergisi 1974, C. XXI, S.8, s. 325 vd.

YASAMAN Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987

YASAMAN Hamdi, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Kanunu'na Etkileri, İstanbul, 2009

YILDIRIM Ali Haydar, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Bursa, 2013

YILDIZ Şükrü, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte alışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1195 vd.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayınlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazı, dergisus@gmail.com adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Metin Türkçe veya yabancı dilde olabilir. İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dışındaki yabancı dil eserlerinin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa özet (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta veya metin içinde kısa olarak yer almalıdır.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde, alıntılarda kullanılır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayım ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar kör hakemlik usulüne uygun olarak en az bir hakemin incelemesine sunulur. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Düzeltme talep edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, yazı bir kez daha hakem incelemesinden geçirilir.
8. Yayın Kurulu, yazının birden çok hakem tarafından ayrı ayrı incelenmesine karar verebilir.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri türünde yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
10. Yayınlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı-elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

